

**MICHAEL CÉSAR SILVA
VINÍCIUS LOTT THIBAU**

ORGANIZADORES

RESPONSABILIDADE CIVIL

**DIÁLOGOS ENTRE O DIREITO PROCESSUAL
E O DIREITO PRIVADO**

**BIANCA IZABELLA CARVALHO DOS REIS - BRUNO FABRÍCIO DA COSTA - CAIO
CÉSAR DO NASCIMENTO BARBOSA - CAMILLA RODRIGUES CARDOSO - CLARA
DE FREITAS BARBOSA - CLEISON RODRIGUES DE SOUZA - GLAYDER
DAYWERTH PEREIRA GUIMARÃES - HELENA GONTIJO DUARTE DE OLIVEIRA -
ISABELA VAZ VIEIRA - MARIANA HELENA ARAÚJO WERNECK - MAURO BRUNO
NASCIMENTO SILVA - MATHAUS MIRANDA MACIEL - MARIZA DE SOUZA
PAIVA - MICHAEL CÉSAR SILVA - PÂMELA AZEVEDO FERREIRA DOS SANTOS -
RAFAELLA FERREIRA PACHECO - RAQUEL LUIZA BORGES BARBOSA - SARAH
BATISTA SANTOS PEREIRA - THIAGO LOURES MACHADO MOURA MONTEIRO -
VICTÓRIA DIAMANTINO FERREIRA MONT'ALVÃO - VINÍCIUS LOTT THIBAU -
VITOR GOMES CARVALHO**

RESPONSABILIDADE CIVIL

**DIÁLOGOS ENTRE O DIREITO PROCESSUAL
E O DIREITO PRIVADO**

Editora Dom Helder
Belo Horizonte - MG
2020

**MICHAEL CÉSAR SILVA
VINÍCIUS LOTT THIBAU**

ORGANIZADORES

RESPONSABILIDADE CIVIL

**DIÁLOGOS ENTRE O DIREITO PROCESSUAL
E O DIREITO PRIVADO**

BIANCA IZABELLA CARVALHO DOS REIS - BRUNO FABRÍCIO DA COSTA - CAIO CÉSAR DO NASCIMENTO BARBOSA - CAMILLA RODRIGUES CARDOSO - CLARA DE FREITAS BARBOSA - CLEISON RODRIGUES DE SOUZA - GLAYDER DAYWERTH PEREIRA GUIMARÃES - HELENA GONTIJO DUARTE DE OLIVEIRA - ISABELA VAZ VIEIRA - MARIANA HELENA ARAÚJO WERNECK - MAURO BRUNO NASCIMENTO SILVA - MATHAUS MIRANDA MACIEL - MARIZA DE SOUZA PAIVA - MICHAEL CÉSAR SILVA - PÂMELA AZEVEDO FERREIRA DOS SANTOS - RAFAELLA FERREIRA PACHECO - RAQUEL LUIZA BORGES BARBOSA - SARAH BATISTA SANTOS PEREIRA - THIAGO LOURES MACHADO MOURA MONTEIRO - VICTÓRIA DIAMANTINO FERREIRA MONT'ALVÃO - VINÍCIUS LOTT THIBAU - VITOR GOMES CARVALHO

Escola Superior Dom Helder Câmara

Reitor: Paulo Umberto Stumpf, SJ.

Vice-Reitor: Estevão D'Ávila de Freitas

Pró-Reitoria de Pesquisa

Pró-Reitora de Pesquisa: Beatriz Souza Costa

Secretário Administrativo: Cristialan Belça da Silva

Editora Dom Helder

Coordenador de Editoria: José Adércio Leite Sampaio

Diretora Executiva: Beatriz Souza Costa

Contato: Rua Álvares Maciel, 628, Santa Efigênia, Belo Horizonte/MG, CEP 30150-250.

Tel.: (31) 2125-8863

Capa

Glayder Daywerth Pereira Guimarães

Projeto gráfico e diagramação

Glayder Daywerth Pereira Guimarães

Sarah Batista Santos Pereira

Esta obra pode ser acessada gratuitamente, mas são vedadas a sua comercialização, postagem, distribuição, transformação, publicação e reprodução, ressalvada a possibilidade de citação direta ou indireta dos escritos.

T425r

Responsabilidade civil: diálogos entre o direito processual e o direito privado/
Vinícius Lott Thibau (org.) e Michael César Silva (org.) – Belo Horizonte -
MG: Dom Helder, 2020.

238 p.

Vários autores

Inclui referências.

ISBN: 978-65-991904-5-2

1. Responsabilidade Civil. 2. Direito processual. 3. Direito privado. 4.
Processo. 5. Responsabilidade.

Belo Horizonte (MG). I. Título. II. Thibau, Vinícius Lott. III. Silva, Michael César
IV. Escola Superior Dom Helder Câmara. V Título.

CDU 347.5

Bibliotecário responsável: Lucas Martins de Freitas Junior CRB-6/3621

SOBRE OS AUTORES

Organizadores

Michael César Silva

Doutor e Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito de Empresa pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor da Escola Superior Dom Helder Câmara. Líder do Grupo de Iniciação Científica “Responsabilidade Civil: desafios e perspectivas dos novos danos na sociedade contemporânea” da Escola Superior Dom Helder Câmara. Membro do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC).

Vinícius Lott Thibau

Pós-Doutor, Doutor e Mestre em Direito Processual pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor de Direito Processual Civil no Curso de Graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara. Líder do Grupo de Iniciação Científica Processo e Democracia.

Bianca Izabella Carvalho dos Reis

Graduanda em Direito pela Dom Helder – Escola de Direito. Integrante do Grupo de Iniciação Científica “Responsabilidade Civil: desafios e perspectivas dos novos danos na sociedade contemporânea”.

Bruno Fabrício da Costa

Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialização em Direito Público pelo Centro Universitário Newton Paiva. Professor na Escola Superior Dom Helder Câmara. Secretário do Grupo de Iniciação Científica “Responsabilidade Civil: desafios e perspectivas dos novos danos na sociedade contemporânea”.

Caio César do Nascimento Barbosa

Graduando em Direito pela Dom Helder – Escola de Direito. Integrante do Grupo de Iniciação Científica “Responsabilidade Civil: desafios e perspectivas dos novos danos na sociedade contemporânea”.

Camilla Rodrigues Cardoso

Graduanda em Direito pela Dom Helder – Escola de Direito. Integrante do Grupo de Iniciação Científica “Responsabilidade Civil: desafios e perspectivas dos novos danos na sociedade contemporânea”.

Clara de Freitas Barbosa

Graduanda em Direito pela Dom Helder – Escola de Direito. Integrante do Grupo de Iniciação Científica “Processo e Democracia”.

Cleison Rodrigues de Souza

Graduando em Direito pela Dom Helder – Escola de Direito. Integrante do Grupo de Iniciação Científica “Processo e Democracia”.

Glayder Daywerth Pereira Guimarães

Graduando em Direito pela Dom Helder – Escola de Direito. Integrante no Grupo de Iniciação Científica “Responsabilidade Civil: desafios e perspectivas dos novos danos na sociedade contemporânea”.

Helena Gontijo Duarte De Oliveira

Graduanda em Direito pela Dom Helder – Escola de Direito. Integrante do Grupo de Iniciação Científica “Processo e Democracia”.

Isabela Vaz Vieira

Graduanda em Direito pela Dom Helder – Escola de Direito. Integrante do Grupo de Iniciação Científica “Processo e Democracia”.

Mariana Helena Araújo Werneck

Graduanda em Direito pela Dom Helder – Escola de Direito. Integrante do Grupo de Iniciação Científica “Processo e Democracia”.

Mauro Bruno Nascimento Silva

Graduando em Direito pela Dom Helder – Escola de Direito. Integrante do Grupo de Iniciação Científica “Responsabilidade Civil: desafios e perspectivas dos novos danos na sociedade contemporânea”.

Mathaus Miranda Maciel

Graduando em Direito pela Dom Helder – Escola de Direito. Integrante do Grupo de Iniciação Científica “Responsabilidade Civil: desafios e perspectivas dos novos danos na sociedade contemporânea”.

Mariza de Souza Paiva

Graduanda em Direito pela Dom Helder – Escola de Direito. Integrante do Grupo de Iniciação Científica “Responsabilidade Civil: desafios e perspectivas dos novos danos na sociedade contemporânea”.

Michael César Silva

Doutor e Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito de Empresa pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor da Escola Superior Dom Helder Câmara. Líder do Grupo de Iniciação Científica “Responsabilidade Civil: desafios e perspectivas dos novos danos na sociedade contemporânea” da Escola Superior Dom Helder Câmara. Membro do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC).

Pâmela Azevedo Ferreira dos Santos

Graduanda em Direito pela Dom Helder – Escola de Direito. Integrante do Grupo de Iniciação Científica “Processo e Democracia”.

Rafaella Ferreira Pacheco

Graduanda em Direito pela Dom Helder – Escola de Direito. Integrante do Grupo de Iniciação Científica “Processo e Democracia”.

Raquel Luiza Borges Barbosa

Graduanda em Direito pela Dom Helder – Escola de Direito. Integrante do Grupo de Iniciação Científica “Processo e Democracia”.

Sarah Batista Santos Pereira

Graduanda em Direito pela Dom Helder – Escola de Direito. Integrante do Grupo de Iniciação Científica “Responsabilidade Civil: desafios e perspectivas dos novos danos na sociedade contemporânea”.

Thiago Loures Machado Moura Monteiro

Mestre em Direito Ambiental pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Pós-graduado em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário na Universidade FUMEC.

Professor na Escola Superior Dom Helder Câmara. Secretário do Grupo de Iniciação Científica “Processo e Democracia”.

Victória Diamantino Ferreira Mont'Alvão

Graduanda em Direito pela Dom Helder – Escola de Direito. Integrante do Grupo de Iniciação Científica “Processo e Democracia”.

Vinícius Lott Thibau

Pós-Doutor, Doutor e Mestre em Direito Processual pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor de Direito Processual Civil no Curso de Graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara. Líder do Grupo de Iniciação Científica Processo e Democracia.

Vitor Gomes Carvalho

Graduando em Direito pela Dom Helder – Escola de Direito. Integrante do Grupo de Iniciação Científica “Processo e Democracia”.

APRESENTAÇÃO

Este livro reúne escritos produzidos por docentes e discentes integrantes de dois Grupos de Iniciação Científica vinculados à Pró-Reitoria de Pesquisa da Escola Superior Dom Helder Câmara. O primeiro deles, Responsabilidade Civil: desafios e perspectivas dos novos danos na sociedade contemporânea, é liderado pelo Professor Doutor Michael César Silva e secretariado pelo Professor Mestre Bruno Fabrício da Costa. O segundo, intitulado Processo e Democracia, tem como líder o Professor Doutor Vinícius Lott Thibau e, como secretário, o Professor Mestre Thiago Loures Machado Moura Monteiro.

O objetivo pretendido com a publicação desta obra foi expor à comunidade acadêmica os resultados parciais das atividades de pesquisa desenvolvidas pelos integrantes dos dois GIC's no ano de 2020. O livro acata a temática da responsabilidade civil como eixo de sistematização e, pelo exame das interfaces entre o direito processual e o direito privado, aborda questões que não podem ser desconsideradas pelos estudiosos da contemporaneidade.

A escolha e a demarcação dos temas foram realizadas pelos próprios autores dos capítulos, que, além de se responsabilizarem pelo conteúdo dos escritos, também se encarregaram de revisá-los gramatical e metodologicamente. Quanto aos discentes, os professores que lideram e secretariam a pesquisa apenas prestaram o auxílio necessário ao enfrentamento dos desafios que se impõem aos pesquisadores em formação.

Esperamos que a obra seja contributiva e, desde já, registramos um agradecimento especial à Pró-Reitora de Pesquisa da Escola Superior Dom Helder Câmara, Professora Doutora Beatriz Souza Costa, pelo apoio incondicional.

Desejamos a todos uma boa leitura!

Belo Horizonte, dezembro de 2020.

Michael César Silva

Vinícius Lott Thibau

SUMÁRIO

SOBRE OS AUTORES	V
APRESENTAÇÃO	X
SUMÁRIO	XI

Capítulo 1*Bruno Fabrício da Costa**Michael César Silva*

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADMINISTRADOR PERANTE A IMPLEMENTAÇÃO DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS	1
1. Considerações iniciais	1
2. O advento da LGPD	2
3. Dever de diligencia do administrador	3
4. A responsabilidade civil do administrador ante a LGPD	6
5. Considerações finais	11
Referências	12

Capítulo 2*Vinícius Lott Thibau*

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO POR ERRO PROCESSUAL	15
1. Considerações iniciais	15
2. Erro processual e a dogmática jurídica de matriz bülowiana	16
3. Erro processual e a responsabilização civil do advogado	19
4. Considerações finais	24
Referências	24

Capítulo 3*Thiago Loures Machado Moura Monteiro*

RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR DURANTE A PANDEMIA NO CONTEXTO DEMOCRÁTICO	29
---	----

1. Considerações iniciais	29
2. A responsabilidade civil do empregador nos paradigmas de estado	30
2.1. No paradigma do Estado Liberal	31
2.2. No paradigma do Estado Social	32
2.3. No paradigma do Estado Democrático de Direito	33
3. Obrigações do empregador durante a pandemia	37
4. Covid 19 como doença ocupacional	39
5. Considerações finais	41
Referências	42

Capítulo 4

Caio César do Nascimento Barbosa

A (IM)POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS AO PRESIDIÁRIO PELO PRISMA DA RESPONSABILIDADE CIVIL: UMA ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 580.252	45
1. Considerações iniciais	45
2. A realidade prisional brasileira	47
3. A caracterização do dano moral em ambiente prisional	49
4. O obstáculo da função reparatória da responsabilidade civil ante ao dano moral e a controvérsia do recurso extraordinário 580252	52
5. A (im)possibilidade de compensação ao preso pela via da responsabilidade civil	54
6. Considerações finais	59
Referências	60

Capítulo 5

Mariana Helena Araújo Werneck

Victória Diamantino Ferreira Mont'Alvão

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADVOGADOS PELA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE	63
1. Considerações iniciais	63
2. A teoria da perda de uma chance no direito brasileiro	64
3. A perda de uma chance e a responsabilização do advogado	67
4. Considerações finais	74

Referências	75
-------------------	----

Capítulo 6

Clara de Freitas Barbosa

Vitor Gomes Carvalho

A RESPONSABILIDADE CIVIL NA CONCESSÃO DE TUTELAS PROVISÓRIAS	79
1. Considerações iniciais	79
2. Tutelas provisórias e processo civil brasileiro	80
2.1. Tutela provisória de urgência	82
2.2. Tutela de evidência	84
3. Introdução à responsabilidade civil	85
3.1. Evolução histórica da responsabilidade civil	85
3.2. Responsabilidade civil e suas classificações	87
4. A relação entre a responsabilidade civil e a tutela provisória	89
5. Considerações finais	92
Referências	92

Capítulo 7

Glayder Daywerth Pereira Guimarães

Sarah Batista Santos Pereira

AS NOVAS TENDÊNCIAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL: ASSÉDIO SEXUAL E DANO EXISTENCIAL	95
1. Considerações iniciais	95
2. Breves considerações acerca da justiça do trabalho e da responsabilidade civil	97
3. Delineamentos acerca do assédio sexual no ambiente laboral	98
4. A responsabilidade civil e os novos danos	102
5. O dano existencial decorrente da prática do assédio sexual no ambiente laboral	106
6. Considerações finais	108
Referências	109

Capítulo 8

Mathaus Miranda Maciel

AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA E A NECESSIDADE DE TUTELA DOS DADOS: REFLEXÕES ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL À LUZ DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS	113
--	-----

1. Considerações iniciais	113
2. O meio ambiente digital e a sociedade de risco	114
3. Lei Geral de Proteção de Dados: fundamentos, campo de atuação e princípios	116
4. Dados pessoais, dados pessoais sensíveis e a prática do <i>profiling</i>	119
5. Da responsabilidade civil presente na Lei Geral de Proteção de Dados	120
5.1. As figuras do controlador, operador e encarregado	121
5.2. Natureza da responsabilidade civil	122
6. Considerações finais	126
Referências	127

Capítulo 9

Pâmela Azevedo Ferreira dos Santos

Rafaella Ferreira Pacheco

O INSTITUTO DO ÔNUS DA PROVA NA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICO/HOSPITALAR	131
1. Considerações iniciais	131
2. Análise da responsabilidade civil médico/hospitalar no Brasil	132
3. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor na atividade médica	136
4. O ônus da prova no Direito Processual Civil	138
5. A inversão do ônus da prova na responsabilidade civil médico/hospitalar	140
6. Considerações finais	143
Referências	143

Capítulo 10

Cleison Rodrigues de Souza

Isabela Vaz Vieira

RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL: INTERFACE COM O DIREITO PRIVADO NA ANÁLISE DA TEORIA DO RISCO INTEGRAL NO CONTEXTO DE PANDEMIA	145
1. Considerações iniciais	145
2. A teoria do risco integral e seus impactos na seara ambiental	146
3. A responsabilidade civil e a responsabilidade civil pelo dano ambiental: breves comentários	149

4. Reflexões acerca da aplicação da teoria do risco integral no contexto do coronavírus	154
5. Considerações finais	156
Referências	157

Capítulo 11

Camilla Rodrigues Cardoso

RESPONSABILIDADE CIVIL DA CEDAE PELO FORNECIMENTO DE ÁGUA IMPRÓPRIA PARA CONSUMO NA REGIÃO METROPOLITANA DO RIO DE JANEIRO EM 2020	161
1. Considerações iniciais	161
2. Breve contextualização do fato	162
3. Responsabilidade civil da CEDAF	164
4. Danos indenizáveis aos consumidores	168
5. Considerações finais.....	172
Referências	173

Capítulo 12

Helena Gontijo Duarte de Oliveira

Raquel Luiza Borges Barbosa

RESPONSABILIDADE CIVIL DO JUIZ	177
1. Considerações iniciais	177
2. Magistratura	178
3. Poderes e deveres do juiz	179
4. Teoria geral da responsabilidade civil	182
5. Responsabilidade civil do magistrado	185
6. Considerações finais	188
Referências	189

Capítulo 13

Mauro Bruno Nascimento Silva

SUPERENDIVIDAMENTO DO CONSUMIDOR E A RESPONSABILIDADE DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS	191
1. Considerações iniciais	191
2. Entendendo o problema do superendividamento	192

3. O superendividamento	194
4. O projeto de lei 3515/2015	196
5. Da responsabilidade das instituições financeiras	199
6. Considerações finais	201
Referências	201

Capítulo 14

Bianca Izabella Carvalho Dos Reis

Mariza de Souza Paiva

TELEMEDICINA E COVID-19: BREVES PONDERAÇÕES À LUZ DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA	205
1. Considerações iniciais	205
2. Breves noções sobre a Telemedicina	206
2.1. Aspectos históricos da telemedicina	206
2.2. A Telemedicina no contexto da pandemia do COVID-19	208
2.3. Os desafios trazidos à Responsabilidade Civil pelo implemento da telemedicina	212
3. Responsabilidade Civil	214
3.1. Responsabilidade Civil do médico	214
3.2. As regras de conduta na atividade médica	217
3.3. Responsabilidade Civil médica no exercício da Telemedicina	218
4. Considerações finais	219
Referências	220

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADMINISTRADOR PERANTE A IMPLEMENTAÇÃO DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

1

Bruno Fabrício da Costa

Michael César Silva

Sumário: 1. Introdução; 2. O advento da LGPD; 3. Dever de diligência do administrador; 4. A responsabilidade civil do administrador ante a LGPD; 5. Conclusão; Referências.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A sociedade contemporânea perpassa por inúmeras transformações, que influenciaram decisivamente a reconstrução dos paradigmas do Direito Privado, e, por conseguinte, ensejaram a revisitação dos contornos dos seus modelos jurídicos.

Nesse cenário, o estudo propõe analisar criticamente a (im)possibilidade de imputação de responsabilidade civil do administrador em face a implementação inadequada da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.109/2018), no âmbito das sociedades empresarias e não empresarias, especificamente, sob a perspectiva do dever de diligência imposto ao administrador no exercício de suas atividades.

A pesquisa discorrerá sobre o papel do administrador nas referidas sociedades e sua correlação com a imputação de responsabilidade civil no âmbito da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), pela inobservância do dever de proteção dos dados pessoais, tendo como resposta provisória que a implementação indevida da LGPD pelo administrador, que venha a contribuir com a disseminação danosa de dados pessoais a terceiros, acarretará em hipótese de responsabilidade civil objetiva com fundamento no risco da atividade desenvolvida.

O estudo se tem como relevante devido ao impacto dos deveres impostos pela LGPD, no tocante a proteção de dados pessoais, gerando, por conseguinte, inúmeras obrigações em relação a implementação adequada da lei.

Por fim, o trabalho propõe lançar luzes sobre a temática proposta com a finalidade de apresentar soluções no tocante a imputação de responsabilidade civil pela implementação inadequada da LGPD, no contexto da sociedade digital contemporânea.

2. O ADVENTO DA LGPD

Após a entrada em vigor da Lei nº 13.709/18, que instituiu a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais no Brasil (LGPD), muitas pessoas tiveram que se familiarizar com esse tema de especial relevância, sem, contudo, se atentar para a real importância dos dados pessoais e, especialmente, a finalidade da legislação protetiva.

A Lei nº 13.709/18 provém do Projeto de Lei nº 4060/2012, o qual foi apresentado à Câmara dos Deputados em junho de 2012 e aprovado na forma da Subemenda Substitutiva Global no ano de 2018. A longa tramitação justificou-se pela distribuição do texto a várias comissões, inclusive com a designação de comissão especial para análise da matéria.

Diante da relevância do tema, ainda foram realizadas inúmeras audiências públicas para discussão da proposta com participação de juristas, empreendedores, associações, comitês, conselhos empresariais, institutos relacionados à defesa do consumidor, além da Confederação Nacional da Indústria.

A justificativa do projeto de lei que culminou na criação da LGPD foi claramente direcionada no sentido de se proteger os direitos à intimidade e privacidade das pessoas, em harmonia com o texto constitucional, em momento de amplo crescimento da utilização da tecnologia e transmissão de informações por meios digitais.

O autor do projeto de lei, Deputado Milton Monti, citando sua participação no V Congresso Brasileiro da Indústria da Comunicação, evento promovido pela Associação Brasileira das Agências de Publicidade (ABAP) e pelo Fórum Permanente de Comunicação (FORCOM), destacou a importância de se ter um marco regulatório geral e abrangente em relação ao tema.

O tratamento de dados é hoje uma realidade cada vez mais presente em nosso cotidiano, especialmente quando experimentamos o avanço da tecnologia da informação, em especial a internet e suas aplicações nas mais diversas áreas de nossa vida em sociedade. Até pouco tempo era inimaginável pensar nas aplicações e a interação que a internet teria em nosso dia-a-dia, ao mesmo tempo em que podemos imaginar que isso continuará em ritmo acelerado e de incremento, tendo em vista a

velocidade em que novas tecnologias são desenvolvidas para a comunicação com as pessoas.¹

Não obstante a tramitação desse projeto de lei no Brasil, foi o Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais Europeu quem chamou atenção como a principal norma sobre o tema, como destacou Patrícia Peck Pinheiro:

A liderança do debate sobre o tema surgiu na União Europeia (UE), em especial com o partido *The Greens*, e se consolidou na promulgação do Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais Europeu n. 679, aprovado em 27 de abril de 2016 (GDPR), com o objetivo de abordar a proteção das pessoas físicas no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, conhecido pela expressão “*free data flow*”.²

A aceleração das discussões sobre a matéria de proteção de dados pessoais em outros países decorreu da própria promulgação do Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais (GDPR) europeu, tendo em vista que nele contém a exigência de que as nações tenham normas em mesmo nível para a manutenção das relações comerciais com a União Europeia.

Este, por sua vez, ocasionou um “efeito dominó”, visto que passou a exigir que os demais países e as empresas que buscassem manter relações comerciais com a EU também deveriam ter uma legislação em mesmo nível que o GDPR. Isso porque o Estado que não possuísse lei de mesmo nível passaria a poder sofrer algum tipo de barreira econômica ou dificuldade de fazer negócios com os países da EU. Considerando o contexto econômico atual, esse é um luxo que a maioria das nações, especialmente as da América Latina, não poderia se dar.³

O Brasil, portanto, inspirado na regulação europeia, promulgou a LGPD com ampliação e ajustes em relação ao texto originário da proposta, trazendo mais detalhes sobre a proteção aos dados pessoais, sem se afastar da motivação para a inserção dessa importante regulamentação no ordenamento jurídico pátrio.

3. DEVER DE DILIGÊNCIA DO ADMINISTRADOR

As sociedades definidas como empresárias ou não, terão a indicação de administrador para que em nome dela, diante da personalidade jurídica, cumpram o seu objeto, praticando todos os atos necessários ao exercício da atividade.

¹ MONTI, Milton. Projeto de Lei da Câmara nº 4060, de 2012. **Dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, e dá outras providências.** Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=8CB1E88FCBE542CE27697FB8674C7DF0.proposicoesWebExterno2?codteor=1001750&filename=PL+4060/2012. Acesso em: 16 out. 2020.

² PINHEIRO, Patrícia Peck. **Proteção de dados pessoais: Comentários à Lei nº. 13.709/2018 (LGPD).** São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 18.

³ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Proteção de dados pessoais: Comentários à Lei nº. 13.709/2018 (LGPD).** São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 18.

Algumas sociedades personificadas, estabelecem a necessidade de que a administração seja exercida pelos próprios sócios⁴, entretanto, não há previsão legal de que a sociedade fique sem administradores, como uma locomotiva sem maquinista. No âmbito do direito societário, cumpre ao administrador, sendo ele associado ou não, expressar a vontade da sociedade no exercício da administração, cumprindo os deveres dispostos em lei, praticando atos em nome da sociedade⁵.

Alfredo de Assis Gonçalves Neto esclarece como se dá a atuação do administrador:

Agindo segundo essa diretriz, o administrador não atua por si, mas como o órgão ou a peça da estrutura da sociedade incumbida de externar seus atos. Ou seja, comportando-se de boa-fé e conforme o padrão de conduta que se pode esperar de quem ocupa cargo semelhante, o agir não é seu, mas da sociedade que administra.⁶

Em relação ao correto cumprimento e implementação da LGPD, sobressai a necessidade de observância pelo administrador do dever de diligência, conforme previsão praticamente idêntica dos artigos 1.011, do Código Civil⁷ e 153 da Lei 6.404/76⁸.

Cabe ao administrador, em obediência ao dever de diligência, ser zeloso e atuar de forma que seja possível identificar a prática de atos que seriam vistos em seus próprios negócios, como todo homem ativo e probo costuma fazer.

Fran Martins vai além, e defende que os simples cuidados de um homem ativo e probo não seriam suficientes para capacitar alguém a dirigir uma sociedade anônima:

Constituindo a sociedade anônima uma instituição, se bem que os administradores possam praticar atos que ultrapassem os que lhe são impostos pela lei ou pelo estatuto, tem-se requerido para esses administradores qualificações profissionais especializadas, donde os simples cuidados de um homem ativo e probo (ou, na expressão clássica, a diligência de um bom pai de família) serem insuficientes para capacitar tais pessoas a dirigirem as sociedades anônimas. (...) A simples honestidade, boa vontade ou diligência de um homem ativo e probo não são bastantes para fazer com que ele exerça funções de administrador da sociedade; necessário é que haja conhecimentos técnicos e que o administrador atue profissionalmente (...)⁹

⁴ Sociedade em nome coletivo; sociedade em comandita simples; sociedade em comandita por ações e sociedade cooperativa.

⁵ NEGRÃO, Ricardo. **Curso de Direito Comercial e de empresa**: teoria geral da empresa e direito societário. Coleção Curso de direito volume 1 – 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 390.

⁶ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa**: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 204.

⁷ Art. 1.011. O administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios.

⁸ Art. 153. O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios.

⁹ MARTINS, Fran. **Comentários à lei das sociedades anônimas**; revista e atualizada por Roberto Papini. 4. ed. rev., atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 571-572.

Nessa mesma linha de entendimento, Waldírio Bulgarelli destacou que a exigência de predicados técnicos para a gestão de uma sociedade já está na consciência geral:

Daí porque o modelo adotado pela Lei n. 6.404, de 1976, no artigo 153, do *vir bonus vir optimus et purus*, conquanto possa ser alargado para albergar as exigências de uma gestão empresarial, não se apresenta ainda perfeito, deixando de evidenciar o aspecto da *peritia artis*, só se completando com outros dispositivos, como o já citado da referência à empresa como objeto social (artigo 2º) o da adoção de critérios para remuneração (artigo 152) ect., mas, de qualquer forma a ideia de que a gestão da empresa impõe certos predicados técnicos já está na consciência geral, sobretudo no que tange à macro-empresa. Sob tal aspecto, vale anotar que se pode encontrar, hoje, a imposição pelo legislador de normas endereçadas à conduta técnica do administrador à frente de certos tipos de empresas, que pela complexidade da natureza de suas atividades e certamente porque operam com a economia do público, exigem cuidados especiais.¹⁰

A compreensão moderna da atuação do administrador vai além da visão do pai de família atento aos seus negócios, já que a dinâmica de mercado exige algo mais de quem administra uma sociedade, traduzindo a diligência em se manter informado das operações negociais, participando ativamente do fluxo de operações sem que haja obrigação de resultado positivo. Contudo, o administrador não deve se descuidar da implementação dos melhores meios para que a sociedade cumpra seu objeto.

Deste modo, o modelo de padrão de conduta a ser adotado para interpretar tal artigo de lei deve ser o do homem de negócios, *businessman*, não do pai de família. Justamente por isto é que a regra normativa adotou um conceito aberto que é o dever de diligência. A complexidade e a diversidade das situações empresariais são tantas que a adoção de um sistema exaustivo e taxativo teria o único efeito de engessar as empresas que atuam em território pátrio, tornando sua atividade inviável.¹¹

Nesse aspecto, relevante salientar que o dever de diligência passa pela decisão negocial em cumprimento aos negócios da sociedade, bem como pela exata obediência as disposições legais. Não se pretende, através do presente estudo, desqualificar a possibilidade de que o administrador decida algumas questões no sentido que entender pertinente para a sociedade, vez que a discricionariedade para a tomada de decisões relativas ao negócio integra a atividade diretiva.

A Comissão de Valores Mobiliários (CVM), inclusive, já consolidou o entendimento pela aplicação da regra da decisão negocial (*business judgment rule*) para afastar a responsabilidade do administrador da companhia aberta quando verificada a ocorrência de boa-

¹⁰ BULGARELLI, Waldírio. Apontamentos Sobre a Responsabilidade dos Administradores das Companhias. **Revista Justitia**. n. 120, 1983, p. 9-46. Disponível em: <http://www.revistajustitia.com.br/revistas/ayc91d.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2020.

¹¹ ALVES, Giovani; SANTOS, Lucas. A administração de sociedades e a business judgment rule sob o enfoque do direito brasileiro: compreensão e adequação. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**. n. 5, 2019, p. 695-716. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/5/2019_05_0695_0716.pdf. Acesso em: 05 nov. 2020.

fé e outros elementos¹². Contudo, a própria CVM mantém entendimento de que não há como se aplicar esse padrão protetivo quando se tratar de obediência à lei, visto que, “o mesmo padrão não se aplica, contudo, a condutas relacionadas a obrigações estabelecidas em lei, regulamento ou estatuto, tais como as condutas violadoras dos deveres de monitorar e supervisionar (...)”¹³

Desse modo, seja em âmbito das companhias ou demais sociedades, agir nos termos da lei é início do cumprimento do dever de diligência pelo administrador, o qual deve buscar permanente qualificação para o exercício das funções, além de manter-se informado para a tomada decisões, investigando as informações que lhe foram apresentadas por razão do exercício de sua atividade, permanecendo atento e vigilante no acompanhamento dos negócios sociais¹⁴.

4. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADMINISTRADOR ANTE A LGPD

No âmbito do exercício de sua função, o administrador irá se deparar com a necessidade de promover a implementação das normas da LGPD na sociedade, devendo observar a abrangência da nova lei para tratamento e proteção de dados de pessoas naturais.

Caitlin Sampaio Mulholland destaca que:

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD - Lei 13.709/18) dispõe sobre tratamento de dados de pessoas naturais, tanto por meio físico, quanto por meio digital, reconhecendo a finalidade da tutela desses dados/informações para a proteção de direitos, como os da liberdade de expressão e de comunicação, privacidade, honra, imagem, autodeterminação informativa e livre desenvolvimento da personalidade (art. 2º). Ademais, a lei reconhece a efetivação e promoção de Direitos Humanos Fundamentais como justificativa para a tutela dos dados pessoais (art. 2º, VII). A lei protege situações que concernem exclusivamente a operações de tratamento de dados, isto é, aquelas “que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração” (art. 5º, X). Percebe-se pelo rol descritivo do que se entende por tratamento de dados, que inúmeras atividades que envolvem dados pessoais sofrerão a limitação e escrutínio da lei.¹⁵

¹² PAS CVM nº 21/2004, j. em 15.05.2007; PAS CVM nº 14/2005, j. em 05.05.2009; PAS CVM nº RJ2011/11073, j. em 15.12.2015.

¹³ BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Administrativo Sancionador CVM SEI nº 19957.001575/2020-21. **Comissão de Valores Mobiliários**. Ivaldo Fioravanti e Luiz Fernando Júlio. Rel. Dir. Diretora Flávia Sant’Anna Perlingeiro. Rio de Janeiro, 30 junho. 2020. Disponível em: http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionador/es/sancionador/anexos/2020/SEI_19957001575_2020_21.pdf. Acesso em: 06 nov. 2020.

¹⁴ ALVES, Giovani; SANTOS, Lúccas. A administração de sociedades e a business judgment rule sob o enfoque do direito brasileiro: compreensão e adequação. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**. n. 5, 2019, p. 695-716. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/tjlb/2019/5/2019_05_0695_0716.pdf. Acesso em: 05 nov. 2020.

¹⁵ MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais: uma análise à luz da Lei Geral de Proteção de Dados. **Revista Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória: FDV, v. 19, n. 3,

Contudo, em eventuais violações de dados causada pela adoção de técnicas ineficientes de proteção, os eventuais prejuízos acarretados aos titulares dos dados, deverão ser suportados pela sociedade, e, por conseguinte, pelo administrador, que atuou de forma contrária aos deveres de diligência, visto que cabe a ele se certificar da correta aplicação da lei pela sociedade.

A tutela dos dados pessoais pelo administrador das sociedades é fundamental no intuito de se evitar riscos na atividade de tratamento de dados, especialmente porque o administrador deve tomar imediatamente a decisão de adotar os mecanismos necessários para se cumprir a lei, fiscalizando a atuação de órgãos ou setores da sociedade para que prejuízos não ocorram em virtude da má implementação da LGPD.

Nessa linha de inteligência, impõem-se a responsabilidade objetiva do administrador em face do risco inerente às atividades de tratamento de dados.

Segundo Danilo Doneda:

Os bancos de dados que contêm dados pessoais, tão comuns em nossos dias, proporcionam uma nova definição dos poderes e direitos a respeito das informações pessoais e, conseqüentemente, sobre a própria pessoa. Aumenta o número de sujeitos que podem ter acesso a um conjunto sempre mais detalhado e preciso de informações sobre terceiros, o que faz com que o estatuto jurídico desses dados se torne um dos pontos centrais que vão definir a própria autonomia, identidade e liberdade do cidadão contemporâneo.¹⁶

A necessidade de melhor tratamento dos dados pessoais com observância a segurança para salvaguardar os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade para o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural é o objetivo da lei, devendo o administrador ter ciência da obrigatoriedade de implementação e cumprimento da norma.

Os dados pessoais, na sociedade contemporânea, assumem importância estratégica cada vez maior. Podem ser utilizados em inúmeras aplicações, como o direcionamento de propagandas e anúncios específicos para o perfil de determinado consumidor, a partir das páginas que este visita na internet, ou a identificação da preferência ideológica ou mesmo sexual mediante análise dos gastos realizados pelo cartão de crédito, ou a investigação de doenças com maior probabilidade de se manifestarem durante a vida de determinado indivíduo, por meio da análise de seu material genético. Os exemplos são praticamente inesgotáveis e, cada vez mais, presentes no cotidiano – basta lembrar de seu smartphone, que sugere trajetos para o trabalho mesmo nos feriados.¹⁷

set./dez., 2018, p.162-163. Disponível em: <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1603>. Acesso em: 08 nov. 2020.

¹⁶ DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 12, p. 91-108, jul./dez. 2011.

¹⁷ ROQUE, André. A tutela coletiva dos dados pessoais na lei geral de proteção de dados pessoais (LGPD). **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, a. 13, v. 20, n. 2, p.1-19, maio/ago. 2019, p.2.

O fluxo contínuo de troca de informações dentro das sociedades para que mantenham condições competitivas nesse mundo globalizado e tecnológico, impõe riscos, estes inerentes à própria condição de atuação no mercado, devendo cada empresa cuidar para que os dados pessoais não sejam fornecidos ou divulgados sem o consentimento de seu titular, em observância aos preceitos normativos do princípio da boa-fé objetiva. Em se tratando de sociedades, como acima mencionado, a vontade é exercida por meio da atuação do administrador.

Os direitos da personalidade, tão caros ao indivíduo, passaram a ser diretamente ofendidos. A privacidade – tida como “o direito de viver a sua própria vida em isolamento, não sendo submetido à publicidade que não provocou, nem desejou” e consistente também “no direito de obstar que a atividade de terceiro venha a conhecer, descobrir ou divulgar as particularidades de uma pessoa” – passou a ser vista de uma nova forma com o advento da internet e o surgimento das redes sociais e das políticas de armazenamento de dados.¹⁸

Caitlin Sampaio Mulholland destaca os princípios que devem ser observados no tratamento dos dados pessoais:

Em relação aos princípios aplicáveis ao tratamento de dados pessoais, a sua previsão é reconhecida no artigo 6º, da LGPD, com o objetivo de restringir a atividade de tratamento de dados pessoais, exigindo-se que haja o seu cumprimento para que seja reconhecida a licitude da atividade, legitimanda. São os seguintes princípios previstos na lei: finalidade, adequação, necessidade, livre acesso, qualidade dos dados, transparência, segurança, prevenção, não discriminação, responsabilização e prestação de contas. Dos princípios previstos, dois são de especial relevância quando do tratamento de dados sensíveis, quais sejam, o princípio da finalidade e o princípio da não discriminação.¹⁹

Logo, o papel do administrador na implementação da LGPD é fundamental no sentido de estabelecer instrumentos concretos para atender ao imperativo de segurança das informações. Portanto, evidencia-se, assim, um novo direito fundamental a proteção de dados pessoais previsto pela LGPD.²⁰

O artigo 46, em especial, trabalha com a exigência de medidas direcionadas a efetivação de controles protetivos capazes de mitigar os riscos do tratamento de dados – realidade ampla e inexorável no contexto do chamado *Big Data2* e da chamada Internet das Coisas (*Internet of Things*, ou *IoT*), também chamada de *web 4.0* ou “*web*

¹⁸ GODINHO, Adriano Marteleto; QUEIROGA NETO, Genásio Rodrigues; TOLÊDO, Rita de Cásia de Moraes. A Responsabilidade Civil pela violação a dado pessoais. **Revista IBERC**, v. 3, n. 1, p. 1-23, 2020, p.2.

¹⁹ MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais: uma análise à luz da Lei Geral de Proteção de Dados. **Revista Direitos e Garantias. Fundamentais**, Vitória: FDV, v. 19, n. 3, set./dez., 2018, p.163-164. Disponível em: <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1603>. Acesso em: 08 nov. 2020.

²⁰ DONEDA, Danilo. O direito fundamental a proteção de dados pessoais. In: MARTINS, Guilherme Magalhaes; LONGHI, Joao Victor Rozatti (Coords.). **Direito digital: direito privado e Internet**. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2019, p. 36.

inteligente”. A “segurança da informação” e o fundamento primordial da regra descrita no dispositivo.²¹

Nesse cenário, o artigo 44 da LGPD prevê a imputação de responsabilidade dos agentes de tratamento de dados pelo descumprimento dos preceitos normativos da referida lei, donde se verifica, ainda, a relevância da governança corporativa (*compliance*) para a efetivação da proteção de dados pessoais no ambiente societário.

Uma certeza se nota pela leitura da LGPD: houve grande preocupação do legislador em estabelecer variado rol de deveres para os agentes de dados. Isso é percebido pela leitura dos artigos 44 e 46 da Lei e, ainda, pela investigação do teor dos artigos 50 e 51 da mesma. No artigo 44, tem-se a conceituação do tratamento irregular e a previsão de responsabilização por inobservância das medidas de segurança descritas no artigo 46, que trabalha com a “segurança de dados”.²²

Segundo Guilherme Magalhães Martins e José Luiz de Moura Faleiros Júnior:

A delimitação de deveres relacionados à segurança da informação denota uma preocupação profunda do legislador pátrio com a consolidação de parâmetros preventivos que correspondam à legítima expectativa do titular de dados de que os processos de coleta, tratamento e armazenagem aos quais está submetido serão hígidos e adequados. Trabalha-se, desse ponto de vista, com a ideia de governança (ou *compliance*) para além de uma responsabilidade acessória do agente de tratamento, muito embora a lei faça expressa menção ao seu implemento como uma faculdade (vide o emprego do verbo “poder”, em lugar de “dever” no caput do artigo 50). Isso porque a cláusula inserida no artigo 46, atrelada aos regramentos contidos ao longo de todo o texto da LGPD, reafirma a preocupação com a efetividade da proteção de dados pessoais. É insofismável a relevância deste capítulo da lei para a sua ampla compreensão, sendo certa, ademais, a importância destacada que os programas de governança corporativa representarão para todo aquele que opere com dados pessoais.²³

Há, contudo, quem entenda pela aplicação da responsabilidade subjetiva na LGPD:

(...) A estrutura da LGPD é toda pautada na criação de deveres. O legislador criou uma série de deveres de cuidado que devem ser seguidos pelo controlador e pelo operador, sob pena de virem a ser responsabilizados. Assim, não faz muito sentido – nem do ponto de vista lógico, nem do jurídico - o legislador criar uma série de deveres de cuidado se não for para implantar um regime de responsabilidade subjetiva. Se o que se pretende é responsabilizar os agentes, independentemente de culpa de fato, não faz sentido criar deveres a serem seguidos, tampouco responsabilizá-los quando tiverem cumprido perfeitamente todos esses deveres. A lógica da responsabilidade é outra, completamente diferente: não cabe discutir cumprimento de deveres, porque,

²¹ MARTINS Guilherme Magalhães; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. Segurança, Boas Práticas, Governança e Compliance. In: DE LIMA, Cíntia Rosa Pereira. (Coords.). **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados: Lei nº 13.709 de 2018, com alteração da Lei nº 13.853/2019**. São Paulo: Almedina, 2019, p.347-348.

²² FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura; NOGAROLI, Rafaella; CAVET, Caroline Amadori. Telemedicina e proteção de dados: reflexões sobre a pandemia da COVID-19 e os impactos jurídicos da tecnologia aplicada à saúde. **Revista dos Tribunais**, vol. 1016, jun. 2020.

²³ MARTINS, Guilherme Magalhães; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. Segurança, boas práticas, governança e compliance. In: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords.). **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados: Lei 13.709/2018, com alteração da Lei 13.853/2019**. São Paulo: Almedina, 2020, p.368.

quando se discute cumprimento de deveres, o que no fundo está sendo analisado é se o agente atuou ou não com culpa.²⁴

Não obstante haver controvérsias em relação ao entendimento de aplicação do regime de responsabilidade previsto na LGPD, ante a redação não exatamente clara da lei²⁵, quanto ao administrador não parece ser salutar a aplicação da responsabilidade subjetiva, visto que a sociedade detém dados pessoais e deve proceder ao tratamento adequado, adotando todas as medidas de segurança e técnicas objetivando cumprir a lei, considerando o risco da atividade desempenhada e o proveito da operação comercial advinda da utilização de dados pessoais.

Recentemente foi noticiada a aplicação da LGPD em processo judicial que tramita em São Paulo/SP²⁶, onde a magistrada Tônia Yuka Koroku reconheceu a violação aos direitos de personalidade do autor da demanda, que não permitiu o fornecimento de seus dados para que parceiros de uma construtora ligassem para o consumidor oferecendo serviços.

Patente que os dados independentemente de sensíveis ou pessoais (art. 5º, I e II, LGPD) foram tratados em violação aos fundamentos de sua proteção (art. 2º, LGPD) e à finalidade específica, explícita e informada ao seu titular (art. 6º, I, LGPD). O contrato firmado entre as partes prescreveu apenas a possibilidade de inclusão de dados do requerente para fins de inserção em banco de dados (“Cadastro Positivo”), sem que tenha sido efetivamente informado acerca da utilização dos dados para outros fins que não os relativos à relação jurídica firmada entre as partes. Entretanto, consoante prova documental acima indicada, houve a utilização para finalidade diversa e sem que o autor tivesse informação adequada (art. 6º, II, LGPD). Nesse mesmo sentido tuitivo, o disposto no artigo 6º, III e IV, do Código de Defesa do Consumidor.

Isto posto, a responsabilidade da ré é objetiva (arts. 14, caput, CDC e 45, LGPD). Inexiste suporte para a exclusão de responsabilidade (art. 14, § 3º, I a III, CDC), de sorte que caracterizado o ato ilícito relativo a violação a direitos de personalidade do autor, especialmente por permitir e tolerar (conduta omissiva) ou mesmo promover (conduta comissiva) o acesso indevido a dados pessoais do requerente por terceiros. Irrelevante se a ré possui mecanismos eficazes para a proteção de dados, seja porque se sujeita às normas consumeristas em relação à sua responsabilidade, bem como pelo fato de que houve utilização indevida dos dados do requerente em decorrência do contrato firmado entre as partes. Sendo a responsabilidade objetiva, não há suporte para se inquirir a existência de culpa ou a presença de suas modalidades (imperícia, negligência ou imprudência).²⁷

²⁴ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Venceslau. Término do tratamento de dados. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coords.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 231-232.

²⁵ BRUNO, Marcos Gomes da Silva. CAPÍTULO VI – Dos Agentes de Tratamento de Dados Pessoais. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Ópice (Coords.). **LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 305-311.

²⁶ Juíza aplica LGPD e condena construtora que não protegeu dados de cliente. **CONJUR**, 30 set. 2020, Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-30/compartilhar-dados-consumidor-terceiros-gera-indenizacao>. Acesso em: 25 nov. 2020.

²⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Processo nº: 1080233-94.2019.8.26.0100**. Sentença. Juíza: Tônia Yuka Koroku. São Paulo, 29 de setembro de 2020. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoE dt.do?nuProcesso=1080233-94.2019.8.26.0100&cdProcesso=2S0013T8I0000&cdForo=100&baseIndice=INDD>

No caso em questão, a implementação indevida da LGPD deve ser imputada ao administrador da sociedade, visto que contribuiu com a disseminação danosa de dados pessoais de clientes da companhia a terceiros, quando deveria ter agido de forma diligente, mantendo vigilância a respeito da correta aplicação das técnicas de segurança impeditivas para o vazamento de dados, orientando colaboradores e organizando o melhor sistema de compliance para efetivação da governança corporativa.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A implementação da Lei Geral de Proteção de Dados no ordenamento jurídico brasileiro impõe uma atuação consentânea e adequada do administrador, notadamente, em relação ao seu dever de diligência, pautado na necessidade de atuar de forma técnica, com a finalidade de se alcançar os melhores resultados em benefício da sociedade.

Nessa linha de raciocínio, constata-se ser fundamental o papel assumido pelo administrador na implementação da LGPD, devendo estabelecer instrumentos aptos de controle e guarda dos dados pessoais, orientando empregados, estabelecendo normas de *compliance*, tomando decisões que assegurem a observância de técnicas de segurança impeditivas de divulgação não consentida de dados, em observância aos preceitos ético-jurídicos da boa-fé objetiva.

Agirá obedecendo o dever de diligência aquele administrador que se informar sobre o melhor mecanismo de ajuste da sociedade administrada ao regramento da LGPD, se valendo de todos os meios necessários para que terceiros não sejam prejudicados pela divulgação indevida de dados pessoais confiados à sociedade em razão do exercício da atividade empresarial.

Portanto, na hipótese de danos causados a terceiros pela realização indevida do tratamento de dados pessoais, deverá o administrador ser responsabilizado objetivamente com fundamento no risco atividade econômica desenvolvida, não sendo permitido a ele se valer de qualquer excludente de responsabilidade, especialmente, a aplicação da regra da decisão negocial, considerando que a deliberação e fiscalização permanente da implementação da

LGPD é imperativa, não se caracterizando como tomada de decisão discricionária a ser respeitada por se tratar e medida em âmbito *interna corporis*.

REFERÊNCIAS

ALVES, Giovani; SANTOS, Luccas. A administração de sociedades e a business judgment rule sob o enfoque do direito brasileiro: compreensão e adequação. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**. n. 5, 2019, p. 695-716. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/5/2019_05_0695_0716.pdf. Acesso em: 05 nov. 2020.

BRASIL. Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 dez. 1976.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Processo Administrativo Sancionador CVM nº 21/04. **Comissão de Valores Mobiliários**. Antônio Luiz Rios da Silva, Leandro Martins Alves, Luiz Fernando Gusmão Wellisch, Paolo Enrico Maria Zaghén, Ricardo Alves da Conceição, Vicente de Paulo Diniz. Rel. Dir. Pedro Oliva Marcilio de Sousa. Rio de Janeiro, 15 mai. 2007. Disponível em: http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionadores/sancionador/anexos/2007/20070515_PAS_2104.pdf Acesso em: 06 nov. 2020.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Processo Administrativo Sancionador CVM nº 14/05. **Comissão de Valores Mobiliários**. Alberto Régis Távora, Andreas Walter Brehm, Chequer Hanna Bou-Habib, CSN – Companhia Siderúrgica Nacional, CVRD – Companhia Vale do Rio Doce e outros. Rel. Dir. Eli Loria. Rio de Janeiro, 05 mai. 2009. Disponível em: http://www.cvm.gov.br/sancionadores/sancionador/2009/20090505_1405.html. Acesso em: 06 nov. 2020.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Processo Administrativo Sancionador CVM nº RJ2011/11073. **Comissão de Valores Mobiliários**. Alexandre Bride, José Martins Pereira, José Roberto Amoriello, Oriel Campos Leite, Paulo César de Moura Bueno, Regina Martin Ferrari, Reno Ferrari, Reno Ferrari Filho. Rel. Dir. Pablo Renteria. Rio de Janeiro, 15 dez. 2015. Disponível em: http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionadores/sancionador/anexos/2015/20151215_PAS_RJ201111073.pdf Acesso em: 06 nov. 2020.

BRASIL. Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). **Diário Oficial da União**, Brasília, 15 out. 2018.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Administrativo Sancionador CVM SEI nº 19957.001575/2020-21. **Comissão de Valores Mobiliários**, Ivaldo Fioravanti e Luiz Fernando Júlio. Rel. Dir. Diretora Flávia Sant’Anna Perlingeiro. Rio de Janeiro, 30 junho. 2020. Disponível em: http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionadores/sancionador/anexos/2020/SEI_19957001575_2020_21.pdf Acesso em: 06 nov. 2020.

BRUNO, Marcos Gomes da Silva. CAPÍTULO VI – Dos Agentes de Tratamento de Dados Pessoais. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Ópice (Coords.). **LGPD: Lei**

Geral de Proteção de Dados comentada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 305-311.

BULGARELLI, Waldírio. Apontamentos Sobre a Responsabilidade dos Administradores das Companhias. **Revista Justitia**. n. 120, 1983, p. 9-46. Disponível em: <http://www.revistajustitia.com.br/revistas/ayc91d.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2020.

DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 12, p. 91-108, jul./dez. 2011.

DONEDA, Danilo. O direito fundamental a proteção de dados pessoais. In: MARTINS, Guilherme Magalhaes; LONGHI, Joao Victor Rozatti (Coords.). **Direito digital: direito privado e Internet**. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2019.

FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura; NOGAROLI, Rafaella; CAVET, Caroline Amadori. Telemedicina e proteção de dados: reflexões sobre a pandemia da COVID-19 e os impactos jurídicos da tecnologia aplicada à saúde. **Revista dos Tribunais**, vol. 1016, jun. 2020.

GODINHO, Adriano Marteleto; QUEIROGA NETO, Genásio Rodrigues; TOLÊDO, Rita de Cásia de Moraes. A Responsabilidade Civil pela violação a dado pessoais. **Revista IBERC**. v. 3, n. 1, p. 1-23, 2020.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Venceslau. Término do tratamento de dados. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coords.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

Juíza aplica LGPD e condena construtora que não protegeu dados de cliente. **CONJUR**, 30 set. 2020, Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-30/compartilhar-dados-consumidor-terceiros-gera-indenizacao>. Acesso em: 25 nov. 2020.

MARTINS, Fran. **Comentários à lei das sociedades anônimas**; revista e atualizada por Roberto Papini. 4. ed. rev., atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MARTINS, Guilherme Magalhães; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. Segurança, boas práticas, governança e compliance. In: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords.). **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados: Lei 13.709/2018, com alteração da Lei 13.853/2019**. São Paulo: Almedina, 2020, p.347-369.

MONTI, Milton. **Projeto de Lei da Câmara nº 4060, de 2012**. Dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, e dá outras providências. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=8CB1E88FCBE542CE27697FB8674C7DF0.proposicoesWebExterno2?codteor=1001750&filename=PL+4060/2012. Acesso em: 16 out. 2020.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais: uma análise à luz da Lei Geral de Proteção de Dados. **Revista Direitos e Garantias. Fundamentais**, Vitória: FDV, v. 19, n. 3, p. 175, set.-dez. 2018. Disponível em: <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1603>. Acesso em: 13 jul. 2020.

NEGRÃO, Ricardo. **Curso de Direito Comercial e de empresa: teoria geral da empresa e direito societário**. Coleção Curso de direito volume 1 – 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Proteção de dados pessoais: Comentários à Lei nº. 13.709/2018 (LGPD)**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ROQUE, André. A tutela coletiva dos dados pessoais na lei geral de proteção de dados pessoais (LGPD). **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, a. 13, v. 20, n. 2, p.1-19, maio/ago. 2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Processo nº: 1080233-94.2019.8.26.0100**. Sentença. Juíza: Tônia Yuka Koroku. São Paulo, 29 de setembro de 2020. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?nuProcesso=1080233-94.2019.8.26.0100&cdProcesso=2S0013T8I0000&cdForo=100&baseIndice=INDDS&nmAlias=PG5JM&tpOrigem=2&flOrigem=P&cdServico=190101&accessibilidade=false&ticket=AWXAW1RVA CSqXqfRnHC1XAnusAlbAwRw%2F457agFUiTreBxdKdyk%2FYfy%2FDhiHd%2BmJPtm7is7b0i52Fzy27jov2eOiCmnwD082Bhwt7VI69S2iUEcHmbHPc5dZDXQxN9dhSSa%2FaaSwdKVZgUo3VY5mVJXav8I0xIIxnkJKU8XBAhT1vZtkMsMoTCfZC2FQSIsd0raz0XiJ8ObWrkC7Di%2Bz4EL81nfhQe%2FCT7MzM4YD4xJAiwSG8E4VI2hXBpD4DGoZBRcr3B2VjNyFT8loyDcfiVzfeXyiKKtZpGxBKXxfzJHWEVERf55XIYL7msB8UV%2F5Kyw2eezeOpCnpxnTbSrBeNlrfsn0vSOvVuL%2FUTC6EPqcY1EhrlUJh2E7dj7aP%2FCt>. Acesso em: 25 nov. 2020.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO POR ERRO PROCESSUAL

2

Vinícius Lott Thibau

Sumário: 1. Considerações iniciais; 2. Erro processual e a dogmática jurídica de matriz bülowiana; 3. Erro processual e a responsabilização civil do advogado; 4. Considerações finais; Referências.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em 1868, Oskar von Bülow publicou a obra *Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen* e teorizou o processo como uma relação jurídica de direito público. De acordo com Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, desde a sua divulgação, a proposição de processo como relação jurídica auferiu grande notabilidade e, nos dias atuais, “é a que maior número de adeptos conta. No Brasil, acatam-na todos os processualistas de renome”.¹

Assim é que, apesar das inúmeras críticas que já foram ofertadas à teoria do processo como relação jurídica,² a concepção bülowiana de processo ainda impacta a abordagem de diversos temas relacionados à operacionalização do direito. É o que ocorre em relação à responsabilidade civil do advogado por erro processual.

¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 280-281.

² Para acessar algumas críticas oferecidas à teoria do processo como relação jurídica de direito público, confira os escritos de GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 2001; FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006; GOLDSCHMIDT, James. **Teoría general del proceso**. Barcelona: Labor, 1936. (Colección Labor); LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008; LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. A dogmática processual e a exceção cotidiana. **Revista Brasileira de Direito Processual** – RBDPRO, Belo Horizonte, ano 23, n. 92, p. 13-29, out./dez. 2015; LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. O processo como instituição regente da procedimentalidade jurídico-democrática. In: LEAL, André Cordeiro et al (Orgs.). **Processo como democracia na contemporaneidade: colóquio em homenagem ao professor Rosemiro Pereira Leal**. Belo Horizonte, D'Plácido, 2019, p. 69-96; LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 14. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2018; LEVATE, Luiz Gustavo; THIBAU, Vinícius Lott. Oskar von Bülow e a violência judicial na operacionalização do direito. In: BIAGGI, Enio Luiz de Carvalho et al (Orgs.). **Violência e intolerância: quando o sono da razão produz monstros**. Belo Horizonte: 3i, 2019, p. 92-96.

Isso porque, pelos estudos de direito privado e, igualmente, de direito processual tradicional, o erro processual identifica-se com a prática de ato equivocado ou com a ausência de realização de ato exigido ao incremento de uma representação adequada no espaço de aplicação fático-normativa, isto é, tem adstrição com os atos que integram ou que deveriam integrar a relação jurídica processual concebida por Oskar von Bülow.

Daí, quando se examina a responsabilidade civil do advogado por erro processual, não é suficiente a análise do direito privado. Também não basta que seja somada a essa uma abordagem das normas e publicações acadêmicas sobre a atuação do advogado, sob a perspectiva ético-profissional. Além disso, é indispensável uma incursão pela dogmática processual de matriz bülowiana, que, embora se apresente absolutamente arcaica para o direito democrático, revela qual é o conceito de ato processual adotado por importantes escritos relativos à responsabilidade civil do advogado.³

Com o objetivo de analisar as interfaces entre a responsabilidade civil do advogado e o erro processual, portanto, pretende-se romper com a estanqueidade que qualifica muitos estudos formalizados na área do direito. Por isso, em um primeiro momento, este capítulo de livro examina o erro processual. Em seguida, aborda a responsabilização civil do advogado por erro processual, que não prescinde da demonstração de três elementos: conduta culposa ou dolosa, dano indenizável e nexo de causalidade.

2. ERRO PROCESSUAL E A DOGMÁTICA JURÍDICA DE MATRIZ BÜLOWIANA

Na literatura especializada, é frequente a afirmação de que o processo consiste em uma relação jurídica de direito público entre juiz (tribunal), autor e réu, que cumpre finalidades. Esse conceito de processo foi enunciado por Oskar von Bülow, o qual, em 1868, publicou a obra intitulada *Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen*, que foi

³ Se a proposição neoinstitucionalista do processo fosse adotada como marco teórico para as conjecturas sobre a responsabilidade civil do advogado por erro processual, seria necessária a alteração da própria terminologia empregada pela literatura especializada. Pelos conteúdos informativos da teoria que foi ofertada à comunidade jurídica por Rosemiro Pereira Leal, o denominado erro processual seria um erro procedimental. Para acessar uma síntese dos conceitos de processo e procedimento na teoria neoinstitucionalista do processo, confira, especialmente, a publicação de LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinicius Lott. O processo como instituição regente da procedimentalidade jurídico-democrática. In: LEAL, André Cordeiro et al. (Org.) **Processo como democracia na contemporaneidade**: colóquio em homenagem ao professor Rosemiro Pereira Leal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 69-96.

traduzida para o castelhano em 1964, sob o rótulo *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*.⁴

Essa obra é, usualmente, apontada como o marco de criação da ciência processual,⁵ já que, pelas lições ali anunciadas, Oskar von Bülow não somente realizou uma análise minuciosa de textos romanistas, objetivando explicitar os equívocos advindos da interpretação de que a atividade dos juízes inaugurada à identificação das condições de existência do processo estaria a depender da provocação das partes, mas asseverou que, desde o Direito Romano, o processo poderia ser vislumbrado como uma relação jurídica, a qual não se confundiria com a relação jurídica de direito material.

Para o autor alemão, nos textos romanistas, seria possível visualizar o processo como uma relação jurídica porque, por este, estabeleciam-se direitos e obrigações que vinculavam as pessoas que atuavam no âmbito da aplicação do direito. A relação jurídica processual, porém, não poderia ser identificada com a relação jurídica de direito material, pois apresentava características próprias, que não foram abordadas pelas obras publicadas antes de *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Processvoraussetzungen*.

Segundo afirma Oskar von Bülow, as produções que antecederam a publicação de *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Processvoraussetzungen* cingiam-se a:

[...] falar, tão somente, de relações de direito privado. A estas, porém, não pode ser referido ao processo. Desde que os direitos e as obrigações processuais se dão entre funcionários do Estado e os cidadãos, desde que se trata no processo da função dos oficiais públicos e desde que, também, as partes são levadas em consideração apenas no aspecto de sua vinculação e cooperação com a atividade judicial, essa relação pertence, com toda evidência, ao direito público e o processo resulta, portanto, uma *relação jurídica pública*.

A relação jurídica processual distingue-se das demais relações de direito por outra singular característica, que pode ter contribuído, em grande parte, para o desconhecimento de sua natureza de relação jurídica contínua. O processo é uma *relação jurídica* que *avança* gradualmente e que *se desenvolve* passo a passo. Enquanto as relações jurídicas privadas que constituem a matéria do debate judicial se apresentam como totalmente concluídas, a relação jurídica processual se encontra em embrião. Esta se prepara por meio de atos particulares. Só se aperfeiçoa com a litiscontestação, o contrato de direito público pelo qual, de uma parte, o tribunal assume a concreta obrigação de decidir e realizar o direito deduzido em juízo e, de

⁴ BÜLOW, Oskar von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJE, 1964.

⁵ Nesse sentido, confira as lições de MELENDO, Santiago Sentís. Palabras del editor. In: BÜLOW, Oskar von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJE, 1964; CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. **Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)**. México: UNAM, 1992, p. 308-313. t. II; TORNAGHI, Hélio. **A relação processual penal**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1987; SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006; BERMUDEZ, Sergio. **Introdução ao processo civil**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. t. I.

outra, as partes ficam obrigadas, para isso, a prestar uma colaboração indispensável e a submeter-se aos resultados desta atividade comum. E também esta ulterior atividade desenvolve-se por uma série de atos separados, independentes e resultantes de outros. A relação jurídica processual está em um constante movimento e transformação.⁶

É, nesse sentido, que, além das características da complexidade, da unidade, da triplicidade e da taxionomia pública, a relação jurídica processual destaca-se por sua progressividade.⁷ A partir de sua dinamicidade é que, para Eduardo Couture, a relação jurídica processual deve ser compreendida como:

[...] uma relação continuada, que se desenvolve no tempo. Essa continuidade é assegurada pela realização sucessiva de atos, os quais, acumulando-se uns em seguida de outros, asseguram a referida continuidade.

Como já foi visto, o processo começa, desenvolve-se, e termina. Existem, por conseguinte, atos de início, atos de desenvolvimento, e atos de conclusão do processo. Pode-se falar em uma verdadeira continuidade histórica de tais fatos. O processo civil (etimologicamente de “cedere pro”) em nada difere, sob este ponto de vista, do processo histórico, no qual os acontecimentos se desenvolvem no tempo, e do processo biológico, físico ou químico, nos quais os efeitos seguem-se às causas em uma análoga relação de continuidade.

A diferença está em que a continuidade do processo civil é obtida mediante a realização sucessiva de atos processuais.⁸

E prossegue, diferenciando atos processuais de fatos processuais:

De **fatos processuais** pode falar-se no mesmo sentido em que se fala de fatos jurídicos. Na realidade, os fatos processuais são um modo particular de ser de certos fatos jurídicos: os fatos jurídicos processuais.

Como tal se entende qualquer acontecimento suscetível de produzir efeitos jurídicos processuais. Uma inundação produz o efeito jurídico de suspender o prazo probatório; a privação de meios de transporte produz o efeito jurídico de fazer com que não corra o prazo contra os que devem comparecer para defender-se; o parentesco do juiz com a parte produz o efeito jurídico de impedi-lo de conhecer da causa. [...]

⁶ BÜLOW, Oskar von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJE, 1964, p. 2-3. No original: “[...] hablar, tan sólo, de relaciones de derecho privado. A éstas, sin embargo, no puede ser referido el proceso. Desde que los derechos y las obligaciones procesales se dan entre los funcionarios del Estado y los ciudadanos, desde que se trata en el proceso de la función de los oficiales públicos y desde que, también, a las partes se las toma en cuenta únicamente en el aspecto de su vinculación y cooperación con la actividad judicial, esa relación pertenece, con toda evidencia, al derecho público y el proceso resulta, por lo tanto, una *relación jurídica pública*. La relación jurídica procesal se distingue de las demás relaciones de derecho por otra singular característica, que puede haber contribuido, en grande parte, a desconocer su naturaleza de relación jurídica continua. El proceso es una *relación jurídica* que *avanza* gradualmente y que se *desarrolla* paso a paso. Mientras que las relaciones jurídicas privadas que constituyen la materia del debate judicial, se presentan como totalmente concluidas, la relación jurídica procesal se encuentra en embrión. Esta se prepara por medio de actos particulares. Sólo se perfecciona con la litiscontestación, el contrato de derecho público, por el cual, de una parte, el tribunal asume la concreta obligación de decidir y realizar el derecho deducido en juicio, y de otra, las partes quedan obligadas, para ello, a prestar una colaboración indispensable y a someterse a los resultados de esta actividad común. Y también esta ulterior actividad discurre en una serie de actos separados, independientes y resultantes unos de otros. La relación jurídica procesal está en un constante movimiento y transformación.”

⁷ Nos escritos brasileiros de teoria geral do processo, as características da relação jurídica processual foram abordadas, didaticamente, por DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Teoria geral do processo (jurisdição, ação [defesa], processo)**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2007.

⁸ COUTURE, Eduardo José. **Fundamentos do direito processual civil**. Tradução Rubens Gomes de Souza. São Paulo: Saraiva, 1946, p. 109-110.

Quando os fatos processuais sejam conseqüências de uma intervenção da vontade humana, adquirem o caráter de atos processuais. Êstes são, por conseguinte, os atos jurídicos suscetíveis de produzir efeitos processuais. Como já foi visto, êstes efeitos têm relação, primordialmente, com a subsistência, o desenvolvimento e a extinção do processo.⁹

Com efeito, pela análise empreendida pelo jurista uruguaio, é possível afirmar que o ato processual decorre de uma atitude humana voluntária que produz impacto jurídico na dinamicidade do processo concebido por Oskar von Bülow. É o que também se lê nos escritos de José Manoel de Arruda Alvim Netto, Humberto Theodoro Júnior e Cassio Scarpinella Bueno.¹⁰

Esse é um aspecto importante para a identificação do que seja um erro processual apto a gerar a responsabilização civil, uma vez que, pelo magistério de referidos autores, o advogado somente poderá ser civilmente responsabilizado pelos danos indenizáveis advindos da prática de atos processuais equivocados ou da ausência de realização de atos processuais normativamente exigidos ao incremento de uma representação técnico-científica adequada em juízo.

Nessas hipóteses, é possível afirmar que a conduta humana foi contributiva para a ocorrência de um dano indenizável. Para que a responsabilização civil do advogado imponha-se, no entanto, não é suficiente a identificação do erro processual.

3. ERRO PROCESSUAL E A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO ADVOGADO

De acordo com a norma disposta no art. 133 da Constituição brasileira, o advogado é indispensável à administração da justiça e inviolável por atos que praticar no exercício profissional. Por uma fecundidade principiológica,¹¹ contudo, é possível afirmar que o direito ao advogado integra a ampla defesa aludida pelo art. 5º, LV, da Constituição brasileira, de modo a ostentar o *status* de garantia fundamental.

⁹ COUTURE, Eduardo José. **Fundamentos do direito processual civil**. Tradução Rubens Gomes de Souza. São Paulo: Saraiva, 1946, p. 109-110.

¹⁰ ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. **Manual de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017; THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015; BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil: volume único**. São Paulo: Saraiva, 2015. Na dogmática tradicional, discute-se, igualmente, se o ato deve ser praticado no processo para que seja qualificado como processual ou se, para tanto, seria possível a sua prática fora do processo, embora com vistas a impactar a relação jurídica processual. Sobre a temática, confira, principalmente, a publicação de CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Teoria geral do processo**. 10. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

¹¹ A respeito da fecundidade principiológica da ampla defesa, confira o escrito de LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 14. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

É que, com os avanços propiciados pelo estudo do processo na contemporaneidade,¹² a ampla defesa erige-se como “o arcabouço argumentativo-probatório-recursal que se desenvolve no tempo procedimental assegurado *tanto ao réu quanto ao autor*”,¹³ motivo pelo qual não é cogitável o seu exercício sem a intervenção de profissionais legalmente habilitados, dentre os quais o advogado.

No paradigma do Estado Democrático de Direito, em que a “dicotomia público/privado e a racionalidade do ordenamento jurídico”¹⁴ sofreram ressemantização, o advogado viabiliza o exercício do direito de fiscalidade no recinto de aplicação fático-normativa, representando a parte no espaço inaugurado ao acerto de direitos ou à satisfação de direitos já reconhecidos em um título judicial ou extrajudicial.

A relevância da atuação do advogado, aliás, não somente torna necessária a problematização continuada das hipóteses em que é facultativa a representação nos âmbitos judicial e extrajudicial, mas fundamenta a previsão de diversos deveres impostos aos exercentes da atividade advocatícia, cujo acatamento é exigido tanto em juízo quanto fora dele.

Na legislação brasileira, esses deveres estão anunciados em dispositivos diversos, porém, quando se mira a responsabilização civil do advogado por erro processual, as normas ético-profissionais, civis e processuais é que se destacam. Isso porque, na literatura especializada, afirma-se, frequentemente, que a responsabilidade civil do advogado por erro processual deve ser aferida por via de uma cognição exauriente que permita a apuração da: a) culpa ou dolo que se relacione com a prática equivocada de um ato processual ou com a ausência de realização de ato necessário na relação jurídica processual; b) ocorrência de um dano indenizável; c) existência de nexo de causalidade entre a conduta do advogado e o dano produzido.

Assim, pelo léxico do direito privado, a responsabilidade civil do advogado por erro processual não é caracterizada como objetiva. Conforme lecionam Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto:

O advogado é obrigado a aplicar toda sua diligência habitual no exercício do mandato. Naquilo que se afastar da conduta esperável de um advogado diligente em situação semelhante, responderá pelo dano, se o dano estiver ligado, em nexo causal, a uma ação ou omissão sua. O advogado não deve ser enxergado como praticante de atos isolados, mas sim de uma atividade organizada para certos fins. A atividade poderá

¹² AGAMBEN, Giorgio. **O que é contemporâneo? e outros ensaios**. Tradução de Vinícius Nicastro Honesko. Chapecó: Argos, 2009.

¹³ LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 26.

¹⁴ CASTRO, Bernardo Vassalle de. A participação social no processo legislativo e o desenvolvimento sustentável. **Revista Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**, Belo Horizonte, volume especial 7, n. 13 e 14, p. 213-239, jan./dez. 2010, p. 223.

contextualizar a postura do advogado, e agravar ou suavizar a culpa no caso concreto. O direito brasileiro, em regra, não gradua as culpas, isto é, satisfaz-se com a culpa leve para imputar a responsabilização civil. O dano é que servirá para a indenização, em regra. [...].

Tem-se, tradicionalmente a responsabilidade civil do advogado como subjetiva, nos moldes clássicos. É preciso, nessa linha, que a vítima prove que o advogado agiu mal. Que foi, por exemplo, imperito, ou negligente. Não se exige, em absoluto, para responsabilizar o advogado, que o erro seja grosseiro, ou que a inépcia seja reiterada.¹⁵

É o que, igualmente, se extrai do art. 32 da Lei nº 8.906/94, segundo o qual o “advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa”. O primeiro como a “infração consciente do dever preexistente ou a infração da norma com a consciência do resultado, a segunda como violação desse dever sem a consciência de causar dano”.¹⁶

Excluindo-se o dolo, portanto, o advogado poderá ser civilmente responsabilizado quando o erro processual decorrer de sua imprudência, aqui compreendida como a “assunção de risco desnecessário”,¹⁷ de sua imperícia, ou seja, da “falta de aptidão técnica [ou científica]”,¹⁸ ou de sua negligência, que é “a omissão da diligência exigida no trato ordinário dos homens, quando, se não tivesse havido essa falta de diligência, se teria evitado o resultado não querido contrário a direito”.¹⁹

É o que, também, ocorreria, caso a norma constante do art. 14, § 4º, da Lei nº 8.078/90 fosse empregada como fundamento jurídico para a responsabilização civil do advogado por erro processual. O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, já se pronunciou, em várias oportunidades, pela inaplicabilidade das disposições do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de prestação de serviços de advocacia, *ut se lê*, por amostragem, dos recursos especiais nºs 1.123.422, 757.867, 539.077 e 1.134.889, além do agravo interno no agravo em recurso especial nº 895.899 e do agravo regimental no agravo nº 1.380.692.²⁰

¹⁵ FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 4. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 836.

¹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 23. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 562.

¹⁷ FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 718.

¹⁸ NADER, Paulo. **Curso de direito civil: parte geral**. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 547.

¹⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 263. t. II.

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.123.422. Relator: Ministro João Otávio de Noronha – Quarta Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 15 ago. de 2011; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 757.867. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros – Terceira Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 9 out. 2006; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 539.077. Relator: Ministro Aldir Passarinho Júnior – Quarta Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 30 maio 2005; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.134.889. Relator: Ministro Honildo Amaral de Mello Castro. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 8 abr. 2010; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo interno no Agravo em Recurso Especial 895.899. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão – Quarta Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 23 ago. 2016; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no Agravo 1.380.692. Relatora: Ministra Fátima Nancy Andrihgi. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 28 mar. 2011.

Por esse posicionamento, afasta-se o direito de instauração da ação no local do domicílio de quem alega ter sofrido um dano indenizável advindo de erro processual cometido por advogado (art. 101, I, do CDC), lugar o qual nem sempre coincide com o *locus* do ato ilícito (art. 53, IV, *a*, do CPC). Exclui-se, ainda, e principalmente, a possibilidade de distribuição judicial do ônus da prova em favor da parte autora da ação proposta à responsabilização civil do advogado por erro processual mediante o preenchimento dos requisitos da hipossuficiência do autor ou da verossimilhança de suas alegações, que estão previstos no art. 6º, VIII, da Lei nº 8.078/90.²¹

É certo que a distribuição *ope judicis* do ônus da prova também pode ser requerida com base nas normas dispostas no Código de Processo Civil brasileiro, por expressa autorização do art. 373, §§ 1º e 2º. Todavia, pela Lei nº 13.105/15, a distribuição diversa do ônus da prova é condicionada ao preenchimento de requisitos que, além de distintos daqueles anunciados no Código de Defesa do Consumidor – exatamente porque relativos à distribuição do ônus probatório nas relações paritárias de direito privado –, são extremamente questionáveis sob a perspectiva democrática.²²

Seja como for, pela inaplicabilidade das normas previstas no Código de Defesa do Consumidor ao contrato de prestação de serviços advocatícios, apresenta-se frágil a pretensão de responsabilização civil por erro processual baseada em culpa presumida do advogado, que é anunciada por Paulo Luiz Netto Lôbo nos seguintes termos:

A responsabilidade culposa *tout court* dos profissionais liberais é incompatível com o sistema de proteção do consumidor, porque significaria sua exclusão das regras e princípios do Código do Consumidor, o que não ocorreu. Também não seria hipótese de responsabilidade objetiva, porque a lei impõe a “verificação da culpa”.

Para o Código do Consumidor, havendo dano em virtude do fato do serviço, imputável (responsável) é o fornecedor, sem consideração à culpa. Sendo profissional liberal, é o responsável presumido.

Ressalte-se que o Código do Consumidor não excluiu o profissional liberal das regras sobre responsabilidade do fornecedor. Se assim fosse, tê-lo-ia retirado de seu campo de aplicação, no artigo 3º. Também não o remeteu à responsabilidade negocial do direito comum das obrigações; sua responsabilidade é extranegocial, nas relações de consumo. Não impôs ao consumidor o ônus de provar a alegação do dano pelo fato do serviço do profissional liberal. Em suma, a ele aplicam-se todas as regras e princípios incidentes à relação de consumo, exceto quanto a não ser responsabilizado

²¹ Sobre os requisitos autorizativos da distribuição *ope judicis* do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor, confira, especialmente, a publicação de THIBAU, Vinícius Lott. A distribuição judicial do ônus da prova e o direito do consumidor. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, Belo Horizonte, n. 27, p. 77-85, set./dez. 2015.

²² Para acessar uma crítica aos requisitos legalmente estabelecidos à distribuição judicial do ônus da prova no Código de Processo Civil brasileiro, que também se aplica à distribuição *ope judicis* do ônus da prova trabalhista, confira a publicação de LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. A distribuição dinâmica do ônus da prova trabalhista e o privilégio do juiz na fixação do sentido normativo. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, Belo Horizonte, n. 35, p. 13-25, maio/ago. 2018.

sem ficar caracterizada sua culpa, afastando-se a responsabilidade objetiva que prevalece contra os demais prestadores de serviços.²³

E conclui:

Presume-se que o advogado autônomo é culpado pelo defeito do serviço, salvo prova em contrário, por ser a presunção *juris tantum*. Não se pode cogitar, em hipótese de culpa presumida, de se atribuir o ônus da prova ao cliente, porque tornaria ineficaz a presunção.

Cabe ao cliente provar a existência do serviço, ou seja, a relação negocial entre ambos, e a existência do defeito de execução, que lhe causou danos, sendo suficiente a verossimilhança da imputabilidade. Cabe ao advogado provar, além das hipóteses comuns de exclusão de responsabilidade, que não agiu com culpa (em sentido amplo, inclui o dolo). Se o profissional liberal provar que não se houve com imprudência, negligência, imperícia ou dolo, a responsabilidade não lhe poderá ser imputada.

Essa é a inteligência possível do § 4º do art. 14 do Código do Consumidor, que impõe a verificação da culpa para responsabilizar o profissional liberal pelos defeitos do serviço que prestou.²⁴

Daí, ainda que inacolhida a conjectura no sentido de que o instituto da presunção não foi recepcionado pela processualidade democrática,²⁵ pela inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao contrato de prestação de serviços advocatícios, caberá àquele que pretenda ser indenizado pelo dano decorrente de erro processual valer-se, principalmente, das normas constantes dos arts. 32, da Lei nº 8.906/94, e 186 e 927, do Código Civil.

Ressalvada a hipótese de distribuição dinâmica do ônus probatório, para que se imponha a responsabilização civil por erro processual, a parte autora do procedimento indenizatório deverá provar não só a existência de conduta dolosa ou culposa do advogado e de dano indenizável, mas a existência do nexo de causalidade. É exatamente aí que reside a maior complexidade, sobretudo quando o erro processual alegado relaciona-se com a ausência de prática de ato exigido ao cumprimento da obrigação assumida pelo advogado.

É que, na doutrina civil, destaca-se a teoria da perda de uma chance, que, de acordo com o magistério de Carlos Roberto Gonçalves, diz respeito à:

[...] perda, pela parte, da oportunidade de obter, no Judiciário, o reconhecimento e a satisfação íntegra ou completa de seus direitos. [...].

Segundo preleciona ÊNIO ZULIANI, o cliente “não perde uma causa certa; perde um jogo sem que lhe permitisse disputá-lo, e essa incerteza cria um fato danoso. Portanto, na ação de responsabilidade [...], o juiz deverá, em caso de reconhecer que realmente ocorreu a perda dessa chance, criar um segundo raciocínio dentro da sentença condenatória, ou seja, auscultar a probabilidade ou o grau de perspectiva favorável dessa chance”. [...]

²³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Responsabilidade civil do advogado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 37, n. 146, p. 175-183, abr./jun. 2000, p. 177.

²⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Responsabilidade civil do advogado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 37, n. 146, p. 175-183, abr./jun. 2000, p. 177.

²⁵ No sentido do desalinhamento das presunções às bases normativas da processualidade democrática, confira a publicação de THIBAU, Vinicius Lott. *Presunção e prova no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

Mera possibilidade não é passível de indenização, pois a chance deve ser *séria e real* para ingressar no domínio do dano ressarcível. A teoria da perda de uma chance só pode ser aplicada aos casos em que o dano seja real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade, porque o dano potencial ou incerto, no âmbito da responsabilidade civil, em regra não é indenizável.

A quantificação do dano será feita por arbitramento (CC, art. 946) de modo equitativo pelo magistrado, que deverá partir do resultado útil esperado e fazer incidir sobre ele o percentual de probabilidade de obtenção da vantagem esperada.²⁶

Como se vê, a teoria da perda de uma chance fundamenta-se em institutos que, por uma democraticidade jurídica dissociada da socialização processual,²⁷ apresentam-se tormentosos: a probabilidade aferida pelo juiz e o arbitramento judicial. Apesar disso, trata-se de uma proposição acolhida por muitos estudiosos do direito privado.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma análise consistente da responsabilidade civil do advogado por erro processual não pode desconsiderar as contribuições prestadas pelo direito privado, pela ética profissional e pelo direito processual.

Apenas mediante o afastamento da estanqueidade que, ainda hoje, qualifica estudos jurídicos variados, é possível abordar aspectos teóricos que se apresentam relevantes ao desenvolvimento da ciência do direito.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **O que é contemporâneo?** e outros ensaios. Tradução de Vinicius Nicastro Honesko. Chapecó: Argos, 2009.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. **Manual de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BERMUDES, Sergio. **Introdução ao processo civil**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 12 set. 1990. Disponível em:

²⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: São Paulo: Saraiva, 2015, p. 284-285.

²⁷ Sobre as principais características da socialização processual, confira, especialmente, as publicações de CAPPELLETTI, Mauro. **O processo civil no direito comparado**. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001; RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização processual**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019; THIBAU, Vinicius Lott. **Processo e mercado**. In: SILVA, Michael César (Org.). **Transformações do direito na contemporaneidade: reflexões sobre direito, mercado e sustentabilidade**. Belo Horizonte: Centro Universitário Newton Paiva, 2015, p. 231-251. v. I.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.078%2C%20DE%2011%20DE%20SETEMBRO%20DE%201990.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20prote%C3%A7%C3%A3o%20do%20consumidor%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs.&text=Art.&text=Equipara%2Dse%20a%20consumidor%20a,intervindo%20nas%20rela%C3%A7%C3%B5es%20de%20consumo.. Acesso em: 4 out. 2020.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 4 out. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo interno no Agravo em Recurso Especial 895.899. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão – Quarta Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 23 ago. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201600860632&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 22 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no Agravo 1.380.692. Relatora: Ministra Fátima Nancy Andrichi. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 28 mar. 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201002075587&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 22 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.123.422. Relator: Ministro João Otávio de Noronha – Quarta Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 15 ago. de 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=RESP+1.123.422&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 22 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.134.889. Relator: Ministro Honildo Amaral de Mello Castro. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 8 abr. 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=RESP+1.134.889&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 22 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 757.867. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros – Terceira Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 9 out. 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=RESP+757.867&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 22 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 539.077. Relator: Ministro Aldir Passarinho Júnior – Quarta Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 30 maio 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=RESP539.077&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 22 jun. 2020.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**: volume único. São Paulo: Saraiva, 2015.

BÜLOW, Oskar von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJE, 1964.

CAPPELLETTI, Mauro. **O processo civil no direito comparado**. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Teoria geral do processo**. 10. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. **Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)**. México: UNAM, 1992. t. II.

CASTRO, Bernardo Vassalle de. A participação social no processo legislativo e o desenvolvimento sustentável. **Revista Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**, Belo Horizonte, volume especial 7, n. 13 e 14, p. 213-239, jan./dez. 2010.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

COUTURE, Eduardo José. **Fundamentos do direito processual civil**. Tradução Rubens Gomes de Souza. São Paulo: Saraiva, 1946.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Teoria geral do processo (jurisdição, ação [defesa], processo)**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. t. I.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 4. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.

FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GOLDSCHMIDT, James. **Teoría general del proceso**. Barcelona: Labor, 1936. (Colección Labor).

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: São Paulo: Saraiva, 2015.

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. O processo como instituição regente da procedimentalidade jurídico-democrática. In: LEAL, André Cordeiro et al. (Org.) **Processo como democracia na contemporaneidade**: colóquio em homenagem ao professor Rosemiro Pereira Leal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 69-96.

LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. A distribuição dinâmica do ônus da prova trabalhista e o privilégio do juiz na fixação do sentido normativo. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, Belo Horizonte, n. 35, p. 13-25, maio/ago. 2018. Disponível em: <http://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2020/03/DI-R35-01.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2020.

LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. A dogmática processual e a exceção cotidiana. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPRO**, Belo Horizonte, ano 23, n. 92, p. 13-29, out./dez. 2015.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 14. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

LEVATE, Luiz Gustavo; THIBAU, Vinícius Lott. Oskar von Bülow e a violência judicial na operacionalização do direito. In: BIAGGI, Enio Luiz de Carvalho et al (Orgs.). **Violência e intolerância**: quando o sono da razão produz monstros. Belo Horizonte: 3i, 2019, p. 92-96.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Responsabilidade civil do advogado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 37, n. 146, p. 175-183, abr./jun. 2000. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/588>. Acesso em: 22 jun. 2020.

MELENDO, Santiago Sentís. Palabras del editor. In: BÜLOW, Oskar von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJEA, 1964.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**: parte geral. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo valorativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 23. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. II.

RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo**: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização processual. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum.** 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THIBAU, Vinícius Lott. A distribuição judicial do ônus da prova e o direito do consumidor. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, Belo Horizonte, n. 27, p. 77-85, set./dez. 2015. Disponível em: <http://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2020/05/DIR-27-08.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2020.

THIBAU, Vinícius Lott. Processo e mercado. In: SILVA, Michael César (Org.). **Transformações do direito na contemporaneidade: reflexões sobre direito, mercado e sustentabilidade.** Belo Horizonte: Centro Universitário Newton Paiva, 2015, p. 231-251. v. I.

THIBAU, Vinícius Lott. **Presunção e prova no direito processual democrático.** Belo Horizonte: Arraes, 2011.

TORNAGHI, Hélio. **A relação processual penal.** 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1987.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR DURANTE A PANDEMIA NO CONTEXTO DEMOCRÁTICO

3

Thiago Loures Machado Moura Monteiro

Sumário: 1. Considerações iniciais; 2. A responsabilidade civil do empregador nos paradigmas de estado. 2.1. No paradigma do Estado Liberal. 2.2. No paradigma do Estado Social. 2.3. No paradigma do Estado Democrático de Direito; 3. Obrigações do empregador durante a pandemia; 4. Covid 19 como doença ocupacional; 5. Considerações finais; Referências.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Hodiernamente, máscaras, luvas e álcool em gel, passaram a ser objetos do cotidiano de boa parte da população global, diante da ameaça de contaminação do novo coronavírus-COVID-19. No Brasil, foi decretado Estado de Calamidade Pública, do dia 20 de março de 2020 até o dia 31 de dezembro de 2020, por meio do Decreto Legislativo número 6/2020.

De modo que diante da previsão na Constituição brasileira sobre o sistema de federalismo cooperativo de repartição de competências, o Supremo Tribunal Federal- STF decidiu que a União não poderia impor medidas de combate aos demais entes federados, e que cada Estado e Município teriam competência para delimitar medidas de precaução a serem adotadas pela população, incluindo dentre tais medidas, a possibilidade de paralisação de atividades econômicas, no intuito de promover o isolamento social, inclusive determinando quais atividades seriam consideradas essenciais, permitindo seu funcionamento, durante o fechamento das demais atividades, por se tratar de hipótese de competência concorrente, prevalecendo o critério da preponderância de interesses¹.

Com o passar dos meses, em que pese a União tenha criado políticas públicas de auxílio à população, como o pagamento do auxílio emergencial, em valor um pouco superior a 50% do salário mínimo nacional, mostrou-se insustentável a continuidade do impedimento de abertura de certas atividades, quando os números de contágio estavam menores. Isto porque a tão aguardada vacina, não tem uma previsibilidade certa sobre sua elaboração e

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 6341. Relator: Ministro Marco Aurélio – Primeira Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 24 março 2020.

pela dificuldade financeira intensa de empregadores e da população de modo geral, de tal modo que a pressão em governadores e prefeitos foi ficando cada vez mais intensa.

No Estado de Minas Gerais, por exemplo, o governo estadual compôs um comitê para questões envolvendo a pandemia, e desenvolveram um protocolo para a retomada gradual das atividades econômicas, chamado de Programa Minas Consciente. Todavia, como inexistia hierarquia entre os entes federados, a adesão dos Municípios ao referido programa foi opcional, já que os Municípios possuem competência sobre as questões que afetam o interesse local.

No Município de Belo Horizonte, por exemplo, no início de outubro de 2020, atividades como bares, restaurantes, academias de ginástica e clubes recreativos já foram retomadas, mediante protocolo de segurança, e outras atividades ainda não foram autorizadas, como o ensino presencial em escolas públicas e particulares.

Mas certo é que o retorno das atividades não pode ser feito de qualquer forma, e os empregadores têm uma responsabilidade crucial em tal retorno, já que nos termos da Constituição Federal, precisamente no seu art. 7º, inciso XXII, constitui direito social do trabalhador, a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”².

Nessa senda, o problema da presente pesquisa é responder a seguinte questão: como se opera a responsabilidade civil do empregador durante a pandemia? Para tanto, apresentam-se como objetivos específicos: compreender o papel da responsabilidade civil do empregador nos principais paradigmas de Estado, com ênfase no Estado Democrático de Direito; analisar quais são as obrigações especiais do empregador durante a pandemia; discutir se a COVID-19 pode ser considerada doença ocupacional e quais suas implicações na responsabilidade civil do empregador. Quanto a metodologia utiliza-se abordagem qualitativa, pelo método predominante hipotético-dedutivo, e técnica descritiva com pesquisa bibliográfica.

2. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR NOS PARADIGMAS DE ESTADO

Para uma compreensão adequada da evolução histórica sobre a responsabilidade civil do empregador, faz-se necessário compreender as influências decorrentes do paradigma de

² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

Estado da época em que se analisa tal instituto. Com a queda do Estado Soberano, três paradigmas de Estado destacam-se para análise pós constitucionalização: o Estado Liberal, o Estado Social e o Estado Democrático de Direito.

Assim, passa-se a abordar os aspectos pertinentes ao direito do trabalho, em cada paradigma de Estado, desde a constitucionalização, tendo em vista que:

A opção constitucionalmente formalizada por um paradigma é indicativa dos fundamentos que deverão nortear a interpretação jurídica a ser realizada, a perdurar até o momento em que a teoria no sentido lato seja substituída por outra, que lhe supere cientificamente.³

2.1 No paradigma do Estado Liberal

No contexto do Estado Liberal, com a queda do Estado Soberano, a burguesia se apresentava como a classe detentora do poder econômico, refletindo uma clara preocupação da burguesia, para instrumentos jurídicos da época, qual seja, o receio das intensas intervenções estatais na economia, típicas no antigo Estado Soberano.

Dessa forma, havia um grande abstencionismo do Estado, no contexto liberal, evitando-se ao máximo interferências na economia. Na ótica do direito do trabalho, constata-se uma ausência de regramentos específicos, principalmente no âmbito Constitucional, justamente para favorecer a negociação direta entre empregados e empregadores, deixando que a economia se auto regulasse.

No Brasil, a primeira Constituição pós império, datada de 1891, previa na seara trabalhista, apenas que o Congresso Nacional teria competência para legislar sobre o trabalho, deixando evidente o intuito de que a Constituição não fosse utilizada para impor proteções trabalhistas, como o direito de um salário mínimo ou de um limite de jornada de trabalho, deixando espaço para uma possível lei infraconstitucional, e todo modo reafirmando o aspecto abstencionista do Estado Liberal.

Sobre as Constituições Liberais, José Luiz Quadros de Magalhães ressalta que:

As Constituições liberais declararam os direitos individuais, entendidos como direitos que regulam condutas individuais e protegem a esfera de interesses individuais, contra o Estado, sendo o limite desses direitos o direito do outro, além de assegurarem ainda os direitos políticos. O conteúdo desses direitos é variável de Estado para Estado, assim como o tratamento que estes direitos recebem é diverso no tempo e no espaço.⁴

³ THIBAU, Vinicius Lott. Os paradigmas jurídico-constitucionais e a interpretação do direito. **Revista de Direito da FCH/FUMEC**. Belo Horizonte, vol. III, n.I, p. 318-356, jan./jun. 2008, p. 351.

⁴ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 63.

Tal abstencionismo acarretou uma exploração desmedida dos trabalhadores, que laboravam em jornadas exaustivas de trabalho, recebendo salários apenas para sobreviverem, sem qualquer preocupação com a dignidade da pessoa humana, ou com direitos como ao meio ambiente do trabalho sadio. Nesse compasso, André Del Negri conclui que: “Em suma, com a ideia do *laissez-faire* (mercado livre), o Estado Liberal entrou em crise, com os quadros de exploração dos seres humanos como os relatados à época da Revolução Industrial.[...]”⁵

Assim, as obrigações do empregador no paradigma liberal, dependeriam muito dos termos dispostos no contrato de trabalho (verbal ou escrito), de modo que a tendência era uma enorme dificuldade para ser estabelecido o dever de reparação por danos ao empregador.

2.2 No paradigma do Estado Social

Já no Estado Social, ante o aumento das desigualdades sociais no Estado Liberal, com uma população de trabalhadores explorados até o último suor da vida, surge o Estado Social, em contraposição ao papel abstencionista do Estado Liberal, apresentando o Estado como agente ativo, para garantir o bem estar social à população.

O contexto de jornadas exaustivas de trabalho, trabalho infantil, valores irrisórios de salários, passaram a servirem de motivadores para as primeiras reivindicações coletivas de trabalhadores, dando origem inclusive aos sindicatos, e ao próprio direito coletivo do trabalho.

Nesse contexto, diante da necessidade de “compatibilizar o Direito com os anseios da sociedade”⁶, na ótica do direito do trabalho, a intervenção estatal passa a ser intensiva, para tutelar o empregado, diante ao reconhecido de sua situação de hipossuficiência em relação ao empregador.

Mauricio Godinho Delgado, destaca que no Brasil, na década de 1930, houve o início da transição do ordenamento jurídico brasileiro, para o Estado Social, ainda de forma insipiente, sendo formalizado com a Constituição de 1934⁷.

Com o advento da Constituição de 1934, foi instituída a Justiça do Trabalho, ainda sem fazer parte do Poder Judiciário, o que ocorre apenas com o advento da Constituição de 1946, e ainda na Constituição de 1934, teve a garantia expressa de direitos trabalhistas como

⁵ DEL NEGRI, André. **Controle de Constitucionalidade no processo legislativo**. Belo Horizonte: D’ Plácido, 2017, p. 30.

⁶ CASTRO, Bernardo Vassalle de. A participação social no processo legislativo e o desenvolvimento sustentável. **Revista Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**, Belo Horizonte, volume especial 7, n. 13 e 14, p. 213-239, jan./dez. 2010, p. 215.

⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. **Direito Coletivo do Trabalho**. 7. Ed. São Paulo: Ltr, 2017.

ao salário mínimo, ao limite de jornada de 8 horas diárias, proibição de trabalho para menores de 14 anos, dentre outros direitos que acabam muitas vezes sendo mantidos até os dias atuais, pela Constituição de 1988.

Todavia, no Estado Social, a posição central do Estado, como garantidor do bem estar social, conferia muito poder ao Estado, seja no âmbito de políticas públicas estatais, seja no âmbito processual, propiciando uma discricionariedade descontrolada aos juízes.

Tal cenário acabou fazendo com que o Estado Social promovesse um assistencialismo exacerbado, de modo que governantes usaram os direitos sociais como forma de controle das massas. A ausência de fiscalidade sobre o Estado, talvez represente o maior déficit democrático do Estado Social, de modo que “[...]Posta em outros termos, a questão é saber se existem meios e instituições para fiscalizar a atuação do Estado para que ele não atue como um Estado absoluto, verticalista, e, portanto, ditatorial.[...]”⁸

Assim, no Estado Social, as obrigações do empregador passam a ser intensas, incluindo a garantia da dignidade da pessoa humana, todavia a responsabilidade civil do empregador no Estado Social, não comporta segurança jurídica aceitável, porque a discricionariedade dada ao juiz, em nome do Estado, faz com que condenações sem amparo em prévia previsão legal sejam aceitáveis, se feitas em busca do conceito subjetivo de Justiça Social.

Em que pese de fato, o empregado se apresente como mais fraco da relação de emprego, simplesmente afastar o dever de imparcialidade do juiz, em prol de tornar o mesmo o protetor do hipossuficiente, podendo se valer até de lacunas axiológicas para chegar a decisão considerada justa, viola a democracia, por desrespeito de direitos fundamentais como ao contraditório, ampla defesa, isonomia e legalidade.

A lacuna axiológica, permite ao julgador decidir contrário a lei, posto que ele poderá argumentar que a lei existente produz um resultado injusto, valendo-se de outro diploma legal para julgar a demanda. Tal atitude rompe por completo com o processo democrático, tendo em vista que nesse cenário inexistente segurança jurídica para as partes, não sendo possível ao empregador, sequer ter ciência de prévia de que situações poderiam gerar o dever de reparar danos em empregados, pois tudo dependeria de qual conceito de Justiça, o juiz sorteado para julgar seu processo, levaria em consideração.

⁸ DEL NEGRI, André. **Controle de Constitucionalidade no processo legislativo**. Belo Horizonte: D’ Plácido, 2017, p. 34.

2.3 No paradigma do Estado Democrático de Direito

No Estado Democrático de Direito, implementado formalmente no Brasil, pela Constituição de 1988, possibilita-se a intervenção moderada do Estado na economia, para salvaguardar os direitos fundamentais, por meio das instituições democráticas, mas isto com respeito ao devido processo legal, e a direitos fundamentais como a ampla defesa, isonomia e contraditório, recaindo a fiscalidade sobre as decisões do Estado, sejam elas no âmbito administrativo, ou judicial.

Vinicius Lott Thibau, sintetiza que: “Em outros termos, os paradigmas jurídico-constitucionais do Estado Liberal e do Estado Social desconsideram os direitos de participação e de fiscalização dos cidadãos que integram uma sociedade complexa e pluralista na construção do Ordenamento Jurídico [...]”⁹

Em que pese o Estado Democrático ter sido formalmente instituído no Brasil desde 1988, ainda não houve sua real implementação, já que os direitos fundamentais ainda não são efetivados em sua integralidade, por meio das instituições democráticas, de modo de em momentos pode-se perceber condutas estatais típicas do paradigma liberal, e outras típicas do paradigma social, mesmo ambas sendo incompatíveis com a democracia propriamente dita.

A respeito das obrigações do empregador atualmente, existe previsão expressa no rol de direitos sociais dos trabalhadores urbanos e rurais, no art. 7º da Constituição Federal de 1988, bem como regulamentações em leis infraconstitucionais como a CLT, e diversos outros diplomas, como a Lei 6.019/74, que regulamenta o trabalho temporário, a Lei Complementar 150/15, que regulamenta os direitos do empregado doméstico e a Lei 5.889/73 que regulamenta os direitos dos trabalhadores rurais, além das negociações coletivas, que são fontes diretas do direito do trabalho.

No tocante a responsabilidade civil do empregador, a Constituição Federal garante no art. 114, que a Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações com pedidos de indenização por danos patrimoniais e extrapatrimoniais, decorrentes da relação de trabalho. Já no art. 7º inciso XXVIII, dispõe é direito do trabalhador “seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado,

⁹ THIBAU, Vinicius Lott. Os paradigmas jurídico-constitucionais e a interpretação do direito. **Revista de Direito da FCH/FUMEC**. Belo Horizonte, vol. III, n.I, p. 318-356, jan./jun. 2008, p. 340.

quando incorrer em dolo ou culpa”¹⁰, o que levaria a crer que para se falar em dever de reparar, em acidentes de trabalho, seria necessário prova da culpa do empregador.

Todavia, a Constituição garante como direito do trabalhador, no art. 7º inciso XXII “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;”¹¹, sendo que tais medidas de redução de riscos, devem ser adotadas tanto por normas feitas pelo Poder Público, como pelo empregador, que dentro dos poderes empregatícios, possui poder de dirigir a prestação de serviço, regulamentar regras específicas para a prestação do serviço, fiscalizar o cumprimento das normas pelos empregados, zelando pela saúde e segurança do trabalho, e ainda poder disciplinar, para que o empregador possa aplicar sanções diante de descumprimentos.

Diante de tal arcabouço normativo, se o empregador não cria protocolos de segurança para o trabalho, ou ainda se não fiscalizar as condições de trabalho, deixando os trabalhadores expostos ao risco, haveria a configuração de ato ilícito do empregador, por omissão, dando lastro para a responsabilidade civil.

No tocante a legislação infraconstitucional, a regulamentação para o dano extrapatrimonial é prevista pela CLT, nos artigos 223-A ao 223-G, com redação dada pela Lei 13.467/2017, conhecida como Reforma Trabalhista, já sobre o dano patrimonial, utiliza-se da fonte supletiva do direito comum, no caso aplicando as regras previstas no Código Civil, como nos artigos, 927, 186 e 187.

A respeito da reparação de danos patrimoniais, como dano emergente, lucros cessantes e pensão vitalícia, o direito do trabalho utiliza-se da estrutura do Código Civil, uma vez que o art. 8º da CLT determina aplicação do direito comum em caso de omissão na CLT. Assim pela regra geral, adota-se a teoria subjetiva para incutir responsabilidade civil ao empregador, devendo-se comprovar a culpa do empregador, para instituir o dever de reparação, com base no caput do art. 927 do Código Civil.

Em caráter excepcional, o parágrafo único do art. 927 do Código Civil disciplina que: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”¹², ou seja, admite-se a

¹⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

¹¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

¹² BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, 10 jan. 2002.

responsabilização pela teoria objetiva, que não depende de culpa, mas apenas da existência de dano e nexos causal, em casos previstos em lei, ou quando o trabalho implicar em risco.

Em suma, em se tratando de responsabilidade por dano patrimonial, aplicar o art. 927 do Código Civil, significa dizer que:

Assim sendo, na ausência de lei expressa, a responsabilidade por ato antijurídico será subjetiva, pois esta é a norma geral aplicável no ordenamento jurídico pátrio. Entretanto, na análise do caso concreto, o magistrado, em casos excepcionais, considerando os aspectos da nova lei, poderá entender como aplicável a responsabilidade objetiva no caso sub judice.¹³

Cumprido registrar, que tal opção legislativa de deixar a cargo do julgador, diante das circunstâncias do caso concreto, decidir de se a atividade é ou não de risco, para deixar de ser necessária culpa do empregador, para implicar no dever de reparação, não se mostra razoável no aspecto democrático, pois ao deixar conceito em aberto, confere discricionariedade excessiva ao julgador, em que pese ser a legislação vigente no país e com redação posterior a promulgação da Constituição Federal.

Para a reparação de danos de natureza extrapatrimonial, como a indenização por dano moral e por dano estético, o art. 223-A da CLT dispõe que: “Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título.”¹⁴, deixando claro que o legislador afasta a aplicação do Código Civil para a temática, até porque o Código Civil, nos termos do art. 8º da CLT, só pode ser utilizado em caráter subsidiário, diante de omissão no texto da CLT, o que não há no caso, já que a CLT passa a ter um título exclusivo para tratar de indenizações por danos de natureza extrapatrimonial.

De modo que no art. 223-E da CLT é previsto que: “São responsáveis pelo dano extrapatrimonial todos os que tenham colaborado para a ofensa ao bem jurídico tutelado, na proporção da ação ou da omissão.”¹⁵, de tal maneira que não há na CLT, previsão para justificar a responsabilidade objetiva, já que o dever de indenizar será atribuído de forma proporcional a ação ou omissão, sendo necessário a comprovação de três elementos para justificar o dever de reparar danos extrapatrimoniais: culpa, dano e nexos causal.

Todavia, em que pese a redação de tais artigos oriundos da Reforma Trabalhista estejam em vigor desde 11 de novembro de 2017, ainda é comum ver julgados estabelecendo

¹³ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Responsabilidade objetiva e subjetiva do empregador em face do código civil**. São Paulo: Ltr, 2015, p. 26.

¹⁴ BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Institui a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 01 mai. 1943.

¹⁵ BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Institui a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 01 mai. 1943.

responsabilidade objetiva, para danos extrapatrimoniais, com base no art. 927, parágrafo único, do Código Civil, justificado por uma existência de omissão na CLT, por meio de lacuna axiológica, ou seja, existe a norma, mas sua aplicação gera um resultado injusto, autorizando o juiz a se valer de outro diploma legal, em busca do almejado e subjetivo conceito de Justiça.

Como já visto no presente artigo, a utilização de tais lacunas axiológicas é fruto do paradigma do Estado Social, com considerável incompatibilidade com a democracia, já que permite ao julgador se esquivar das regras legalmente estabelecidas, em prol de uma busca por um parcial e subjetivo conceito de Justiça, o que inclusive viola o dever básico da magistratura, quanto a imparcialidade do julgador, bem como dos litigantes terem a garantia do devido processo legal, e de segurança jurídica.

3. OBRIGAÇÕES DO EMPREGADOR DURANTE A PANDEMIA

Para compreensão adequada dos deveres do empregador durante a pandemia, faz-se necessário compreender o conceito de meio ambiente do trabalho e sua aplicação prática no ordenamento jurídico.

Quando a Constituição Federal garante no art. 225, o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, esse meio ambiente possui diversos aspectos, dentre eles o aspecto do meio ambiente do trabalho. Talden Farias explica que a divisão do conceito de meio ambiente é meramente didática:

Com relação ao conceito jurídico de meio ambiente, são quatro as divisões feitas pela maior parte da doutrina nacional e estrangeira de Direito Ambiental: meio ambiente natural, meio ambiente artificial, meio ambiente cultural e meio ambiente do trabalho. É claro que essa classificação atende a uma necessidade meramente metodológica, ao facilitar a identificação da atividade agressora e do bem ambiental diretamente degradado, porque o meio ambiente por essência é unitário.¹⁶

Quanto a definição do aspecto pertinente ao meio ambiente do trabalho, Celso Antônio Pacheco Fiorillo assim define o meio ambiente do trabalho:

Constitui meio ambiente do trabalho o local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais relacionadas à sua saúde, sejam remuneradas ou não, cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, independente da condição que ostentem (homens ou mulheres, maiores ou menores de idade, celetistas, servidores públicos, autônomos etc.).¹⁷

¹⁶ FARIAS, Talden. **Introdução ao direito ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 6-7.

¹⁷ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo, 2004, p. 24.

Assim, neste intuito de garantir um meio ambiente do trabalho seguro, e salubre, em caso de retomada da atividade do empregador durante a pandemia, ele é sim obrigado, a zelar pela saúde de seus trabalhadores, valendo-se do poder regulamentar que possui, para regulamentar protocolos para evitar o contágio da COVID-19, estabelecendo, por exemplo, a regra do distanciamento mínimo entre funcionários, bem como a obrigatoriedade do uso de máscaras, e ainda cuidados especiais para o atendimento ao público, quando for o caso.

Além disso, a Consolidação das Leis do Trabalho- CLT, já disciplina expressamente a obrigatoriedade do empregador em fornecer todos os equipamentos de proteção individual, gratuitamente para seus empregados, no art. 166 da CLT, que dispõe que:

A empresa é obrigada a fornecer aos empregados, gratuitamente, equipamento de proteção individual adequado ao risco e em perfeito estado de conservação e funcionamento, sempre que as medidas de ordem geral não ofereçam completa proteção contra os riscos de acidentes e danos à saúde dos empregados.¹⁸

Assim, durante a pandemia além dos equipamentos de proteção individual- EPI, que o empregador já fornecia antes da pandemia, ele é obrigado a fornecer gratuitamente para os empregados, equipamentos como mascarar e álcool em gel, sendo que se eventualmente o empregador descontar o custo de tais equipamentos, no salário do empregado, será um desconto salarial ilícito, à luz do art. 462 da CLT, comportando pedido de restituição dos descontos indevidos, por parte do empregado.

É importante destacar que além da responsabilidade por criar protocolos e fornecer equipamentos de segurança, o empregador também possui o dever de fiscalização constante da utilização dos equipamentos e do cumprimento aos protocolos, uma vez que nos termos do art. 2º da CLT, o empregador é quem dirige a prestação pessoal de serviço realizada pelo empregado, e dentre os poderes do empregador, destaca-se o poder de fiscalizar, aliado ao poder disciplinar, para aplicar sanções, como advertências, suspensões e até mesmo em último caso uma dispensa por justa causa, em caso de descumprimento das normas de saúde e segurança da empresa, ainda mais em tempos de pandemia.

Um ponto polêmico quanto as obrigações do empregador durante a pandemia, se refere ao transporte para o trabalho. Por um lado, por previsão expressa em lei, só se exige do empregador o pagamento do auxílio transporte, nos termos da Lei 7.418/85, e pelo art. 5º, inciso II da Constituição, não seria possível exigir que o empregador faça algo sem previsão legal expressa.

¹⁸ BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Institui a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 01 mai. 1943.

Contudo, o acidente de trajeto, ocorrido no percurso casa para o trabalho, ou do trabalho para casa, é equiparado a acidente de trabalho, pela Lei 8.213/91, de modo que uma contaminação no percurso, que gerasse um afastamento do serviço superior a 15 dias, faria com que o empregado obtivesse estabilidade provisória de 12 meses, contados do retorno ao trabalho. Assim, em que pese não seja obrigação do empregador, se ele tiver meios mais seguros para o transporte do empregado, é aconselhável esse investimento, tanto para preservar a saúde do empregado, quanto para evitar a estabilidade provisória por acidente de trajeto.

Durante a pandemia, o trabalho que implicar em contato com aglomerações, expõe o trabalhador ao risco por exposição a condição insalubre, pelo agente biológico, previsto no anexo 14 da Norma Regulamentar 15 do extinto Ministério do Trabalho e Emprego, que prevê o direito ao pagamento de adicional de insalubridade em grau máximo, que é calculado na razão de 40% do salário mínimo, sendo que o pagamento do adicional não afasta a obrigatoriedade do fornecimento de EPI's, bem como das medidas de segurança do trabalho, tão pouco de eventual indenização em caso de contágio.

4. COVID 19 COMO DOENÇA OCUPACIONAL

Outra discussão polêmica e longe de ser pacificada, é se o empregado que contrair COVID-19, terá a mesma considerada como doença ocupacional ou não. Tal debate afeta diretamente a responsabilidade civil do empregador, posto que se a resposta for afirmativa, este empregado poderá obter estabilidade provisória no emprego, além do empregador poder ser condenado ao ressarcimento por prejuízos comprovados, tanto na esfera patrimonial, como extrapatrimonial.

No dia 22 de março de 2020, dois dias após a decretação do Estado de Calamidade Pública, pela pandemia da COVID-19 no Brasil, o Governo Federal publicou a Medida Provisória nº 927, flexibilizando algumas regras trabalhistas, no período de pandemia, como para facilitar o estabelecimento do regime telepresencial, e para permitir antecipação de férias e feriados. E dentre os artigos da MP 927, no art. 29 dispunha que: “Os casos de contaminação pelo coronavírus (covid-19) não serão considerados ocupacionais, exceto mediante comprovação do nexa causal.”¹⁹

¹⁹ BRASIL. Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020. Dispõe sobre alternativas para os empregadores evitarem demissões no período de pandemia. **Diário Oficial da União**. Brasília, 22 mar. 2020.

Este artigo da MP 927 deu origem a diversas ADI's no STF, como ADI 6344, 6346, 6352, 6354, 6375, 6380. E o STF decidiu, na primeira sessão virtual de julgamento da história do Supremo, por em decisão liminar, suspender a validade do art. 29 da MP 927, deixando em aberto o debate, se uma contaminação de um empregado por COVID-19 poderia ou não ser considerada doença ocupacional.²⁰ Passados 120 dias de vigência da medida provisória, sem ser aprovada pelo Congresso Nacional, a MP 927 teve sua vigência encerrada em 19 de julho de 2019.

A Lei 8.213/91, que regulamenta sobre os benefícios previdenciários, do Regime Geral de Previdência Social, em seu art. 20, considera doença profissional e doença do trabalho, com status de acidente de trabalho. De acordo com o art. 20, inciso I da Lei 8.213/91, doença profissional é “assim entendida a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social”²¹, enquanto doença do trabalho é indicada no inciso II do mesmo artigo como sendo “assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente, constante da relação mencionada no inciso I.”²²

De modo que o §2º do art. 20 da Lei 8.213/91, confere maior vazão interpretativa para argumentar que a COVID-19 pode ser considerada doença ocupacional, em especial para atividades profissionais que expõe o trabalhador em aglomerações, como os motoristas do transporte coletivo urbano, ao afirmar que: “Em caso excepcional, constatando-se que a doença não incluída na relação prevista nos incisos I e II deste artigo resultou das condições especiais em que o trabalho é executado e com ele se relaciona diretamente, a Previdência Social deve considerá-la acidente do trabalho.”²³

Além disso, o art. 21 da Lei 8.213/91 elenca situações equiparadas ao acidente de trabalho, como o acidente de trajeto e em sua alínea d, equipara a acidente de trabalho: “a doença proveniente de contaminação acidental do empregado no exercício de sua atividade;”²⁴

²⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 6346. Relator: Ministro Marco Aurélio – Primeira Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 29 abril 2020.

²¹ BRASIL. Lei 8.213/91, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social. **Diário Oficial da União**. Brasília, 24 jul. 1991.

²² BRASIL. Lei 8.213/91, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social. **Diário Oficial da União**. Brasília, 24 jul. 1991.

²³ BRASIL. Lei 8.213/91, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social. **Diário Oficial da União**. Brasília, 24 jul. 1991.

²⁴ BRASIL. Lei 8.213/91, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social. **Diário Oficial da União**. Brasília, 24 jul. 1991.

A grande questão é que não é possível, do ponto de vista científico, comprovar o exato momento de contaminação, para determinar se de fato a contaminação ocorreu ou não no desempenho das funções laborais. Porém se o empregador expõe o empregado, a situações que acentuam o risco durante a pandemia, como o motorista de um ônibus coletivo, que ainda faz a função de cobrador, de modo que estaria fatalmente sujeito a aglomerações, e contato com um número considerável de pessoas, mostra-se mais pertinente a equiparação a uma doença ocupacional, pela exposição ao risco, o que não deixa de ser discutível, já que a contaminação pode ter acontecido em ambiente fora do trabalho.

Certo é que sendo considerada de natureza ocupacional, caso acarrete afastamento superior a 15 dias, fará com que o trabalhador receba auxílio doença acidentário do INSS, e após o mesmo, o empregado terá 12 meses de estabilidade provisória no emprego, não podendo ser demitido sem justa causa neste período, conforme art. 118 da Lei 8.213/91.

Cumprido ressaltar, todavia, que se o empregador descumpriu suas obrigações durante a pandemia, como zelar pelo distanciamento e uso de equipamentos de proteção, haverá ato ilícito, por omissão do empregador, o que caracterizará o dever de reparar danos causados, tanto na esfera patrimonial, como extrapatrimonial, e se a contaminação for considerada doença ocupacional, tais indenizações seriam consequências prováveis na esfera laboral.

Sendo importante destacar que em caso de demanda trabalhista, a questão seria alvo de prova pericial, para se constar ou não a contaminação como doença ocupacional, elaborada por médico de segurança do trabalho nomeado pelo juiz, embora o juiz trabalhista não esteja adstrito às conclusões do expert, para dar sua decisão.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, verifica-se que a responsabilidade civil do empregador é acentuada no período de pandemia, em relação às obrigações já existentes, decorrentes do contrato de trabalho, e que dizem respeito à manutenção do meio ambiente de trabalho salubre, zelando pela saúde de seus empregados.

Durante a pandemia, a insegurança perpassa todos os focos de análise relativos à saúde dos trabalhadores, de modo que mostra-se uma tarefa árdua traçar um protocolo seguro para o retorno das atividades em contexto pandêmico. E as obrigações do empregador vão além da estipulação de normas de segurança, advindas do poder regulamentar do empregador, mas também envolve entrega de equipamentos de proteção, como máscaras e álcool em gel, e a fiscalização de sua utilização, bem como do cumprimento dos protocolos de segurança,

aplicando sanções ao empregado caso ele comprometa o meio ambiente de trabalho equilibrado.

Todavia o momento de emergência caracterizado pelo contexto pandêmico, não pode afastar os direitos fundamentais, como da ampla defesa, do contraditório e da isonomia, garantidos no Estado Democrático de Direito, sob pena de regressão não democrática aos paradigmas de Estado Liberal ou Social.

Sobre a responsabilidade civil do empregador propriamente dita, consistente no dever de reparação de danos, constata-se que a CLT possui regramento próprio para a reparação por danos de natureza extrapatrimonial, como por dano moral ou por dano estético, nos artigos 223-A até 223-G. Já na esfera da indenização por danos de cunho patrimonial, como o dano emergente e os lucros cessantes, o direito do trabalho utiliza da aplicação subsidiária do Código Civil, admitindo como regra a teoria subjetiva para responsabilidade civil, e excepcionalmente pela teoria objetiva, nos limites do parágrafo único do art. 927 do Código Civil.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Institui a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 01 mai. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acessado em: 04 de out. de 2020.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, 10 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acessado em: 04 de out. de 2020.

BRASIL. Lei 8.213/91, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social. **Diário Oficial da União**. Brasília, 24 jul. 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm. Acessado em: 04 de out. de 2020.

BRASIL. Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020. Dispõe sobre alternativas para os empregadores evitarem demissões no período de pandemia. **Diário Oficial da União**. Brasília, 22 mar. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv927.htm. Acessado em: 04 de out. de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 6341. Relator: Ministro Marco Aurélio – Primeira Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 24 março 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>. Acessado em: 04 de out. de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 6346. Relator: Ministro Marco Aurélio – Primeira Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 29 abril 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5881206>. Acessado em: 04 de out. de 2020.

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

CASTRO, Bernardo Vassalle de. A participação social no processo legislativo e o desenvolvimento sustentável. **Revista Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**, Belo Horizonte, volume especial 7, n. 13 e 14, p. 213-239, jan./dez. 2010.

DEL NEGRI, André. **Controle de Constitucionalidade no processo legislativo**. Belo Horizonte: D' Plácido, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Direito Coletivo do Trabalho**. 7. Ed. São Paulo: Ltr, 2017.

FARIAS, Talden. **Introdução ao direito ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo, 2004.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Responsabilidade objetiva e subjetiva do empregador em face do código civil**. São Paulo: Ltr, 2015.

THIBAU, Vinícius Lott. Os paradigmas jurídico-constitucionais e a interpretação do direito. **Revista de Direito da FCH/FUMEC**. Belo Horizonte, vol. III, n. I, p. 318-356, jan./jun. 2008.

A (IM)POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS AO PRESIDÁRIO PELO PRISMA DA RESPONSABILIDADE CIVIL: UMA ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 580.252

4

Caio César do Nascimento Barbosa

Sumário: 1. Considerações iniciais; 2. A realidade prisional brasileira; 3. A caracterização do dano moral em ambiente prisional; 4. O obstáculo da função reparatória da responsabilidade civil ante ao dano moral e a controvérsia do recurso extraordinário 580252; 5. A (im)possibilidade de compensação ao preso pela via da responsabilidade civil; 6. Considerações finais; Referências.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O estudo propõe analisar criticamente o Recurso Extraordinário 580252,¹ julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 2017, em que se reconheceu a lesão aos direitos fundamentais dos indivíduos em situação carcerária pelas condições extremamente degradantes em que se encontravam sujeitos.

Contudo, a decisão não se demonstrou plenamente satisfatória, em especial sob o prisma da Responsabilidade Civil contemporânea, uma vez que os padrões fixados pelo Supremo Tribunal Federal não se encontram em consonância com os recentes avanços da temática.

A situação prisional brasileira, há muito tempo, encontra-se em crítico panorama, sendo recorrentes em diversas unidades prisionais problemas como a superlotação, saúde precária, falta de higiene, abusos de terceiros, má administração, etc. Estes fatores, sejam *per si* ou em conjunto, são agravantes das condições degradantes e inadequadas as quais os presos se encontram.

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 580252**. Relator: Min. Teori Zavascki. Data de Julgamento: 16/02/2017. Tribunal Pleno. Data de Publicação: DJE 11-09-2017, p. 44. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.aspincidente=2600961&numeroProcesso=580252&classeProcesso=RE&numeroTema=365#>. Acesso em: 24 set. 2019

Assim, a Responsabilidade Civil do Estado é levada em consideração, vez que a inércia e a omissão do Poder Público na solução da problemática existente é fator de agravamento da situação, piorando assim a condição existente em um país com atrasada cultura de encarceramento em massa.

Todas essas circunstâncias, se traduzem como cristalino atentado aos direitos humanos concernentes a qualquer cidadão – independentemente de sua posição social –, sendo levados ao questionamento pela ótica civilista relativamente à atribuição de danos extrapatrimoniais.

Destarte, baseando-se na decisão do Supremo Tribunal Federal e nas consequências da temática, verifica-se, sob o prisma da Responsabilidade Civil, se a compensação por danos morais seria possível e satisfatória como resposta a essa violação que ocorre no ambiente carcerário, ou se outros meios poderiam resolver a problemática de forma minimamente adequada.

Outrossim, caso seja possível a compensação por danos morais, passa-se a dificuldade de se auferir economicamente o *quantum* cabível.

A imprescindibilidade de discussão da temática é fundamental, vez que os números do sistema prisional brasileiro aparentam alavancar em ritmo progressivo², pauta-se não apenas pelos questionamentos mencionados, mas pela dificuldade de se atingir uma solução viável ante ao exorbitante número de presos no país.

Dada as atuais conjunturas sistemáticas, analisa-se a possibilidade a Responsabilidade Civil regulamentar acerca da matéria e se, no ordenamento jurídico pátrio, respostas viáveis e realistas poderiam ser objetivadas.

O estudo proposto pertence à vertente metodológica jurídico-dogmático. Em relação ao tipo de investigação, foi escolhido, na classificação Witker Jorge³ e Miracy Gustin⁴, o tipo jurídico-projetivo. No tocante à técnica de análise do conteúdo, trata-se de pesquisa teórica, a partir de análise de conteúdo de jurisprudência e doutrina.

Assim, objetiva o presente estudo lançar luzes sobre a relevância do debate, analisando-se os desdobramentos do Recurso Especial (RE) 580252 e a repercussão da temática em sede da Responsabilidade Civil contemporânea no que concerne ao tema em análise.

² BRASIL. **Ministério Da Justiça E Segurança Pública**. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento nacional de informações penitenciárias – INFOPEN. Atualização: Junho de 2016. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Acesso em: 24 set. 2019.

³ WITKER, Jorge. **Como elaborar una tesis en derecho**: pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del derecho. Madrid: Civitas, 1985.

⁴ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

2. A REALIDADE PRISIONAL BRASILEIRA

Em conformidade com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias⁵, é estimado que o número total de indivíduos encarcerados no Brasil é de 726.712 mil, sendo que em torno de 40% deste resultado são considerados presos provisórios (ou seja, que não possuem condenação judicial em definitivo). Outrossim, se tem contabilizado que cerca de 89% da população carcerária encontra-se em unidades classificadas como superlotadas e que 78% dos estabelecimentos estão com um número de presos superior ao de vagas originariamente ofertadas, restando como evidente a superlotação carcerária.

Destarte, notoriamente é apresentado um agravante para violação aos direitos humanos, qual seja, a pessoa privada de sua liberdade não possui as condições básicas que lhe devem ser fornecidas se compartilha o local onde convive com um número maior de pessoas que o permitido e adequado.

Pondera Ingo Wolfgang Sarlet:

Um sinal de que já estejamos até mesmo perdendo a medida adequada para mensurar os fatos reside na circunstância de que as celas nas quais as condições de vida ainda podem ser, no limite, chamadas de condignas passam a ser percebidas como se fossem privilégios, o que, em certo sentido, não deixam de ser, quando comparadas às condições desumanas, praticamente insuportáveis e insustentáveis, que caracterizam grande parte dos nossos estabelecimentos carcerários e às quais está submetida a absoluta maioria dos reclusos.⁶

Destarte, o objetivo das prisões não é expor o preso a condições degradantes e torturantes. O que as prisões modernas objetivam é que o indivíduo, ofensor da ordem pública e moral, em seu tempo cumprindo a pena imposta pelo Estado, pondere sobre os erros que o levaram até ali e assim possa retornar ao convívio na sociedade. Luís Roberto Barroso deslinda que “a pena admitida pela lei e pela Constituição é a de privação de liberdade, e não a perda de dignidade”.⁷

É incongruente encarar a realidade prisional pátria sob o prisma do ordenamento jurídico brasileiro no tangente à observância aos direitos humanos e às garantias fundamentais pautadas pela Constituição Federal, dada a situação fática atual.

⁵ BRASIL. **Ministério Da Justiça E Segurança Pública**. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento nacional de informações penitenciárias – INFOPEN. Atualização: Junho de 2016. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Acesso em: 24 set. 2019.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade Humana, Ressocialização e a Superpopulação Carcerária no Brasil**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mar-10/direitos-fundamentais-dignidade-humana-ressocializacao-superlotaacao-carceraria>. Acesso em: 22 set. 2020.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 580252**. Relator: Min. Teori Zavascki. Data de Julgamento: 16/02/2017. Tribunal Pleno. Data de Publicação: DJE 11-09-2017, p. 44. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.aspincidente=2600961&numeroProcesso=580252&classeProcesso=RE&numeroTema=365#> Acesso em: 24 set. 2019

A falta de condições humanas nos presídios acarreta na constituição de um cenário que não promove a reabilitação do indivíduo, mas na realidade gera “a desestruturação do sistema prisional ocasiona o descrédito da prevenção e da reabilitação do condenado, ante um ambiente, cujo fatores culminaram para que chegasse a um precário sistema prisional”.⁸

Em outras nações, as discussões acerca das condições de seus respectivos sistemas prisionais podem variar, conjuntamente com o disposto nas suas respectivas legislações, acopladas a realidade fática da situação do país.

Os Estados Unidos – país notório em termos de debates dos sistemas prisionais, vez que ostenta a maior população prisional do mundo, possui em torno de 2,3 milhões de presos, em dados de 2018⁹ – conhecido pela imposição de penas severas aos infratores, também enfrenta problemas quanto a sua política carcerária, ainda que em parâmetros diferentes dos problemas brasileiros.

O encarceramento em massa movido pela política norte-americana, que agrava delitos certamente insignificantes, originou o degradante sistema prisional do país.

A medida do explosivo poder da política de massa na América pode ser tomada da lei de punição, onde a pressão por um retributivismo duro teve um efeito extraordinário. Inúmeros estatutos prolongaram as penas de prisão. Mais especialmente, certas ofensas morais têm sido alvo de sentenças legislativas particularmente aumentadas, às vezes drasticamente aumentadas¹⁰.

Em sentido congênere, a cultura do encarceramento em massa também é adotada no Brasil, com delitos menores servindo de condão para o aprisionamento de cada vez mais indivíduos, abarrotando-se os complexos prisionais e servindo como agravante para a piora nas condições consideradas como desumanas.

⁸ MACHADO, Nicaela Olímpia; GUIMARÃES, Issac Sabbá. A Realidade do Sistema Prisional Brasileiro e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 5, n.1, p. 566-581, 2014, p. 573. Disponível em: https://www.univali.br/graduaao/direitoitajai/publicacoes/revista-de-iniciacao-cientifica_ricc/edicoes/Lists/Artigos/Attachments/1008/Arquivo%2030.pdf Acesso em: 24 set. 2019.

⁹ Dados oficiais do ano de 2018. “HOW MANY PEOPLE ARE LOCKED UP IN THE UNITED STATES? **Prison Policy.org**, 2018. Disponível em: <https://www.prisonpolicy.org/graphs/pie2018.html>. Acesso em: 11 nov. 2019.

¹⁰ No original: The measure of the explosive power of mass politics in America can indeed be taken from the law of punishment, where the push for a tough retributivism has had an extraordinary effect. Numerous statutes have lengthened prison sentences. Most especially, certain morals offenses have been the target of particularly increased – sometimes drastically increased – legislated sentencing. (WHITMAN, James Q. **Harsh Justice: criminal punishment and the widening divide between America and Europe**. New York: Oxford University Press, 2003, p. 56.

3. A CARACTERIZAÇÃO DO DANO MORAL EM AMBIENTE PRISIONAL

Em fevereiro de 2017, o Supremo Tribunal Federal, em sede de julgamento de Recurso Extraordinário nº 580.252 “reconheceu a lesão aos direitos fundamentais dos presos, independentemente do evento morte. O só fato de estar cumprindo a pena em situações degradantes faria surgir o dever de indenizar do Estado”.¹¹

Da tese de repercussão geral aprovada pelo Plenário, se extrai:

Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, §6 da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento¹².

O paradigmático Recurso Extraordinário 580.252 destacou que a responsabilidade estatal – prevista legalmente no artigo 37, § 6º da Constituição Federal de 1988¹³ –, possui relação com a temática em comento, de forma a esclarecer que as normas do ordenamento jurídico pátrio garantem ao indivíduo privado de sua liberdade condições e padrões mínimos de humanidade, vez que é dever do Estado lhe garantir sua integridade psíquica e física, conforme explícito no artigo 5º, incisos III¹⁴ e XLIX¹⁵ da Constituição Federal de 1988.

Em similar sentido, o artigo V da Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁶ preleciona que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”.

A tese adotada na atualidade é a da Responsabilidade Civil Estatal pela modalidade objetiva, de forma a se dispensar a análise do elemento culpa, bastando a relação causal entre o

¹¹ FARIAS, Cristiano Chaves de. NETTO, Felipe Braga. ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 1164.

¹² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 580252**. Relator: Min. Teori Zavascki. Data de Julgamento: 16/02/2017. Tribunal Pleno. Data de Publicação: DJE 11-09-2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.aspincidente=2600961&numeroProcesso=580252&classeProcesso=RE&numeroTema=365#>. Acesso em: 24 set. 2019

¹³ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (BRASIL, 1988)

¹⁴ Art. 5º, III: “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (BRASIL, 1988);

¹⁵ Art. 5º, XLIX: “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (BRASIL, 1988)

¹⁶ DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris**. 10 dez. 1948. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/wpcontent/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em: 24 set. 2019.

fato gerador e o dano ocorrido, não importando se este último for de caráter patrimonial ou extrapatrimonial, conforme o cenário em análise.

O Brasil, desde 1946, adota, em relação à responsabilidade civil do Estado, a teoria do risco administrativo. O que significa, em essência, que o Estado responde sem culpa, porém fica livre de responsabilização se conseguir demonstrar que não existe nexo causal entre o dano e a ação ou omissão imputada a ele (em outras palavras, o Estado não indeniza se provar: (a) culpa exclusiva da vítima; ou (b) caso fortuito ou força maior).¹⁷

Tal conceito se alia às diretrizes basilares da Responsabilidade Civil, consagradas no artigo 186¹⁸ e 927¹⁹ do Código Civil de 2002. Ressalta-se que o parágrafo único alia-se ao artigo 37, § 6º da Constituição Federal de 1988, vez que trata da hipótese de reparação independentemente de culpa nos casos previstos legalmente.

No plano da Responsabilidade Civil objetiva, o dano sofrido tem como causa o fato objetivo da atividade, podendo ser comissivo ou omissivo. No caso em epígrafe, a conduta estatal frente à violação dos direitos humanos dos detentos é substancialmente omissiva, vez que deveria agir diante da manifesta inconstitucionalidade dos atos praticados pela administração prisional, porém, acaba se abstendo, fato que culmina na referida omissão.

Assim, deslumbra-se, no âmago do ambiente carcerário, uma verdadeira institucionalização da insalubridade ensejada, sobretudo, pela superlotação, causando desvio legal crítico, dada a generalidade da situação e a marginalização desses indivíduos.

A Lei de Execuções Penais²⁰, em seu artigo 85, expõe que “o estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade”, de forma a se caracterizar como manifesto o descumprimento da referida lei.

O Brasil, que ostenta a terceira maior população carcerária do planeta, possui capacidade de abrigar em seus presídios um número muito menor do que a realidade demonstra. Sob o argumento de violação dos direitos humanos básicos, os presos recorrerem ao Poder Judiciário para buscar a reparação em âmbito cível, mais especificamente a figura da compensação, ante a impossibilidade de retorno ao *status quo*.

¹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de. NETTO, Felipe Braga. ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 1163.

¹⁸ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito (BRASIL, 2002).

¹⁹ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, 2002).

²⁰ BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.html. Acesso em 24 set. 2019.

Salienta-se que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso X²¹, consolida a figura do dano moral de forma autônoma, dispensando-se a conjunção com prejuízos de natureza material, bastando-se a incidência de profunda dor no íntimo.

Na complexa busca por uma definição de o que seria o dano moral, aponta Nelson Rosenvald²² que, “alguns diriam se tratar da dor, mágoa, depressão, enfim de dissabores decorrentes do ilícito. Essa é uma visão equivocada e, felizmente superada. Não se pode confundir a lesão com eventuais consequências que dela derivam”.

Nesta linha de intelecção, preleciona Maria Celina Bodin de Moraes²³ que:

Afirmar que o dano moral é “dor, vexame, humilhação, ou constrangimento” é semelhante ao dar-lhe o epíteto de “mal evidente”. Através destes vocábulos, não se conceitua juridicamente, apenas se descrevem sensações e emoções desagradáveis, que podem ser justificáveis, compreensíveis, razoáveis, moralmente legítimas até, mas que, se não forem decorrentes de “danos injustos”, ou melhor, de danos a situações merecedoras de tutela por parte do ordenamento, não são reparáveis.

Destarte, percebe-se que o dano moral, além de causar a parte lesada males e angústias, devem ser originados por uma situação que seja juridicamente merecedora de tutela jurídica, de modo a ser reparado de acordo com os ditames da Responsabilidade Civil.

Preceituam Cristiano Chaves de Farias, Felipe Braga Netto e Nelson Rosenvald²⁴ que “aproximar o modelo jurídico do dano moral com o princípio da dignidade humana é um exercício indispensável para todos que queiram construir um direito civil constitucional”.

Deste modo, a busca pela reparação por danos morais, objeto sustentado no Recurso Extraordinário 580.252, escora-se na extrínseca condição degradante em que os presos se submetem, com respaldo no princípio constitucional da dignidade humana, considerado valor inerente à pessoa humana, trazendo uma pretensão de respeito por parte da coletividade. Basta classificar-se como ser humano para ver-se contemplado pelo princípio ora em comento.

Explana Ingo Wolfgang Sarlet:²⁵

Além disso, como já frisado, não se deverá olvidar que a dignidade—ao menos de acordo com o que parece ser a opinião largamente majoritária—independe das circunstâncias concretas, já que inerente a toda e qualquer pessoa humana, visto que, em princípio, todos—mesmo o maior dos criminosos—são iguais em dignidade, no

²¹ Art. 5º, X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1988)

²² ROSENVALD, Nelson. **O direito civil em movimento: desafios contemporâneos**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 236.

²³ BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017, p. 130.

²⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de. NETTO, Felipe Braga. ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 362.

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) Humana e Direito Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 901.

sentido de serem reconhecidos como pessoas—ainda que não se portem de forma igualmente digna nas suas relações com seus semelhantes, inclusive consigo mesmos. Assim, mesmo que se possa compreender a dignidade da pessoa humana—na esteira do que lembra José Afonso da Silva—como forma de comportamento (admitindo-se, pois, atos dignos e indignos), ainda assim, exatamente por constituir—no sentido aqui acolhido—atributo intrínseco da pessoa humana (mas não propriamente inerente à sua natureza, como se fosse um atributo físico!) e expressar o seu valor absoluto, é que a dignidade de todas as pessoas, mesmo daquelas que cometem as ações mais indignas e infames, não poderá ser objeto de desconsideração.

Logo, deve ser entendida a dignidade sob o aspecto da inerência a qualidade de ser humano e não aos comportamentos do indivíduo em sociedade, embora essa abordagem esteja sendo concebida no seio das prisões brasileiras, em flagrante desrespeito constitucional.

Deste modo, “fica claro até então que um dos fins do Estado é justamente o de reunir as condições necessárias e suficientes para que as pessoas se tornem dignas”²⁶.

A injusta violação a este fundamento deve ser reparada, de forma a se respeitar as sensações ou emoções desagradáveis e repulsivas sofridas pelo lesado, ensejando um mínimo de respeito aos direitos humanos, merecedores de tutela no ordenamento pátrio, quando inseridos no texto constitucional como direitos fundamentais e, notadamente, na legislação infraconstitucional, pertinente aos direitos de personalidade.

A Responsabilidade Civil, como reguladora da matéria dos danos morais, deverá, de forma justa e dentro da atual conjuntura – haja vista a situação dos presídios nacionais – possibilitar que se atinjam graus satisfatórios para solução da temática.

4. O OBSTÁCULO DA FUNÇÃO REPARATÓRIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL ANTE AO DANO MORAL E A CONTROVÉRSIA DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 580252

Ante a impossibilidade de retorno ao *status quo* pelas violações aos direitos fundamentais dos presos, foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 580252 a compensação monetária relacionado aos danos morais sofridos pelo mesmo no montante de R\$2.000,00 (dois mil reais).

Denota-se que o dano moral não é apto de ser mensurável, não se constituindo como restituição – haja vista a impossibilidade de retorno a situação prévia –, mas sim como reparação pela lesão sofrida, visando “diminuir” os transtornos sofridos.

²⁶ SILVA, Fábio de Sousa Nunes da. Construindo uma nova hermenêutica civil constitucional: “da mudança de paradigma aos novos vetores constitucionais aplicáveis a normativa privada”. In: NETO, Inacio de Carvalho (Coord.). *Novos direitos após seis anos de vigência do Código Civil de 2002*. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 32.

Aponta Flávio Tartuce²⁷:

Constituindo o dano moral uma lesão aos direitos da personalidade (arts. 11 a 21 do CC), para a sua reparação não se requer a determinação de um preço para a dor ou o sofrimento, mas sim um meio para atenuar, em parte, as consequências do prejuízo imaterial, o que traz o conceito de lenitivo, derivativo ou sucedâneo.

Em face da realidade prisional brasileira, a decisão do Supremo Tribunal Federal gerou debates e impasses no tangente à sua eficácia. Em primeiro plano, a compensação no montante de dois mil reais – que no contexto atual brasileiro têm diminuta representação em termos de poder aquisitivo – por si só beira incertezas: a compensação monetária atribuída é considerada ínfima em relação à condição do preso, algo como se o presidiário possuísse despicienda relevância na busca por seus direitos fundamentais – em especial, a dignidade da pessoa humana – do que o cidadão que se encontra no gozo de sua liberdade.

Nesta linha de intelecção, preleciona Nelson Rosenvald²⁸ que:

[...] uma condenação do Estado a um valor pouco superior a 2 salários mínimos como resposta à banalização da dignidade de um detento importa em um pedagógico reforço da inadmissível noção de que a prática do ilícito penal acarreta a mitigação da honra do condenado e, por conseguinte, justifica uma reparação módica – por sinal, muito aquém do que qualquer um de nós obteria por uma indevida negativação de crédito. Se o objetivo fosse o de fixar um valor simbólico para demonstrar que o ilícito estatal foi reconhecido, melhor seria fixar um valor de R\$ 1,00 (um real) em prol da vítima, como uma advertência subliminar quanto à inadmissibilidade desse estado de coisas em pleno século XXI, em um “pretenso” Estado Democrático de Direito.

Ainda que na sistemática contemporânea ocorra certa tendência jurisprudencial de se auferir valores considerados “irrisórios” aos danos morais, é inegável a atribuição de valores consideravelmente maiores para situações que podem ser classificadas como de menor relevância jurídico-social. Destarte, a fixação do valor de dois mil reais ao presidiário lesado por tais situações é incoerente com as inclinações do Poder Judiciário sobre a matéria.

Noutro giro, ainda que se considere tal indenização como adequada, a realidade apresenta discordância com a nobre intenção do Superior Tribunal Federal. A atualidade fática exprime adversidades no tangente à impossibilidade, em termos monetários, de os cofres públicos compensarem todos os presos do país que se encontram em tal cenário, haja vista a maioria dos Estados Federativos não possuir recursos suficientes para que seja economicamente possível compensar a situação causada pelos mesmos.

²⁷ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: volume 2. Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 409.

²⁸ ROSENVALD, Nelson. **O direito civil em movimento: desafios contemporâneos**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 206.

O Ministro Luís Roberto Barroso, acompanhado posteriormente pelos Ministros Celso de Mello e Luiz Fux, se posicionou na direção de substituir a compensação em pecúnia pela remição de pena.

O Min. Luís Roberto Barroso finaliza suas considerações introdutórias com a sugestão de que a gravidade do cenário prisional brasileiro determina que eventual solução somente será possível, caso haja uma atuação coordenada pela qual sejam combatidas as três principais de suas tantas causas: a) a superlotação dos presídios; b) a lógica do hiper encarceramento; c) as deficiências na estruturação e funcionamento dos presídios.²⁹

Ainda que essa proposta não tenha sido rediscutida em momento oportuno, a adoção do posicionamento do referido Ministro poderia representar uma postura legiferante do legislativo em termos das normas atinentes à execução da pena, bem como ensejaria uma adoção de um “método alternativo” de reparação que poderia vir a remediar o dano sofrido pelo detento.

Contudo, a admissão do método sugerida poderia ocasionar na subestimação da real essência dos danos morais – que deveria ser a reparação pela ofensa aos princípios fundamentais do indivíduo –, suscitando na privação do alcance dos direitos constitucionais garantidos a todos seres humanos.

Em vista do exposto, percebe-se a tênue linha em que o ordenamento jurídico brasileiro se encontra, ao tratar de tal matéria. Em primeiro plano, indaga-se como deverá o juiz proceder na aplicação da quantificação de danos extrapatrimoniais. *A posteriori*, é questionado como seria possível reparar os danos causados a todos que se encontram em situação equivalente.

Verificada a impossibilidade satisfatória de reparação premente, necessário se faz o reforço de se estudar os meios que a Responsabilidade Civil encontraria para que, nos limites possíveis, fosse o dano compensado e que seu foco seja extinto, ou, ao menos, mitigado.

5. A (IM)POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO AO PRESO PELA VIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A Responsabilidade se apresenta atualmente como uma vertente fluida dentro do âmbito do Direito Civil, de modo que alterações sociais, filosóficas, éticas e religiosas alteram significativamente o estudo da matéria.

²⁹ MAFFINI, Rafael. Responsabilidade civil do estado por dano moral e a questão da prioridade da reparação in natura em torno da RE 580.252. **Revista digital ESA**. Rio de Janeiro, RJ: OABRJ, 2018. Vol. 1, n. 1, set. 2018, p.621.

As transformações experimentadas pela sociedade propiciaram a ascensão da Responsabilidade Civil, a qual se converteu no principal eixo do Direito Civil contemporâneo. Nessa toada, Silvio de Salvo Venosa³⁰ afirma que:

A história da responsabilidade civil na cultura ocidental é exemplo marcante dessa situação absolutamente dinâmica, desde a clássica ideia de culpa ao risco, das modalidades clássicas de indenização para as novas formas como a perda de uma chance e criação de fundos especiais para determinadas espécies de dano, como os danos ecológicos. Todas as novas conquistas jurídicas refletem um desejo permanente de adequação social.

Assim, a Responsabilidade Civil, a qual originalmente apresentava enfoque no ofensor, paulatinamente desviou seu olhar para a figura da vítima, de forma a repensar a figura da reparação do evento danoso.

Deste modo, com a seara perpassando por evoluções constantes, urge a necessidade de se voltarem olhares para a temática em epígrafe, de modo que as garantias constitucionais não lhes seja privada como lhes é a liberdade.

Diante da controversa decisão do Supremo Tribunal Federal, é suscitada a problemática da (im)possibilidade de compensação ao presidiário pela via da Responsabilidade Civil, vez que ambos argumentos apresentados no Supremo Tribunal Federal implicam em resultados insatisfatórios sob a ótica em questão.

Ainda que a proposta apresentada pelo Ministro Luís Roberto Barroso possa lograr êxito no campo das políticas públicas, ricocheteando na área penal e administrativa, a seara cível ainda possui papel fundamental a ser desencadeado na problemática em comento, não devendo ser esquecida, mas sim devendo ser objeto de estudos doutrinário e análises jurisprudenciais com escopo de levantar possíveis soluções.

Em síntese, aplicações na área de políticas públicas e ações administrativas na esfera penal poderiam mitigar a problemática. Contudo, não deve ser a única resposta conferida ao presidiário, vez que este deverá buscar a compensação pecuniária em âmbito cível.

Destarte, buscam-se outros meios pela via da Responsabilidade Civil que produzam resoluções minimamente adequadas e razoáveis com a conjuntura fática. Daniele Courtes Lutzky³¹ aponta que “à medida que a sociedade fica mais complexa e só fazem aumentar as violações às pessoas, novas situações passam a exigir proteção jurídica adequada, pertinente, eficaz e condizente com os direitos tutelados”.

³⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil**. v. 2, 12. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 402.

³¹ LUTZKY, Daniele Courtes. A necessidade de um verdadeiro olhar constitucional sobre a ação de reparação de danos imateriais. **Revista IBERC**, Minas Gerais, v. 1, n. 2, p. 01-24, 2019, p. 4.

A Constituição Federal de 1988 explicita em seu artigo 5º, inciso V que “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”³².

Assim, em consonância com a Carta Magna, não é possível retirar do indivíduo – preso ou não – a sua prerrogativa constitucional de buscar indenização por danos, sejam de ordem material ou moral. Desta premissa, entende-se que o presidiário, nas situações suscitadas e debatidas anteriormente, não poderá ser privado de seus direitos assegurados pela Constituição Federal.

Em consonância com o julgado, entende-se que o inequívoco dano moral existente, decorrente das ultrajantes situações carcerárias às quais estes indivíduos se encontram, deverá ser compensado pela via pecuniária, seguindo a função primordial da Responsabilidade Civil, a qual “se insere como uma resposta aos atos antijurídicos praticados por determinado agente, sendo aplicável e mensurável, tão somente, após a efetiva lesão”³³.

Em verdade, a decisão do Supremo Tribunal Federal parece abarcar exemplarmente as três funções da Responsabilidade Civil contemporânea, vez que para além da função reparatória, abarca viés pedagógico (sancionando o ente estatal, pecuniariamente, pela prática reiterada de sua conduta omissiva) e precaucional (desestimulando o ofensor de reiterar suas condutas antijurídicas).

Neste sentido, aponta Caroline Vaz³⁴ que:

[...] apesar de a responsabilidade civil possuir, em tese, uma finalidade eminentemente de proteção da esfera jurídica de cada pessoa (ou manutenção do *status quo ante*) através da reparação ou da compensação, quanto aos danos patrimoniais e extrapatrimoniais, respectivamente, a doutrina e a jurisprudência, em especial no ordenamento jurídico alienígena, preveem atualmente outras funções: de punição (ou sancionatória) e prevenção (ou dissuasória) que, pela repercussão no universo jurídico da contemporaneidade, merecem uma investigação cuidadosa para a sua compreensão.

Assim, a aplicação harmônica das três funções da Responsabilidade Civil contemporânea – restitutória, pedagógica e preventiva – garante ao Estado Democrático de Direito a mais pura forma de equilíbrio, vez que: a) seriam compensados os danos oriundos de atos ilícitos; b) seria o ofensor (Estado) da conduta ilícita desestimulado a reiterar tal

³² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 24 set. 2019.

³³ BARBOSA, Caio César do Nascimento; GUIMARÃES, Glayder Daywerth Pereira; SILVA, Michael César. **Contenção de ilícitos lucrativos no Brasil: o disgorgement of profits enquanto via restitutória**. *Revista de Direito da Responsabilidade*, Coimbra, ano 2, p. 517-542, 2020, p.521.

³⁴ VAZ, Caroline. **Funções da responsabilidade civil: da reparação à punição e dissuasão: os punitive damages no direito comparado e brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 36.

comportamento; c) seriam prevenidas as novas ocorrências de danos, para que não seja necessário recorrer as duas funções anteriores.

Desta forma, a decisão desprende-se do mero caráter reparatório, vez que ricocheteia nas outras importantes funções inerentes a temática, de modo a tutelar os danos de maneira mais adequada. Neste sentido, discorre Felipe Peixoto Braga Netto³⁵ que:

O direito do século XXI não se satisfaz apenas com a reparação dos danos. Mais importante do que tentar reparar – sempre imperfeitamente, como se sabe – os danos sofridos, a tutela mais adequada, e mais conforme à Constituição, é a tutela preventiva, que busca evitar que os danos ocorram ou que continuem a ocorrer. A função preventiva assume, portanto, neste século, fundamental importância.

Em sentido congênere, explica Anderson Schreiber³⁶ que:

*É nesse sentido que se fala, hoje, por exemplo, em um princípio de precaução, voltado à eliminação prévia (anterior à produção do dano) dos riscos de lesão, por meio de normas específicas, de natureza administrativa e regulatória, que imponham tal dever aos agentes econômicos de maior potencial lesivo, sob uma fiscalização eficiente por parte do Poder Público. [...] Em setores os mais diversos, e mesmo à falta de dever legal, os administradores têm se preocupado crescentemente com o chamado *risk management*, a revelar uma saudável alteração de foco: dos danos para os riscos.*

Logo, embora a reparação ainda se traduza como o âmago da matéria, as outras funções devem ser inseridas no contexto atual para que seja atingido o equilíbrio desejado pelo ordenamento jurídico.

Outrossim, ante a impossibilidade de tempo razoavelmente hábil para que os problemas atuais no sistema prisional brasileiro sejam resolvidos, retirando-se ou mitigando-se as condições indignas carcerárias (para a partir deste ponto, serem adotadas técnicas de *risk management* que abrangeriam o cerne preventivo da questão), solução em nível imediato deverá ser elencada.

Contudo, ainda que a decisão do Supremo Tribunal Federal pela via compensatória se escore nos preceitos contemporâneos da temática, o debate retorna ao ponto de origem em relação ao *quantum* indenizatório.

Ante ao vasto contingente de indivíduos em situação carcerária no país, o erário não comportaria gastos de tamanha monta, ainda que individualmente a quantia de R\$ 2.000,00 seja

³⁵ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. A dimensão preventiva da responsabilidade civil. In: BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; SILVA, Michael César (Orgs.). **Direito privado e contemporaneidade: desafios e perspectivas do direito privado no século XXI**. Belo Horizonte: D' Plácido, 2014, p. 86

³⁶ SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e constituição**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 236.

considerada como irrisória, vez que “presos em situação degradante, no Brasil, lamentavelmente, são quase todos”³⁷.

Seguindo-se o entendimento dos gastos do plenário, em conjunto com a aplicação principiológica da reserva do possível, melhor seria, de fato, que houvesse investimento por parte do Poder Executivo em amenizar e remediar as situações decorrentes da desagradável conjuntura que assola número considerável de indivíduos, que possuem enclausurados não apenas sua liberdade, mas a chance de atingirem triunfo em suas demandas que violam seus direitos fundamentais.

Ainda se argumenta, em sentido oposto, de que a excessiva oneração estatal para compensar pecuniariamente montante expressivo de presos atingiria a coletividade como um todo, que estaria a arcar indiretamente com a má administração estatal pelos indivíduos aos quais lhe é submetida a custódia.

Destarte, extrai-se entendimento de que, por hora, ainda que a resposta apresentada pelo Supremo Tribunal Federal possua caráter fundamentalista com escora nos avanços da Responsabilidade Civil, a realidade fática não a comportaria, de modo a gerar a impossibilidade de compensação ao montante geral de presos em situação elencada anteriormente, não apresentando, desta forma, resposta minimamente satisfatória quando se analisado o panorama geral e as mazelas pelas quais o sistema prisional brasileiro se encontra.

Nesta toada, o investimento pela via administrativa poderia, eventualmente, evitar o risco de novos danos, bem como impedir que os danos já existentes sejam reiterados. Contudo, essa não parece ser uma realidade próxima no Brasil.

O Recurso Extraordinário n. 580.252 STF, deste modo, parece não apresentar viáveis e realistas soluções para a realidade experimentada no país, de forma que a Responsabilidade Civil possui poucas chances de corresponder aos ideais da temática como deve, tal fator agravado pela ineficácia estatal ante aos indivíduos que deve manter sob sua custódia.

Contudo, a seara das políticas públicas pode atuar no cerne preventivo da Responsabilidade Civil, aliando-se a técnicas de gerenciamento de riscos, de forma a liquidar danos e, assim, não gerarem demandas que ensejem compensação, haja vista a inexistência de dano, mesmo que tal resultado seja auferido a longo prazo.

³⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de. NETTO, Felipe Braga. ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 1164.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante aos avanços conferidos pela seara da Responsabilidade Civil nas últimas décadas, merecida é a necessidade de se atentar ao novo âmago da temática, a prevenção. A partir da prevenção, possível será gerir os riscos para que estes não se convertam em danos, de forma a não mais focar isoladamente na reparação, mas em métodos que previnam condutas ilícitas, e, por consequente, novos danos.

É dever estatal atentar-se aos indivíduos que estão sob sua custódia, de modo que a situação em pauta não se reitere, sob pena de fragilidade do ordenamento jurídico. Por meio da gestão de riscos estatal, novas implementações devem ser conferidas em relação ao precário sistema prisional brasileiro, buscando-se apaziguar a já ocorrida situação que ensejou, segundo o Supremo Tribunal Federal, a reparação pelo ato ilícito cometido oriundo da omissão estatal.

Deve ser repensada, após sérias análises, a conduta omissiva por parte do Estado, frente ao desrespeito de preceitos constitucionais básicos. O atual modelo prisional está marcado por inúmeras irregularidades que ferem a dignidade da pessoa humana, sendo manifesta a necessidade de se alterar esse paradigma. Desse modo, repensar o modelo atual e propor possíveis soluções se mostra de suma importância.

Ainda que a decisão do Supremo Tribunal Federal possua nobres intenções e de fato se alie com os avanços contemporâneos no campo da Responsabilidade Civil, a realidade não comporta modelo que satisfaça as demandas oriundas dos danos mencionados, vez que se encontra pautada em muitas contradições e incongruências.

Nesse diapasão, extrai-se o entendimento de que, avaliado o panorama geral, seria impossível pelos caminhos da Responsabilidade Civil compensar a vasta maioria de presos que se encontram na situação de lesão aos seus direitos fundamentais, ainda que demandas individuais possam lograr êxito com base no RE 580.252.

O caminho da prevenção (como uma espécie de *risk management*) parece ser o mais razoável e viável no atual cenário, vez que na atual conjuntura, impossível seria o ordenamento jurídico pátrio conferir resposta imediata de forma satisfatória, isto é, em que a parte seja compensada de forma justa e que os cofres públicos suportem arcar com os custos.

Contudo, o hercúleo trabalho dependerá de boa vontade da Administração Pública, a qual há muito tempo se omite em relação a esta agravadora sistemática, merecedora de atenção dos entes governamentais para que, esperançosamente, a situação possa ser atingir o status constitucional desejável.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Caio César do Nascimento; GUIMARÃES, Glayder Daywerth Pereira; SILVA, Michael César. Contenção de ilícitos lucrativos no Brasil: o disgorgement of profits enquanto via restitutória. **Revista de Direito da Responsabilidade**, Coimbra, ano 2, p. 517-542, 2020.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. A dimensão preventiva da responsabilidade civil. In: BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; SILVA, Michael César (Org.). **Direito privado e contemporaneidade: desafios e perspectivas do direito privado no século XXI**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014, p. 75-91.

BRASIL. Código Civil. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm Acesso em: 26 set. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 24 set. 2019.

BRASIL. **MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL**. Levantamento nacional de informações penitenciárias – INFOPEN. Atualização: Junho de 2016. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Acesso em: 24 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 7.210** de 11 de julho de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.html. Acesso em: 24 set. 2019.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris**. 10 dez. 1948. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/wpcontent/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em: 24 set. 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de. NETTO, Felipe Braga. ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HOW MANY PEOPLE ARE LOCKED UP IN THE UNITED STATES? **Prison Policy.org**, 2018. Disponível em: <https://www.prisonpolicy.org/graphs/pie2018.html>. Acesso em: 11 nov. 2019.

LUTZKY, Daniele Courtes. A necessidade de um verdadeiro olhar constitucional sobre a ação de reparação de danos imateriais. **Revista IBERC**, Minas Gerais, v. 1, n. 2, p. 01-24, 2019.

MACHADO, Nicaela Olímpia; GUIMARÃES, Issac Sabbá. A Realidade do Sistema Prisional Brasileiro e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 5, n.1, p. 566-581, 1º Trimestre de 2014. Disponível em: <https://www.univali.br/graduacao/direitoitajai/publicacoes/revista-de-iniciacao-cientificaricc/edicoes/Lists/Artigos/Attachments/1008/Arquivo%2030.pdf>

f. Acesso em: 24 set. 2019.

MAFFINI, Rafael. Responsabilidade civil do estado por dano moral e a questão da prioridade da reparação in natura em torno da RE 580.252. **Revista digital ESA**. Rio de Janeiro, RJ: OABRJ, 2018. Vol. 1, n. 1 (set. 2018), p. 616-632, 2018.

ROSENVALD, Nelson. **O direito civil em movimento: desafios contemporâneos**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) Humana e Direito Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade Humana, Ressocialização e a Superpopulação Carcerária no Brasil**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mar-10/direitos-fundamentais-dignidade-humana-ressocializacao-superlotacao-carceraria>. Acesso em: 22 set. 2020.

SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e constituição**. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Fábio de Sousa Nunes da. Construindo uma nova hermenêutica civil constitucional: “da mudança de paradigma aos novos vetores constitucionais aplicáveis a normativa privada”. In: NETO, Inacio de Carvalho (Coord.). **Novos direitos após seis anos de vigência do Código Civil de 2002**. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 580252**. Relator: Min. Teori Zavascki. Data de Julgamento: 16/02/2017. Tribunal Pleno. Data de Publicação: DJE 11-09-2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.aspincidente=2600961&numeroProcesso=580252&classeProcesso=RE&numeroTema=365#>. Acesso em: 24 set. 2019

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**, volume 2. Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

VAZ, Caroline. **Funções da responsabilidade civil: da reparação à punição e dissuasão: os punitive damages no direito comparado e brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil**. v. 2, 12. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

WHITMAN, James Q. **Harsh Justice: criminal punishment and the widening divide between America and Europe**. New York: Oxford University Press, 2003.

WITKER, Jorge. **Como elaborar una tesis en derecho: pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del derecho**. Madrid: Civitas, 1985.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADVOGADOS PELA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

5

Mariana Helena Araújo Werneck

Victória Diamantino Ferreira Mont'Alvão

Sumário: 1. Considerações iniciais; 2. A teoria da perda de uma chance no direito brasileiro; 3. A perda de uma chance e a responsabilização do advogado; 4. Considerações finais; Referências.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho se encaminha ao estudo da teoria da perda de uma chance no que tange à responsabilidade civil dos advogados, indagando de que maneira ela está sendo aplicada pelos tribunais brasileiros. O objetivo principal do trabalho é identificar em que medida a sua aplicação está pautada na discricionariedade do órgão julgador, e o déficit de democraticidade que isso acarreta.

A pesquisa que se propõe pertence à vertente metodológica jurídico-projetiva, como instrumentos de construção de seu conteúdo foram utilizados documentos, obras bibliográficas, videográficas e textos legais.

Inicialmente, será feita uma revisão de literatura a respeito da teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil nas principais obras a respeito do tema, buscando sua origem, definição, principais características, limites, eventual previsão legal no direito pátrio e comparado, a fim de entender seus os pormenores.

Depois, será feito o estudo específico da teoria no que tange à responsabilização do advogado, perquirindo suas especificidades, os casos de sua aplicação e como os tribunais brasileiros vêm aplicando-a.

Busca-se averiguar a existência de critérios legais previamente estabelecidos, que tenham por objetivo nortear a atividade jurisdicional no reconhecimento da perda de uma chance para fins de responsabilidade civil dos advogados. Assim, será possível verificar a hipótese segundo a qual a responsabilização dos profissionais da advocacia pela aplicação da

teoria está vinculada às decisões pautadas exclusivamente na visão do magistrado acerca do caso concreto.

É certo que não se pretende esgotar a temática através deste trabalho, mas apenas fomentar a discussão acerca da presente questão.

2. A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO DIREITO BRASILEIRO

Surgida na década de 60 do século XX, na França, se espalhando por toda a Europa e posteriormente para o mundo, a teoria da perda de uma chance promete proteger a vítima em situações em que se faz difícil a prova do nexo causal. Em sua aplicação, o autor do dano é responsabilizado por privar a vítima da oportunidade de obter um resultado útil ou de evitar um prejuízo.

Um caso que se destacou por sua origem foi o de responsabilidade civil por erro médico ocorrido no ano de 1965 e julgado pela Corte de Cassação Francesa (2013), no qual o diagnóstico equivocado privou o paciente de chances de cura. Contudo, a corte entendeu não ter ocorrido, no caso, o nexo de causalidade absoluto, havendo assim apenas redução das chances de cura.¹

Enquanto que, em 1951, a Corte julgou diferente uma demanda sobre o mesmo instituto. No caso, um escritor perdeu a oportunidade de continuar num concurso, pois a editora desistiu de continuar participando junto a ele e se recusou a imprimir seus livros conforme as regras da competição. A corte então decidiu o litígio condenando a editora ao pagamento de cem mil francos, enquanto que o prêmio total do concurso era de quinhentos mil.²

A referida decisão se fundamentou no deslocamento do nexo de causalidade entre conduta e perda do prêmio para entre conduta e perda da chance, o que, segundo Daniel Carnaúba, é a própria aplicação da teoria da perda de uma chance.³

Nos tempos atuais, Rafael Peteffi da Silva, expoente autor brasileiro na temática da referida teoria que, inclusive, redigiu enunciado doutrinário aprovado pela V Jornada de Direito Civil, entende que a teoria da perda de uma chance se aplica tanto para a reparação de danos materiais quanto de danos imateriais. Conforme o Enunciado 444 da V Jornada de Direito Civil:

¹ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3ª ed. São Paulo, 2013. p. 84

² CARNAÚBA, Daniel Amaral. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: a álea e a técnica. p. 19.

³ CARNAÚBA, Daniel Amaral. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: a álea e a técnica. p. 19.

A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos.⁴

Embora o enunciado não seja vinculante, ele é uma diretriz interpretativa relevante no direito brasileiro e, conforme seus dizeres, a chance deve ser séria e real, isso significa que não basta a mera e honesta expectativa ou esperança subjetiva de concretização. Diferencia-se assim danos potenciais e prováveis de danos eventuais e hipotéticos, sendo indenizáveis somente os primeiros, isso para não encorajar demandas meramente especulativas.⁵

Nesse sentido, o autor italiano Giovanni Pacchioni, em estudo no ano de 1940, analisa o caso de um pintor que envia quadro para participar de competição, mas, por culpa dos correios, o quadro não chega a tempo e ele perde a chance de participar. Para o autor, neste caso, embora a vítima tenha sofrido prejuízo, não existe dano certo a ser reparado, pois seu quadro não chegou sequer a entrar na competição, não havendo qualquer possibilidade de prejuízo pela perda do prêmio. Ou seja, a vítima só teria uma possibilidade aleatória e incerta de lucro.⁶

Todavia, se não pelo exemplo prático, ainda há de se indagar qual a linha que separa o dano eventual e hipotético de um dano potencial e provável, tem-se que indagar também o que é eventual e o que é provável, quais os critérios de sua definição, através de dispositivos vinculantes que permitam previsibilidade, legalidade e segurança jurídica.

A respeito do valor da indenização, Judith Martins-Costa ensina que a apuração quantitativa de quanto uma chance séria e real foi perdida pode ser apurada processualmente por perícia técnica que use estatística para cômputo. A jurista ainda ressalta que a reparação se dá pela chance e não pela vantagem que se deixou de auferir, ou seja, se, por exemplo, na apuração técnica verificou-se que a vítima tinha 25% (vinte e cinco por cento) de chance de ganhar um prêmio, ela deve ser reparada em 25% (vinte e cinco por cento) do valor deste prêmio.⁷

Contudo, Sérgio Savi entende que só haverá perda se a chance for superior a 50% (cinquenta por cento), tornando quase que indispensável a prova pericial em casos do tipo⁸,

⁴ Enunciado 444 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal – CJF.

⁵ SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade Civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3ª ed. São Paulo, 2013. p. 134.

⁶ REZENDE, Brunna Gabrielle Maroni. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2014. Monografia (Bacharel em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014, pg. 20.

⁷ MARTINS-COSTA, Judith. Apresentação à obra de Rafael Peteffi da Silva. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. p. XX.

⁸ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 33.

enquanto que Rafael Peteffi não concorda com esse critério de estabelecer um percentual fixo, conforme observa-se pelo Enunciado 444 supracitado.

Mas, como visto, o enunciado não é vinculante, faltando também sobre esse critério a previsão normativa construída pelo povo diretamente ou por meio de seus representantes que vincule e dê segurança jurídica para os receptores da norma.

O doutrinador francês Yves Chartier ensina que a teoria da perda de uma chance repousa na probabilidade da chance se realizar e na certeza do prejuízo por sua perda⁹, ou seja, o dano deve estar comprovado e a chance ter sido provável.

Sílvio de Salvo Venosa ainda informa que a indenização por este tipo de dano é uma terceira espécie que repousa ao lado do dano emergente e lucros cessantes, com eles não se confundindo¹⁰. Para Caio Mário da Silva Pereira a perda da chance está no meio do caminho entre os dois¹¹.

Contudo, os tribunais brasileiros vêm concedendo indenização por lucros cessantes à fundamentação da teoria da perda de uma chance, por vezes ainda sem efetivamente mencionar o instituto. O caso paradigmático¹² no direito brasileiro a respeito dessa teoria é a ação julgada pelo Superior Tribunal de Justiça e proposta por participante do programa de televisão “Show do Milhão”, transmitido pelo SBT, contra a rede televisiva:

RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE. 1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade. 2. Recurso conhecido e, em parte, provido.¹³

No caso, a participante chegou ao final do jogo, no qual a resposta correta da última pergunta valeria o prêmio de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), no entanto, a pergunta de múltipla escolha feita não tinha a resposta correta dentre as quatro opções, tornando impossível que a participante ganhasse o prêmio por induzi-la ao erro.

Nessa toada, o STJ alterou a decisão do tribunal de segundo grau que confirmou a procedência ao pedido da autora, condenando a ré ao pagamento de indenização por lucros cessantes no valor total de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais). O Tribunal, seguindo

⁹ CHARTIER, Yves. *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile*. Paris: Dalloz, 1983. pg.35.

¹⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. V.2. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

¹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 12ª Ed. Rev., Atual., Amp. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 60-86.

¹² Utiliza-se aqui o conceito do vocábulo paradigma como de “modelo”.

¹³ STJ - REsp: 788459 BA 2005/0172410-9, Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES, Data de Julgamento: 08/11/2005, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 13/03/2006.

sugestão da recorrente, condenou a mesma ao pagamento de R\$125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais), por ser o equivalente ao prêmio quanto à probabilidade de acerto, ou seja, $\frac{1}{4}$.

Este, até então, foi o critério/limite mais específico traçado no sistema jurídico brasileiro. Nota-se, todavia, que ainda que pareça uma teoria razoável dentro dos limites do bom senso, ela se deixa bastante aberta ao arbítrio judicial, como observa-se na seguinte decisão também proferida pelo STJ:

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. IMÓVEL NÃO ENTREGUE. LUCROS CESSANTES. CABIMENTO. PRECEDENTES. DOUTRINA. RECURSO PROVIDO. I - A expressão “o que razoavelmente deixou de lucrar”, constante do art. 1.059 do Código Civil, deve ser interpretada no sentido de que o bom senso diz que obteria, existindo a presunção de que os fatos se desenrolariam dentro do seu curso normal, tendo em vista os antecedentes.

II - Devidos, na espécie, os lucros cessantes pelo descumprimento do prazo acertado para a entrega de imóvel, objeto de compromisso de compra e venda.¹⁴

Além da falta de previsão legal de institutos que delimitem e deem critérios a dita teoria, os tribunais ao decidirem em muito se utilizam de cláusulas gerais como “razoável” e termos de subjetividade como o “bom senso”. Além disso, os diferentes entendimentos doutrinários demonstram a diversidade interpretativa possível.

O Superior Tribunal de Justiça usou de critério específico para fixação da indenização em decisão paradigmática, o que seria viável num sistema de *common law*, como nos países onde a teoria surgiu e primeiro se desenvolveu, mas em um sistema de *civil law* aguarda-se a previsão legal para que haja segurança jurídica.

3. A PERDA DE UMA CHANCE E A RESPONSABILIZAÇÃO DO ADVOGADO

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 133¹⁵, bem como Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil atribuem ao exercício da advocacia o caráter de indispensabilidade na administração da Justiça, sendo dever do advogado, entre outros, “preservar, em sua conduta, a honra, a nobreza e a dignidade da profissão [...]”¹⁶, além de “atuar com destemor, independência, honestidade, decoro, veracidade, lealdade, dignidade e boa-fé”¹⁷.

¹⁴ RESP 320.417/ RJ, Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 20.05.2002.

¹⁵ Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

¹⁶ Art. 2, § único, I, Código de Ética e Disciplina da OAB.

¹⁷ Art. 2, § único, II, Código de Ética e Disciplina da OAB.

Tais princípios e deveres norteiam o exercício da profissão e exercem influência na maneira como será construída a relação entre advogado e cliente. Nos termos do artigo 10 do Código de Ética, “as relações entre advogado e cliente baseiam-se na confiança recíproca”, ou seja, devem os profissionais adotarem postura ética e pautada na boa-fé.

Trata-se de relação contratual, constituída por meio de mandato outorgado pelo cliente ao procurador para que este atue em seu nome perante o juízo e promova todas as diligências necessárias para que a demanda proposta pela parte apresentada seja julgada procedente.

Ademais, o Estatuto da Advocacia e da OAB - lei 8.906/1994, prevê, em seu artigo 33, que:

Art. 33. O advogado obriga-se a cumprir rigorosamente os deveres consignados no Código de Ética e Disciplina.

Parágrafo único. O Código de Ética e Disciplina regula os deveres do advogado para com a comunidade, o cliente, o outro profissional e, ainda, a publicidade, a recusa do patrocínio, o dever de assistência jurídica, o dever geral de urbanidade e os respectivos procedimentos disciplinares.¹⁸

Nesse sentido, é possível afirmar que, caso o advogado pratique conduta que contrarie os referidos deveres, deverá ser responsabilizado. Sobre a responsabilidade do advogado por atos praticados no exercício da profissão, o artigo 32 do referido Estatuto afirma que “o advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa.”¹⁹

Ou seja, no que tange à natureza de sua responsabilidade, percebe-se que os advogados respondem subjetivamente pelos atos que praticam, ou seja, faz-se necessária a aferição de dolo ou culpa do agente, além da verificação do nexos causal entre a conduta e dano. Baseia-se, portanto, na previsão constante no artigo 927 do Código Civil²⁰.

Cumprido salientar que o Código de Defesa do Consumidor - lei 8.078/1990, também prevê a responsabilidade subjetiva dos advogados, ao afirmar que “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”²¹. Sendo o advogado um profissional liberal, há a aplicação do referido dispositivo à sua responsabilização.

Passadas as considerações iniciais acerca da responsabilidade civil dos advogados, objetiva-se analisar a possibilidade de responsabilização desses profissionais por meio da aplicação da teoria da perda de uma chance.

¹⁸ Lei 8.906/1994 - Estatuto de Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil

¹⁹ Lei 8.906/1994 - Estatuto de Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil

²⁰ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

²¹ Art. 14, §4º, Código de Defesa do Consumidor

Como mencionado anteriormente, a teoria da perda de uma chance baseia-se em “uma oportunidade dissipada de obter futura vantagem ou de evitar um prejuízo em razão da prática de um dano injusto”²². Ou seja, consiste em uma ação ou omissão que, ao serem praticadas, acabam por impedir que um determinado resultado já esperado seja alcançado.

É importante salientar, inicialmente, que o advogado assume obrigação de meio e não de resultado, ou seja, obriga-se a “praticar todos os atos necessários e possíveis para melhor representar os interesses de seus clientes, mas não está obrigado ao êxito da demanda”²³. Nesse sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça que “a responsabilidade do advogado na condução da defesa processual de seu cliente é de ordem contratual. Embora não responda pelo resultado, o advogado é obrigado a aplicar toda a sua diligência habitual no exercício do mandato.”²⁴

Portanto, há que se investigar se, no caso concreto, o advogado adotou todas as práticas que estavam ao seu alcance, e legalmente autorizadas, para a obtenção de êxito na demanda proposta pelo seu cliente. Assim, não é possível que a responsabilidade seja considerada única e exclusivamente pelo fato da parte não triunfar ao final do processo. Por isso,

O que temos que indagar, de modo cuidadoso e investigativo, é se as lesões às expectativas do cliente estão conectadas emnexo causal às ações ou omissões do advogado. Não basta que as expectativas do cliente sejam legítimas em relação à demanda. É preciso que elas se frustrem em razão da atuação desastrosa do advogado.²⁵

É indispensável, portanto, a verificação, em cada caso, do nexode causalidade entre o desempenho do advogado e o resultado danoso ao cliente, ou seja, deve-se aferir se a atuação do profissional foi decisiva para a perda da oportunidade de obtenção de êxito pelo indivíduo.

Exemplo de perda de uma chance no exercício de advocacia seria o caso de advogado que perde prazo para interposição de recurso, de modo que a “obrigação de meio não foi cumprida pelo advogado e, portanto, responderá pela perda estimada e não pelo valor

²² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 4. ed. rev. atual. e aum. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 3, p. 264

²³ PAIVA, Andressa Barros Figueiredo de. Perda de chance séria e real deve ser indenizada. **Consultor Jurídico (Conjur)**, 10 set. 2011.

²⁴ REsp 1079185/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/11/2008, DJe 04/08/2009

²⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 4. ed. rev. atual. e aum. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 3, p. 839.

integral do dano final, já que seu cliente perdeu a oportunidade de defender-se em 1ª Instância ou de reverter decisão já desfavorável em segunda instância.”²⁶

Contudo, sobre a referida temática acerca da perda do prazo pelo advogado, o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 993.936, julgou pela impossibilidade de aplicação imediata da teoria da perda de uma chance nesses casos, sendo necessária averiguação minuciosa da situação fática. Na oportunidade, o Tribunal afirmou que:

É difícil antever, no âmbito da responsabilidade contratual do advogado, um vínculo claro entre a alegada negligência do profissional e a diminuição patrimonial do cliente, pois **o que está em jogo, no processo judicial de conhecimento, são apenas chances e incertezas que devem ser aclaradas em juízo de cognição.**

Em caso de responsabilidade de profissionais da advocacia por condutas apontadas como negligentes, e diante do aspecto relativo à incerteza da vantagem não experimentada, as demandas que invocam a teoria da "perda de uma chance" devem ser solucionadas **a partir de detida análise acerca das reais possibilidades de êxito do postulante, eventualmente perdidas em razão da desídia do causídico.**

O fato de o advogado ter perdido o prazo para contestar ou interpor recurso - como no caso em apreço -, **não enseja sua automática responsabilização civil com base na teoria da perda de uma chance**, fazendo-se absolutamente necessária a **ponderação** acerca da probabilidade - que se supõe real - que a parte teria de se sagrar vitoriosa ou de ter a sua pretensão atendida. (*grifos nossos*)²⁷

A jurisprudência do Tribunal, portanto, é no sentido de uma aplicação atenuada da teoria da perda de uma chance, de modo que o simples fato do advogado deixar de adotar todas as práticas necessárias e possíveis para a satisfação da pretensão do cliente não enseja automaticamente a responsabilidade civil do profissional. Nesse sentido, caberá ao cliente “demonstrar nos autos do novo processo a probabilidade que sua demanda anterior possuía de ser provida, para que assim seja demonstrado o nexo causal entre a conduta do advogado e o dano em seu antigo constituinte.”²⁸

Não obstante, em que pese o STJ adote postura teoricamente mais favorável ao advogado, não admitindo a aplicação automática da perda de uma chance e exigindo análise probatória mais detida, não é possível determinar que se manterá dessa forma, uma vez que a referida teoria constitui-se de uma construção doutrinária, não havendo previsão legal, tampouco critérios previamente estabelecidos para sua aferição e para o arbitramento de penalidades nos casos de sua aplicação.

²⁶ PAIVA, Andressa Barros Figueiredo de. Perda de chance séria e real deve ser indenizada. **Consultor Jurídico (Conjur)**, 10 set. 2011.

²⁷ REsp 993.936/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 27/03/2012, DJe 23/04/2012

²⁸ PESSOA, Felipe Gomes. **Responsabilidade civil do advogado: análise da perda de uma chance à luz da jurisprudência dos tribunais brasileiros**. 2019. 51 fl. Monografia (Graduação) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2019.

Portanto, o Poder Judiciário, em matéria de responsabilidade advocatícia pela teoria da perda de uma chance, está pautado única e exclusivamente em sua própria jurisprudência, que, por sua vez, pode ser modificada a qualquer tempo. Tanto é assim, que anteriormente o Superior Tribunal de Justiça adotava posicionamento contrário, ou seja, não mencionava qualquer necessidade de análise fática mais detalhada:

PROCESSUAL CIVIL E DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE DE ADVOGADO PELA PERDA DO PRAZO DE APELAÇÃO. TEORIA DA PERDA DA CHANCE. APLICAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. NECESSIDADE DE REVISÃO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7, STJ. APLICAÇÃO. A responsabilidade do advogado na condução da defesa processual de seu cliente é de ordem contratual. Embora não responda pelo resultado, o advogado é obrigado a aplicar toda a sua diligência habitual no exercício do mandato. **Ao perder, de forma negligente, o prazo para a interposição de apelação, recurso cabível na hipótese e desejado pelo mandante, o advogado frustra as chances de êxito de seu cliente.** Responde, portanto, pela perda da probabilidade de sucesso no recurso, desde que tal chance seja séria e real. Não se trata, portanto, de reparar a perda de 'uma simples esperança subjetiva', nem tampouco de conferir ao lesado a integralidade do que esperava ter caso obtivesse êxito ao usufruir plenamente de sua chance [...]²⁹ (*grifos nossos*)

Na atual conjuntura, em que ao Poder Judiciário é conferido o caráter de criação do Direito, atuando como verdadeiro legislador, torna-se preocupante que uma questão tão cara aos advogados, e também aos seus clientes, esteja à mercê de um posicionamento que não se ampara em legislação vigente. Assim,

por depender de um juízo de valor, há situações em que o acolhimento da pretensão pelo órgão julgador é totalmente provável e outra em que o sucesso é absolutamente improvável. Em razão disso, não é possível saber exatamente qual seria a decisão do órgão julgador ao examinar a demanda que, por falha do advogado, não foi proposta adequadamente.³⁰

Logo, as partes, sobretudo os advogados, permanecem reféns da discricionariedade dos magistrados, que determinarão, a partir apenas da análise das provas produzidas pela parte lesada, a quem incumbe provar a perda de uma chance, se esta deverá ou não ser considerada para fins de responsabilização do advogado. Ou seja, não é possível determinar de forma prévia, ainda que minimamente, em quais fundamentos será baseada a decisão judicial.

No que tange à demonstração de chance séria e real de resultado diverso do obtido, a questão é menos complexa que a problemática envolvendo o arbitramento da indenização caso reste reconhecida a responsabilidade do advogado pela perda de uma chance. Acerca

²⁹ REsp 1079185/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/11/2008, DJe 04/08/2009

³⁰ DIAS, Thaise Affonso. **A responsabilidade civil pela teoria da perda de uma chance no exercício da advocacia**. 2016. 73 fl. Monografia (Pós-Graduação) - Escola de Direito de Brasília, Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2016, p. 49.

disso, a doutrina majoritária afirma que na sistemática da perda de uma chance deve-se adotar um quantum indenizatório inferior ao valor determinado para a causa.

Tendo em vista que a perda de uma chance baseia-se na identificação de uma possibilidade, em não em entendimento inequívoco, não é possível afirmar sem qualquer sombra de dúvidas que, caso o advogado agisse de maneira diversa, seu cliente lograria êxito sobre a totalidade de sua pretensão. Assim, “a quantificação do dano será feita por arbitramento (CC, art. 946) de modo equitativo pelo magistrado, que deverá partir do resultado útil esperado e fazer incidir sobre ele o percentual de probabilidade de obtenção da vantagem esperada.”³¹

Além disso, ainda encontram-se dificuldades para determinar se a perda de uma chance será indenizada à título de dano patrimonial ou dano moral. A doutrina divide-se entre aqueles que acreditam ser possível identificar, além do dano patrimonial, no tocante ao efetivo fracasso da demanda, o dano moral, tendo em vista a quebra de confiança estabelecida entre advogado e cliente. Contudo, há quem defenda que o mero inconformismo ou quebra de expectativa da parte não enseja a responsabilização do advogado por danos morais.

Dessa forma, tendo como exemplo a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, de fato percebe-se que há interpretações distintas acerca da natureza do dano decorrente da perda de uma chance.

Em um primeiro caso, o Tribunal, ao analisar a responsabilidade à luz da perda de uma chance, reconheceu a obrigação de indenizar à título de danos materiais, afirmando que “a indenização por danos materiais deve ser fixada conforme teoria da perda de uma chance [...]”³², além de determinar que o dano moral deve ser demonstrado individualmente, ou seja, “demanda comprovação da parte de quem alegada tê-lo suportado, uma vez que não emerge ipso facto em razão dos prejuízos monetários decorrentes do inadimplemento contratual.”³³

Já neste segundo julgado, temos uma interpretação distinta acerca da indenização decorrente da responsabilidade civil:

EMENTA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ADVOGADO DESIDIOSO. PERDA DE PRAZO RECURSAL. PERDA DE UMA CHANCE NÃO CONFIGURADA. ÔNUS DA PROVA DO AUTOR. ART. 373, I, CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DANOS MORAIS DEMONSTRADOS. VALOR. ARBITRAMENTO. - O emprego da teoria da perda de uma chance requer

³¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

³² MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 1.0433. 15. 026442-5/001**. Acórdão. Relatora: Desembargadora Lílian Maciel, 18 de Dezembro de 2019.

³³ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 1.0433. 15. 026442-5/001**. Acórdão. Relatora: Desembargadora Lílian Maciel, 18 de Dezembro de 2019.

séria e real possibilidade de êxito da parte supostamente lesada, a quem incumbe, nos termos do art. 373, I, do CPC, o ônus da prova, não sendo recepcionada na hipótese de mera esperança ou expectativa. - Ainda que se considere que a atividade do advogado não é de resultado, fato é que, ao contratar um profissional para patrocinar a causa, o cliente deposita toda a sua confiança, sendo razoável dele esperar a condução do processo com o zelo necessário, assegurando que o exercício jurisdicional se dê em todas as instâncias cabíveis. - **Ao interpor o recurso após o prazo legal sem justificativa plausível, o advogado acarreta inquestionável abalo moral ao seu cliente, configurando o seu dever de indenizar.** - O arbitramento econômico do dano moral deve ser realizado com moderação, em atenção à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes. Ademais, não se pode olvidar, consoante parcela da jurisprudência pátria, acolhedora da tese punitiva acerca da responsabilidade civil, da necessidade de desestimular o ofensor a repetir o ato.³⁴ (*grifos nossos*)

Assim, no primeiro julgado, a decisão foi no sentido de condenar o advogado apenas ao ressarcimento de danos materiais, alegando que o dano moral deve ser demonstrado individualmente, o segundo julgado, ao reconhecer a perda de uma chance, aplicou o dano moral automaticamente.

Percebe-se, portanto, que os aspectos concernentes à aplicação da teoria da perda de uma chance para fins de responsabilidade civil dos advogados ainda não estão pacificados na doutrina e jurisprudência, sendo necessário “que sejam fixados alguns critérios para a concessão da indenização pela perda de uma chance a fim de que os operadores jurídicos tenha condições de sistematizar as hipóteses de cabimento da referida teoria.”³⁵

Soma-se à tudo isso o fato de, ao condicionar a aplicação da teoria da perda de uma chance à uma análise fático-probatória minuciosa, o Superior Tribunal de Justiça cria uma barreira para que as partes interessadas o acessem, uma vez que nesses casos incidirá a famigerada Súmula 7 do Tribunal, segundo a qual “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”. Trata-se, portanto, de materialização da jurisprudência defensiva dos Tribunais Superiores, que atuam de modo a garantir que diversas demandas não lhe sejam objeto de apreciação.

Assim, não será possível provocar o STJ para que este analise a viabilidade de aplicação da teoria caso haja necessidade de análise probatória, tendo em vista a vedação contida na Súmula 7.

³⁴ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 1.0000.18.103047-9/001**, Relator(a): Des.(a) Cláudia Maia, 14ª Câmara Cível, julgamento em 15/02/0019, publicação da súmula em 18/02/2019

³⁵ DIAS, Thaise Affonso. **A responsabilidade civil pela teoria da perda de uma chance no exercício da advocacia**. 2016. 73 fl. Monografia (Pós-Graduação) - Escola de Direito de Brasília, Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2016, p. 50.

Ressalta-se que o ordenamento jurídico brasileiro teoricamente encontra-se sob a égide do paradigma³⁶ do Estado Democrático de Direito desde a Constituição de 1988, de modo que “o princípio da participação é imprescindível para a afirmação de uma ordem jurídica mais eficaz e fundamental instrumento na busca pela organização social e pelo bem comum.”³⁷

Apesar disso, assuntos de grande relevância prática, como a responsabilidade do advogado pela aplicação da perda de uma chance, são tratados pelo Poder Judiciário com ampla margem decisória, de modo que as partes estarão sujeitas à análise concreta do magistrado, que poderá basear-se em uma série de fundamentos, muitos deles metajurídicos, uma vez que ainda não foram estabelecidos critérios legais para o reconhecimento da perda de uma chance na responsabilização dos profissionais da advocacia.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria da perda de uma chance vem sendo cada vez mais reconhecida pela doutrina e jurisprudência brasileiras, com o intuito de responsabilizar aquele que, por uma ação ou omissão, impede que terceiro obtenha um resultado cuja probabilidade de acontecimento era certa e séria.

No âmbito da responsabilização civil dos advogados, verificou-se que este responde subjetivamente, ou seja, mediante aferição de culpa, pelos atos que praticar, considerando que, por sua atuação caracteriza-se como obrigação de meio, apenas haverá responsabilidade caso não tenham sido adotadas todas as diligências possíveis para garantia de um resultado favorável.

No que tange à possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance para a responsabilização dos referidos profissionais, verifica-se que doutrina e jurisprudência são, em regra geral, favoráveis, desde que a parte interessada, ou seja, o cliente lesado, seja capaz de comprovar que a atividade do advogado - ou a ausência desta - foi imprescindível para a caracterização da perda de uma chance.

Observa-se também que não existem critérios ou requisitos definidos em lei para a aplicação da teoria, principalmente no tocante ao arbitramento das possíveis indenizações

³⁶ Paradigma aqui entendido como "uma teoria que, uma vez institucionalizada e enquanto vigente, apresenta-se como reguladora de outras teorias que lhe guardam correspondência e afinidade científica". In: THIBAU, Vinícius Lott. Os paradigmas jurídicos-constitucionais e a interpretação do Direito. **Meritum**: revista de Direito da FCH/FUMEC. Belo Horizonte, v.3, n.1, p.317-354, jan-jun 2008.

³⁷ CASTRO, Bernardo Vassale de. A participação social no processo legislativo e o desenvolvimento sustentável. **Veredas do Direito**. Belo Horizonte, v.7, n. 13 e 14, dez. 2010.

devidas. Assim, fica o Judiciário responsável por trazer não apenas uma interpretação da perda de uma chance, mas sim a verdadeira criação dos elementos necessários à sua aplicação em relação aos advogados.

Contudo, não é possível que, num contexto democrático, a população esteja à mercê da discricionariedade do órgão julgador, sujeitando-se ao seu posicionamento e, em alguns casos, sendo impossibilitada de provocá-lo para que haja mudança nesse entendimento. Portanto, é preciso que sejam estabelecidos parâmetros de aplicação da teoria da perda de uma chance, sobretudo na responsabilidade civil dos advogados, de modo que as partes interessadas possuam um maior respaldo jurídico, e o Judiciário esteja vinculado a orientações mais estáveis ao fundamentar suas decisões.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 set. 2020.

BRASIL. **Lei 8.906**, de 4 de Julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm. Acesso em: 15 set. 2020.

BRASIL. **Resolução n. 2**, de 19 de outubro de 2015. Aprova o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB. Disponível em: <https://www.oab.org.br/arquivos/resolucao-n-022015-ced-2030601765.pdf>. Acesso em: 15 set. 2020

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 320417/RJ. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200100489389&dt_publicacao=20/05/2002. Acesso em: 15 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 788459/BA. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200501724109&dt_publicacao=13/03/2006. Acesso em: 15 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 993936/RJ. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200702337574&dt_publicacao=23/04/2012. Acesso em: 15 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1079185/MG. Relatora: Ministra Nancy Andrichi Teixeira. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200801684395&dt_publicacao=04/08/2009. Acesso em: 15 out. 2020.

CARNAÚBA, Daniel Amaral. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica.**

CASTRO, Bernardo Vassale de. A participação social no processo legislativo e o desenvolvimento sustentável. **Veredas do Direito**. Belo Horizonte, v.7, n. 13 e 14, dez. 2010. Disponível em: <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/106>. Acesso em: 15 set. 2020.

CHARTIER, Yves. **La réparation du préjudice dans la responsabilité civile**. Paris: Dalloz, 1983.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado 444 da V Jornada de Direito Civil**. Brasília, 2012. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/362> Acesso em: 01 out. 2020.

DIAS, Thaíse Affonso. **A responsabilidade civil pela teoria da perda de uma chance no exercício da advocacia**. 2016. 73 fl. Monografia (Pós-Graduação) - Escola de Direito de Brasília, Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2016. Disponível em: https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/2016/1/Monografia_Thaise%20Affonso%20Dias.pdf. Acesso em: 15 set. 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 4. ed. rev. atual. e aum. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 3.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARTINS-COSTA, Judith. Apresentação à obra de Rafael Peteffi da Silva. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. 3ª ed. São Paulo, 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 1.0000.18.103047-9/001**. Acórdão. Relatora: Desembargadora Cláudia Maia. Belo Horizonte, 15 de fevereiro de 2019. Disponível em: http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?listaProcessos=10000181030479001. Acesso em: 15 set. 2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 1.0433. 15. 026442-5/001**. Acórdão. Relatora: Desembargadora Lílian Maciel, 18 de dezembro de 2019. Disponível em: https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?listaProcessos=10433150264425001. Acesso em: 15 set. 2020.

PAIVA, Andressa Barros Figueiredo de. Perda de chance séria e real deve ser indenizada. **Consultor Jurídico (Conjur)**, 10 set. 2011. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-set-10/perda-chance-seria-real-indenizada-conforme-razoabilidade#:~:text=O%20tema%20da%20responsabilidade%20civil,jurisprud%C3%AAncia%20que%20trate%20da%20quest%C3%A3o.&text=A%20Lei%208.906%2F94%20prev%C3%AA,ou%20culpa%2C%20pelos%20preju%C3%ADzos%20causados>. Acesso em: 15 set. 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 12ª Ed. Rev., Atual., Amp. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 60-86.

PESSOA, Felipe Gomes. **Responsabilidade civil do advogado**: análise da perda de uma chance à luz da jurisprudência dos tribunais brasileiros. 2019. 51 fl. Monografia (Graduação) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/14297/1/FGP08052019.pdf>. Acesso em: 15 set. 2020.

REZENDE, Brunna Gabrielle Maroni. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2014. Monografia (Bacharel em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2006.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade Civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3ª ed. São Paulo, 2013.

THIBAU, Vinícius Lott. Os paradigmas jurídicos-constitucionais e a interpretação do Direito. **Meritum**: revista de Direito da FCH/FUMEC. Belo Horizonte, v.3, n.1, p.317-354, jan-jun 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: responsabilidade civil. V.2. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

A RESPONSABILIDADE CIVIL NA CONCESSÃO DE TUTELAS PROVISÓRIAS

6

Clara de Freitas Barbosa

Vitor Gomes Carvalho

Sumário: 1. Considerações iniciais; 2. Tutelas provisórias e processo civil brasileiro. 2.1. Tutela provisória de urgência. 2.2. Tutela de evidência; 3. Introdução à responsabilidade civil. 3.1. Evolução histórica da responsabilidade civil. 3.2. Responsabilidade civil e suas classificações; 4. A relação entre a responsabilidade civil e a tutela provisória; 5. Considerações finais; Referências.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O direito privado e o processo civil se modificam com o passar do tempo, de acordo com os costumes, desenvolvimentos tecnológicos e sociais. Em razão da transformação do coletivo, com o objetivo de garantir os direitos fundamentais dos indivíduos nas questões jurisdicionais, a legislação passou a adotar o princípio do tempo razoável do processo e tentou concretizá-lo a partir das tutelas provisórias.

O trabalho em questão está estruturado em três capítulos. O primeiro capítulo apresenta de forma sintética o conceito de tutelas provisórias e sua aplicação no Ordenamento Jurídico brasileiro. O segundo capítulo é destinado à exposição da responsabilidade civil e, em especial, a evolução histórica de tal instituto. No terceiro capítulo será abordado a relação entre a responsabilidade civil e a tutela provisória e suas consequências para o processo civil.

Primeiramente, serão analisadas as tutelas provisórias e sua aplicação no processo civil brasileiro, de modo a conceituar e examinar a origem e a natureza das tutelas provisórias presentes no Ordenamento Jurídico. Busca-se, ainda, determinar os requisitos para a concessão das tutelas, sendo o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Além disso, será feito um exame específico acerca de cada tutela, a tutela de urgência e a tutela de evidência, respectivamente.

Para a elaboração do estudo, foi utilizada a revisão bibliográfica e legislação pertinente. Adotou-se como método o hipotético-dedutivo, através de análise de bibliografia especializada e jurisprudência específica, pelo método qualitativo.

Em segundo lugar, será explorado o instituto da responsabilidade civil, abordando a sua evolução histórica e seus efeitos na sociedade atual. Ainda, foi exemplificado as classificações da responsabilidade, responsabilidade civil subjetiva e objetiva, e sua aplicação no ordenamento pátrio, além das mudanças legislativas pertinentes.

Por fim, pontuar-se-á a relação entre a responsabilidade civil e a tutela provisória e suas consequências, quando concedida de forma inadequada. Explana-se as quatro hipóteses de aplicação de responsabilidade civil, com o intuito de conter o prejuízo causado pela concessão da tutela provisória.

2. TUTELAS PROVISÓRIAS E PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

O estudo das tutelas provisórias é de fundamental importância para o direito processual civil brasileiro, isso, porque permitem uma efetivação de direitos ou uma proteção de direitos eventuais antes da finalização do processo. Considerando o disposto no artigo 5º, inciso LXXVIII e o disposto no artigo 4º do Código de Processo Civil de 2015, percebe-se que o processo deve ter uma razoável duração, todavia, em muitos casos, é possível ocorrer uma situação em que seja preciso, antes da resolução integral da demanda, medidas processuais capazes de garantir a própria pretensão ou sua proteção antes de uma decisão dotada de imutabilidade.

Ademais, como indica Raatz, a ideia da provisoriedade da tutela provisória é proveniente da dispensa de uma cognição judicial completa para sua concessão. Todavia, essa dispensa não significa a ausência da cognição, isso porque existe ainda a possibilidade do disposto na tutela provisória ser revogado, confirmado ou, ainda, modificado ao tempo da concessão da tutela definitiva.¹

Carlos Henrique Soares conceitua as tutelas provisórias da seguinte forma:

O termo tutela provisória indicado no CPC se refere a uma decisão interlocutória que visa proteger o resultado útil do processo, o direito material controvertido ou assegura a celeridade dos efeitos de uma sentença ou uma punição em razão do abuso do direito processual do exercício de defesa. A tutela provisória antecipa os

¹ RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natascha. Tutela antecipada, tutela cautelar e tutela da evidência como espécies de tutela provisória no novo Código de Processo Civil. Revista Eletrônica de Direito Processual. Vol. 15. Janeiro a Junho de 2015.

efeitos da sentença de mérito para uma fase anterior à fase decisória, protegendo direitos e resguardando o processo.²

Inicialmente, as tutelas provisórias podem ser classificadas a partir de dois grupos, quais sejam, as tutelas provisórias urgência, concedidas em razão da urgência, e as tutelas provisórias de evidência, concedidas em razão da evidência do direito. As primeiras ainda podem ser subdivididas, ou seja, as tutelas de urgência podem ser de natureza cautelar ou de natureza antecipada. O Código de Processo Civil, entre os artigos 294 e 311 criou um regramento próprio para referidas as tutelas e cada uma delas citadas acima possuem os requisitos necessários para sua concessão descrito nos dispositivos supracitados.

Há de se dizer que existe um importante detalhe apontado por Igor Raatz quando se trata da tutela provisória de urgência de natureza antecipada e da tutela de evidência, isso porque ambas visam a satisfatividade do direito, mas se diferenciam, fundamentalmente, pela razão em que são concedidas. Raatz indica que é preciso ler a tutela antecipada como uma tutela satisfativa fundada na urgência, enquanto a tutela de evidência deve ser lida como uma tutela satisfativa fundada na evidência.³ Já a tutela cautelar, diferentemente de ambas, não visa garantir uma satisfatividade, mas sim a proteção ou conservação de direitos para o futuro.

Antes de adentrar na análise individualizada de cada tutela, é mister demonstrar algumas disposições comuns às tutelas provisórias. Conforme se extrai do artigo 297 do CPC/15, é permitido ao juiz se valer das medidas que considerar adequadas para que ocorra a efetivação da tutela provisória. Essa permissibilidade é denominada por Humberto Theodoro Júnior como “poder tutelar do juiz”, poder que não possui uma taxatividade, podendo o juiz definir a forma de efetivação da tutela a depender da concretude da situação.⁴

Nesse sentido, é importante considerar que a decisão do juiz que defere, indefere, revoga ou modifica a tutela provisória, bem como o exercício do mencionado “poder tutelar do juiz”, devem ser, em homenagem ao princípio fundamentação das decisões, motivados, de modo claro e preciso. O elemento da motivação das tutelas provisórias é de extrema valia, isso porque considerando que a tutela provisória pode provocar alterações no cenário fático, ainda que reversíveis, antes da decisão definitiva, a necessidade de se fundamentar as decisões que as concedem deve existir para evitar arbitrariedades judiciais.

² SOARES, Carlos Henrique. **Lições de direito processual civil**. 2. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020, p. 482.

³ RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natascha. Tutela antecipada, tutela cautelar e tutela da evidência como espécies de tutela provisória no novo Código de Processo Civil. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Vol. 15. Janeiro a Junho de 2015.

⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol I: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum. 60. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

Além disso, é importante tratar de dois conceitos, que também são os principais requisitos para a concessão das tutelas provisórias e que, em alguns casos, podem ser cumulados e em outros, não. O primeiro é o *fumus boni iuris*, que significa, em sua literalidade, a fumaça do bom direito, ou seja, é a demonstração da probabilidade do direito material. O segundo é o *periculum in mora*, que pode ser entendido literalmente como perigo na demora, ou seja, a não adoção de uma medida provisória pode colocar em risco o resultado útil do processo.

Ainda, é possível mencionar brevemente, a concessão de tutela provisória liminar, que é deferida sem que haja uma manifestação da parte contrária no processo. A tutela provisória liminar pode se fazer presente tanto na tutela de urgência, quanto na tutela de evidência, em alguns casos. De todo modo, o que se busca em um primeiro momento é apresentar essa possibilidade.

Ante o exposto, cabe agora a realização de uma análise pormenorizada das tutelas provisórias, abordado os requisitos indispensáveis para a concessão, bem como suas características fundamentais.

2.1. Tutela provisória de urgência

A tutela de urgência, prevista entre os artigos 300 a 310 do Código de Processo Civil de 2015, tem como seu elemento fundamental, como o próprio nome já indica, a urgência, ou seja, a necessidade da rápida concessão da tutela jurisdicional antes que ocorra um prejuízo para a parte que a pleiteia e que possa afetar o direito material.

Como mencionado, a tutela provisória de urgência pode ter natureza antecipatória ou natureza cautelar. Segundo Carlos Henrique Soares, “quando possui natureza de antecipatória de mérito o objetivo principal é a realização do direito material em caráter provisório, até o pronunciamento final da sentença de mérito”, todavia, “quando possui natureza cautelar, seu objetivo principal é proteger o processo e seu resultado útil”.⁵

O artigo 300 do CPC/15 estabelece os dois requisitos necessários para a concessão da tutela de urgência, quais sejam, a probabilidade do direito, que é o já mencionado *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, que fundamenta o requisito da urgência da tutela. Além disso, pode-se considerar como um terceiro requisito a necessidade de reversibilidade dos efeitos da

⁵ SOARES, Carlos Henrique. *Lições de direito processual civil*. 2. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020, p. 494.

decisão, haja vista que se a decisão for irreversível há uma vedação para a concessão da tutela, conforme indica o §3º do art. 300 do CPC.

É válido considerar que conforme se extrai do parágrafo único do artigo 294 do CPC/15, a tutela provisória de urgência, seja ela cautelar ou antecipada, poderá ser concedida em caráter antecedente, quando a urgência for contemporânea à propositura da ação, ou em caráter incidental. No caso da tutela de urgência antecipatória, quando requerida em caráter antecedente, é suficiente que a exordial se limite ao próprio requerimento da tutela, bem como a indicação do pedido e do valor da causa, considerando a tutela final, a exposição da lide, do direito pretendido, e demonstre o perigo que pode ser causado ao resultado útil do processo. Após a concessão da tutela, ao autor será dado um prazo para aditar a petição e complementar com outros documentos.

Quando se tratar da tutela cautelar requerida em caráter antecedente, o artigo 305 do CPC/15 determina que a petição inicial deverá indicar a lide, seu fundamento, expor sumariamente o direito a ser acautelado e o perigo na demora. O parágrafo único do referido artigo traz um elemento de extrema importância no estudo das tutelas provisórias, qual seja, a fungibilidade entre tutelas provisórias, ou seja, quando a tutela cautelar for requerida, porém o pedido corresponde à tutela antecipatória, o juiz poderá realizar a conversão entre as tutelas.

Nesse aspecto, merece destaque as considerações realizadas por José Medina, que demonstram que essa possibilidade de fungibilidade entre tutelas não se restringe ao previsto no parágrafo único do artigo 305 do CPC/2015, podendo ocorrer quando for solicitada uma tutela antecipatória, no lugar de uma tutela cautelar:

Dispõe o art. 305, parágrafo único do CPC/2015 que, caso a parte, a título de tutela cautelar, apresenta pedido de tutela antecipada, deverá o magistrado ajustar o procedimento ao que determina o art. 303 do CPC/2015. A recíproca, segundo pensamos, é verdadeira. Assim, caso se peça, a título de tutela antecipada, medida de natureza cautelar, deverá o magistrado, também nesse caso, corrigir o procedimento, para que a causa tramite em consonância com o que dispõem os arts. 305 e ss. do CPC/2015, inclusive determinando, se for o caso, a emenda da petição inicial [...].⁶

A tutela provisória requerida em caráter antecedente não se confunde com a tutela provisória liminar, isso porque, esta, como mencionado anteriormente, não exige a manifestação da parte contrária. Nesse caso, para a concessão da tutela provisória liminar, deve-se provar, como indica Carlos Henrique Soares, o *fumus boni iuris*, o *periculum in mora*,

⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/73. 1. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 463.

bem como a situação em que caso a parte contrária tomasse ciência da concessão da tutela, esta poderia praticar atos capazes de impedir a execução da medida ou torna-la ineficaz.⁷

2.2. Tutela de evidência

A tutela de evidência, por sua vez, que encontra regramento próprio no artigo 311 do Código de Processo Civil, pode ser definida como uma tutela provisória concedida quando existente suficiente probabilidade do direito. Quando se trata de tutela de evidência, não há que se falar em perigo de dano ao resultado útil do processo. Humberto Theodoro Junior apresenta a tutela de evidência da seguinte forma:

A tutela da evidência não se funda no fato da situação geradora do perigo de dano, mas no fato de a pretensão de tutela imediata se apoiar em comprovação suficiente do direito material da parte. Justifica-se pela possibilidade de aferir a liquidez e certeza do direito material, ainda que sem o caráter de definitividade, já que o debate e a instrução processuais ainda não se completaram. No estágio inicial do processo, porém, já se acham reunidos elementos de convicção suficientes para o juízo de mérito em favor de uma das partes.⁸

Os incisos do artigo 311 do CPC/15, indicam as situações em que será concedida a tutela provisória em razão da evidência, ou seja, traz as hipóteses em que haverá a constatação da probabilidade do direito. Em primeiro lugar, será concedida a referida tutela quando ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte contrária à que solicita a tutela. Nessa situação, é verificável que a probabilidade do direito se funda na inexistência das oposições materiais razoáveis quanto ao mérito da questão discutida, ou seja, não há elementos capazes de se contraporem ao requerimento da tutela.

Em sequência, é possível dizer que será concedida a tutela de evidência quando for possível provar documentalmente o que se alega e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante. Também será concedida quando se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa. Nos dois casos acima mencionados, é permitido ao juiz conceder a tutela provisória por meio de uma decisão liminar, *inaudita altera parte*⁹.

⁷ SOARES, Carlos Henrique. **Lições de direito processual civil**. 2. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol I: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum. 60. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1012.

⁹ “*Inaudita altera parte*”, do latim e significa “sem ouvir a outra parte”.

Por fim, a última hipótese de concessão da tutela de evidência será quando a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável. Nessa hipótese, bem como na primeira apresentada anteriormente, é preciso que o juiz, para deferir a tutela, ouça as partes, não sendo possível a concessão liminar, mas tão somente a concessão incidental.

Ante o exposto, percebe-se que “o objetivo da tutela de evidência é fazer com que o processo e a decisão não demorem tanto para quem já demonstrou ter direito e prova documental suficientes”.¹⁰ Ademais, é válido considerar que tutela de evidência é concedida por meio de uma decisão interlocutória, motivo pelo qual o recurso cabível é agravo de instrumento, nos termos do artigo 1.015 do Código de Processo Civil.

3. INTRODUÇÃO À RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil é um instituto que obriga um indivíduo a reparar o dano causada a outrem por ação ou omissão. O artigo 186 do Código Civil de 2002 expôs, “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Logo, a responsabilidade civil tem como intuito obrigar o ofensor a restituir o patrimônio, tanto moral quanto material, do ofendido, fazendo voltar ao estado *quo ante* da ação ou omissão que resultou no dano¹¹. De acordo com Nelson Rosenvald, “Se a individualização é a realidade que enfrentamos no ingresso de um novo milênio, urge conciliar esta liberdade sem precedentes com a responsabilidade pelo enfrentamento de suas consequências”¹².

3.1. Evolução histórica da responsabilidade civil

A responsabilidade civil é um instituto atual e cada vez mais presente na vida em sociedade, que se depara diante de ações ou omissões que geram danos ao patrimônio ou à

¹⁰ SOARES, Carlos Henrique. **Lições de direito processual civil**. 2. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020, p. 504.

¹¹ MORAES, Rodrigo Jorge. A responsabilidade civil subjetiva e objetiva. Contextualização histórico-evolutiva, características e aspectos distintivos, modalidades, aplicabilidade no direito privado, público e difuso. **Migalhas**, São Paulo, 2 ago. 2018.

¹² ROSENVALD, Nelson. As funções da responsabilidade civil 2017: Introdução disponível no Facebook. **Nelson Rosenvald**, Belo Horizonte, 27 mar. 2017, Disponível em: <https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2017/03/27/As-fun%C3%A7%C3%B5es-da-responsabilidade-civil-2017-Introdu%C3%A7%C3%A3o-dispon%C3%ADvel-no-Facebook>. Acesso em: 27 set. 2020.

moral. No entanto, a ideia de reparação ao dano existe desde o Código de Hamurabi e evoluiu com o passar do tempo. O Código de Hamurabi foi caracterizado pela adoção da responsabilidade objetiva, isto é, aquela em que não se discute a culpa do indivíduo e sim o fato que gerou o resultado danoso. A vingança privada foi a primeira reação de responsabilidade, conforme estabelece Gagliano e Pamplona em sua obra,

De fato, nas primeiras formas organizadas de sociedade, bem como nas civilizações pré-romanas, a origem do instituto está calcada na concepção da vingança privada, forma por certo rudimentar, mas compreensível do ponto de vista humano como lúdima reação pessoal contra o mal sofrido.¹³

Com o surgimento da Lei das XII Tábuas, legislação do período de origem do Direito Romano, era previsto normas de caráter pessoal, como a Tábua III, que estabelecia que o devedor terá 60 dias para pagar e, caso contrário, o credor poderia atuar como quisesse, desde vendê-lo, ou até cortar o corpo do credor em pedaços. Logo, era previsto a Pena do Talião, caracterizada pelo princípio “olho por olho, dente por dente”, isto é, “um processo de justiça em que ao mal praticado por alguém devia corresponder, tão exatamente quanto possível um mal igual e oposto”¹⁴.

Desse modo, a evolução econômica e social tornou o tema da responsabilidade civil um problema essencial do direito privado na contemporaneidade, em razão da globalização e evolução tecnológica. Nas palavras de Arnold Wald,

O desenvolvimento da noção da responsabilidade civil não se explica somente pelos fatores econômicos, mas também pela psicologia particular do homem do nosso tempo, que se recusa a crer no inevitável, na fatalidade no acidente causado pela vida, procurando sempre um responsável, pelos danos e prejuízos que sofre¹⁵.

Logo, colocou-se em roga a necessidade de desenvolvimento de tal instituto privado para garantir direitos em razão das novas realidades e necessidades da população contemporânea. O Código Civil de 1916, em seu artigo 159, fez previsão acerca da responsabilidade subjetiva, esta que necessita da comprovação de culpa por parte do indivíduo que cometeu o ato ilícito. Além disso, o Código de 1916 era subjetivista, “porque todo o sistema de responsabilidade civil nele previsto estava amarrado à cláusula geral do art. 159”¹⁶. Dessa maneira, com o avanço da sociedade e desenvolvimento tecnológico, foi indispensável

¹³ STOLZE GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. **As Famílias em Perspectiva Constitucional**, v. 2, 2003, p. 10.

¹⁴ GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal** – Vol. 1. 7 ed. São Paulo: editora Saraiva, 2008, p. 13.

¹⁵ WALD, Arnold. A Evolução da Responsabilidade Civil e dos Contratos no Direito francês e no brasileiro. **Revista da EMERJ**, v. 7, n.26, 2004, p. 99.

¹⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Responsabilidade civil no novo Código Civil. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 48, 2003, p. 31.

a adoção de novas hipóteses de responsabilidade civil, diferente da subjetiva fundada na culpa, o que ocorreu por meio de leis especiais¹⁷, além do Código Civil. Desse modo,

A aprovação do atual Código Civil (Lei no 10.406/2002) acarretou uma série de inovações no Direito Civil pátrio, inclusive em matéria de responsabilidade civil. Uma delas é a responsabilidade objetiva no caso de o autor do dano desenvolver, habitualmente, atividade que implique, por sua natureza, risco para os direitos de outrem, nos termos do art. 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002.¹⁸

A doutrina brasileira dispõe que a grande revolução no âmbito da responsabilidade civil se deu a partir da Constituição de 1988, sobretudo no disposto em seu art. 37, parágrafo 6º, ao estabelecer a responsabilidade objetiva dos prestadores de serviços públicos. Com o advento do Código do Consumidor, foi estabelecido a responsabilidade objetiva dos fornecedores de produtos e serviços, em seus artigos 12 e 14, abandonando a ideia exclusiva de responsabilidade subjetiva do Código anterior. O Código Civil de 2002, em razão do sistema ultrapassado adotado pela lei anterior, foi caracterizado como objetivista, com o intuito de aplicar as regras previstas em lei especial.

3.2. Responsabilidade civil e suas classificações

A responsabilidade, no âmbito jurídico, pressupõe um ato danoso que fere uma norma jurídica, legal ou contratual, e, de acordo com o Ordenamento Jurídico, por se tratar, em regra, de um ato ilícito, tem a obrigação de reparar o prejuízo causado¹⁹. Dessa maneira, a “responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor *in natura* o estado anterior de coisas”²⁰.

Deve-se analisar a presença de quatro elementos, sendo eles a conduta, a culpa genérica ou *lato sensu*, nexo de causalidade e o dano ou prejuízo. De acordo com. Art. 926 do Código Civil, a conduta pode se originar de uma ação ou omissão voluntária ou por negligência, imprudência ou imperícia. A culpa genérica (*lato sensu*) engloba o dolo e a culpa

¹⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Responsabilidade civil no novo Código Civil. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 48, 2003, p. 31.

¹⁸ SANTIAGO, Mariana Ribeiro; CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio. A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATIVIDADE DE RISCO E O PARADIGMA DA SOLIDARIEDADE SOCIAL. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v.12, n.23, p.169-193, Janeiro/Junho de 2015, p. 171.

¹⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil 3-responsabilidade civil**. Vol. 3. Saraiva Educação SA, 2012.

²⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil 3-responsabilidade civil**. Vol. 3. Saraiva Educação SA, 2012, p. 9.

em sentido estrito. Na hipótese do dolo, será aplicado o princípio da reparação dos danos, fazendo com que o todos os danos suportados pela vítima sejam indenizados. A culpa, no entanto, é caracterizada como “desrespeito a um dever preexistente, não havendo propriamente uma intenção de violar o dever jurídico”²¹. Logo, de acordo com Sérgio Cavalieri Filho, a culpa possui três elementos, a conduta voluntária com resultado involuntário, a previsão ou previsibilidade e a falta de cuidado, cautela, diligência e atenção. Nas palavras do doutrinador, “em suma, enquanto no dolo o agente quer a conduta e o resultado, a causa e a consequência, na culpa a vontade não vai além da ação ou omissão. O agente quer a conduta, não, porém, o resultado; quer a causa, mas não quer o efeito”²². Ainda, o nexo de causalidade é elemento indispensável para a caracterização da responsabilidade pois constitui a relação de causa e efeito entre a conduta culposa e o dano ocorrido. Por fim, é necessário a comprovação do dano patrimonial ou extrapatrimonial, tendo em vista que não há responsabilidade civil sem dano, como regra geral.

A responsabilidade civil é classificada quanto à culpa em responsabilidade subjetiva e objetiva. A responsabilidade subjetiva é a regra geral do ordenamento jurídico brasileiro, baseada na teoria da culpa. Em razão da teoria, para que ocorra a indenização, deve ser comprovado a culpa genérica do indivíduo, que inclui o dolo e a culpa em sentido estrito ²³. O ordenamento jurídico passou a reconhecer a responsabilidade objetiva, com previsão expressa no art. 927, parágrafo único do Código Civil, no qual estabelece que haverá obrigação de reparar o dano, independente de culpa, nos casos previstos em lei, ou quanto a atividade desenvolvida pelo autor implicar, por sua natureza, em risco aos direitos de outrem. Desse modo, a responsabilidade objetiva ocorrerá independente de culpa, em razão da teoria do risco adotada, que possui outras modalidades como a teoria do risco administrativo, a teoria do risco criado, o risco da atividade, risco-proveito e a teoria do risco integral. Para garantir a segurança jurídica e para determinar o conceito de atividade de risco, o Conselho da Justiça Federal, na I Jornada de Direito Civil, estabeleceu.

Enunciado n. 38. Art. 927: a responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano

²¹ TARTUCE, Flavio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 9. Ed. São Paulo: Método, 2019, p. 438.

²² CAVALIERI FILHO, Sérgio. Responsabilidade civil no novo Código Civil. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 48, 2003.

²³ TARTUCE, Flavio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 9. Ed. São Paulo: Método, 2019, p. 438.

causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade.²⁴

Ademais, conforme decisão do Superior Tribunal de Justiça, “a empresa que desempenha atividade de risco e, sobretudo, colhe lucros desta, deve responder pelos danos que eventualmente ocasione a terceiros, independentemente da comprovação de dolo ou culpa em sua conduta.”²⁵

Logo, a natureza da responsabilidade objetiva suprime a necessidade do elemento culpa e sua classificação é consagrada pelo Direito Civil expressamente, com influências nas relações jurídicas atuais.

4. A RELAÇÃO ENTRE A RESPONSABILIDADE CIVIL E A TUTELA PROVISÓRIA

Considerando a possibilidade da tutela provisória provocar inúmeras alterações no plano fático após sua concessão, é de se dizer que, dentre essas alterações, pode ocorrer danos à parte contrária a que pleiteia a tutela provisória. Diante disso, surge, como mencionado anteriormente, a obrigação de repará-los. O Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 302 traz a previsão da obrigação de reparar, motivo pelo qual a parte que recebeu a tutela responde pelos prejuízos que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa.

Antes de tecer considerações pormenorizadas sobre a responsabilidade civil decorrente do dano gerado por tutela provisória, é importante realizar uma breve consideração. Ainda que o artigo 302 do CPC/2015, esteja inserido no capítulo que trata das disposições gerais da tutela de urgência, é possível entender que a essa normativa seria plenamente aplicável à tutela de evidência. Sobre essa falha legislativa, Daniel Amorim Assumpção Neves faz a seguinte consideração:

E mais uma vez deve ser criticado o legislador por ter previsto tal regra nas disposições gerais da tutela de urgência e não nas disposições gerais da tutela provisória. Parece claro que uma tutela provisória de evidência possa gerar danos à parte adversa e, sendo revogada pela tutela definitiva ou por qualquer outra circunstância prevista em lei o beneficiário da tutela deverá ressarcir os danos da

²⁴ **CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL**. Enunciado nº 38, da I Jornada de Direito Civil. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/699>. Acesso em: 13 set. 2020.

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 896.568/CE. 4ª Turma, Relator Min. Fernando Golçalves. **Diário de Justiça Eletrônico**, 19 de maio de 2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4368388/recurso-especial-resp-896568-ce-2006-0219619-3/inteiro-teor-12204999>. Acesso em: 13 set. 2020.

parte adversa. Significa dizer que a equivocada opção do legislador não afasta a aplicação do art. 302 do Novo CPC da tutela provisória da evidência.²⁶

Ademais, outro aspecto importante a ser abordado é a prestação de caução real ou fidejussória idônea, prevista no §1º do artigo 300 do CPC/2015, que poderá ser exigida pelo juiz. Essa caução, que pode ser solicitada pelo juiz à parte que receberá a tutela provisória, permite introduzir a ideia da responsabilidade civil quando se concede uma tutela provisória, isso porque tal caução é exigida com fins de ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer. Nas palavras de Carlos Henrique Soares, a caução é uma contracautela, que é “[...] uma garantia exigida pelo juízo para evitar que sua decisão de urgência possa causar danos irreparáveis para a parte contrária e poderá servir de reparação por perdas e danos caso a medida ao final seja consideração improcedente (art. 302 do CPC)”.²⁷ Por fim, importante consignar que essa caução poderá ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.²⁸

Adentrando à questão da responsabilidade civil decorrente do dano gerado por tutela provisória, em primeiro lugar é preciso considerar que se trata de responsabilidade objetiva, não sendo necessária a aferição de culpa por parte do beneficiário da tutela para a imputação da responsabilidade. Considerando que a responsabilidade objetiva deve estar prevista em lei, tal responsabilização encontra amparo nos incisos do artigo 302 do CPC. Portanto, para que surja o dever de reparar, será suficiente a incidência em uma das hipóteses do artigo 302, a constatação do dano e a existência do nexo causal.²⁹

Ademais, tal responsabilidade objetiva decorre da teoria do risco-proveito, que indica que terá responsabilidade objetiva todo aquele que exercer uma atividade que exponha alguém a algum risco e que obtenha resultados positivos. Daniel Amorim fundamenta essa tese indicando que “[...] se de um lado a obtenção e a efetivação de uma tutela cautelar são altamente proveitosas para a parte, por outro lado, os riscos pela concessão dessa tutela

²⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Volume único. 9. Ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 505.

²⁷ SOARES, Carlos Henrique. **Lições de direito processual civil**. 2. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020, p. 496.

²⁸ Situação semelhante é verificável na fase de cumprimento provisório de sentença, em que para a prática dos atos previstos no inciso IV do artigo 520 do CPC/2015, é necessária a prestação de caução suficiente, idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos. Do mesmo modo que ocorre nas tutelas provisórias, a caução exigida na fase de cumprimento provisório de sentença poderá ser dispensada nos termos do artigo 521 do CPC/2015.

²⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol I: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum. 60. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

provisória concedida mediante cognição sumária são exclusivamente daquele que dela se aproveitou.”³⁰

A primeira situação em que existirá responsabilidade pelo prejuízo causado pela tutela provisória será quando a sentença for desfavorável à parte que recebeu a tutela. Tal responsabilização decorre de uma interpretação lógica, isso porque aquele que gozou da tutela, ainda que provisoriamente, mas futuramente não obteve a sustentação da motivação que acarretou a concessão da mesma, deverá reparar os danos que tiver causado, haja vista que a sentença não permitiu a perpetuação da pretensão inicial.

Em seguida, haverá responsabilidade da parte quando obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias. Daniel Amorim aponta que há divergência quanto a aplicação desse dispositivo, isso porque o não cumprimento da exigência do fornecimento de meios para a citação do requerido no prazo legal não cessa os efeitos da tutela e nem são capazes de indicar se aquele que se beneficia da tutela obterá ou não êxito na demanda. Em contrapartida, há quem alegue como sendo plenamente aplicável o inciso II do artigo 302 em virtude da tutela de urgência ser uma medida excepcional.³¹

A terceira hipótese indica que a responsabilidade civil objetiva far-se-á presente quando ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal. As situações de cessação da eficácia da tutela estão previstas no artigo 309 do CPC/2015 e ocorrerão quando o autor não deduzir o pedido principal no prazo legal, não efetivar a tutela dentro do prazo de 30 (trinta) dias ou quando o juiz julgar improcedente o pedido principal formulado pelo autor ou extinguir o processo sem resolução de mérito.

Por fim, a quarta hipótese de responsabilização será decorrente do acolhimento, pelo juiz, de alegação de decadência ou de prescrição da pretensão do autor. Desse modo, estando prescrito ou tendo decaído o direito do autor, não há razões mínimas para a manutenção da tutela, haja vista que não haverá obrigação jurídica que mantenha a probabilidade do direito de quem solicitou a tutela.

Destarte, constatado o prejuízo causado pela efetivação da tutela à parte adversa, é possível, conforme alude o parágrafo único do artigo 302 do CPC/2015, liquidar a indenização nos mesmos autos em que a tutela tiver sido concedida, sempre que possível. Tal

³⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Volume único. 9. Ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 506.

³¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Volume único. 9. Ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

medida permite uma reparação mais rápida e efetiva dos danos causados pela tutela provisória concedida.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, é de se dizer que o diálogo entre direito privado e direito processual é de fundamental importância para o estudo das tutelas provisórias, isso porque é possível, em virtude da provisoriedade da tutela, que ocorra algum dano à parte adversa, devendo o causador do dano ser responsabilizado. Todavia, essa responsabilidade encontra uma rica fundamentação no âmbito da responsabilidade civil, não se restringindo à responsabilidade processual, ou seja, ainda que a concessão de tutelas envolva, eminentemente uma normativa de direito processual, é possível a incidência da responsabilidade civil.

Após a abordagem pormenorizada, tanto das tutelas provisórias, perpassando por suas classificações e características, quanto da responsabilidade civil, suas teorias e elementos basilares, chegou-se a análise das situações em que existirá a responsabilidade civil por dano decorrente da concessão de tutela, que possui fundamento legal no artigo 302 do Código de Processo Civil de 2002.

Dito isso, conclui-se que a responsabilidade civil é passível de ser enquadrada em diversas situações, ou seja, pode existir devido a um dano causado por erro médico, por dano causado pelo Estado, por dano ambiental e, como analisado neste trabalho, a responsabilidade civil em virtude da concessão de uma tutela provisória quando esta gerar algum dano para a parte adversa, haja vista que esse instituto processual provoca mudanças na realidade. Por fim, é importante destacar que os ramos do direito trabalhados devem ser analisados conjuntamente, sempre que possível, visando a garantia de um ordenamento jurídico coerente e capaz de oferecer respostas às demandas atuais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 03 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 03 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 896.568/CE. 4ª Turma, Relator Min. Fernando Golçalves. **Diário de Justiça Eletrônico**, 19 de maio de 2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4368388/recurso-especial-resp-896568-ce-2006-021961>
9-3/inteiro-teor-12204999. Acesso em: 13 set. 2020.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Responsabilidade civil no novo Código Civil. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 48, 2003.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciado nº 38, da I Jornada de Direito Civil. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/699>. Acesso em: 13 set. 2020.

GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal** – Vol. 1. 7 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/73. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MORAES, Rodrigo Jorge. A responsabilidade civil subjetiva e objetiva. Contextualização histórico-evolutiva, características e aspectos distintivos, modalidades, aplicabilidade no direito privado, público e difuso. **Migalhas**, São Paulo, 2 ago. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/284802/a-responsabilidade-civil-subjetiva-e-objetiva-contextualizacao-historico-evolutiva-caracteristicas-e-aspectos-distintivos-modalidades-aplicabilidade-no-direito-privado-publico-e-difuso>. Acesso em: 20 set. 2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Volume único. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natascha. Tutela antecipada, tutela cautelar e tutela da evidência como espécies de tutela provisória no novo Código de Processo Civil. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Vol. 15. Janeiro a Junho de 2015. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/16873>. Acesso em 27 set. 2020.

ROSENVALD, Nelson. Uma reviravolta na responsabilidade civil. **Nelson Rosenvald**. Belo Horizonte, 27 nov. 2017. Disponível em: <https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2017/03/27/As-fun%C3%A7%C3%B5es-da-responsabilidade-civil-2017-Introdu%C3%A7%C3%A3o-dispon%C3%ADvel-no-Facebook>. Acesso em: 18 set. 2020.

ROSENVALD, Nelson. As funções da responsabilidade civil 2017: Introdução disponível no Facebook. **Nelson Rosenvald**, Belo Horizonte, 27 mar. 2017, Disponível em: <https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2017/03/27/As-fun%C3%A7%C3%B5es-da-responsabilidade-civil-2017-Introdu%C3%A7%C3%A3o-dispon%C3%ADvel-no-Facebook>. Acesso em: 27 set. 2020.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro; CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio. A responsabilidade civil por atividade de risco e o paradigma da justiça da solidariedade social. **Revista Veredas do**

Direito, Belo Horizonte, v.12, n.23, p.169-193, Janeiro/Junho de 2015. Disponível em: <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/download/451/444>. Acesso em: 03 out. 2020.

SOARES, Carlos Henrique. **Lições de direito processual civil**. 2. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

TARTUCE, Flavio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 9. ed. São Paulo: Método, 2019.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol I: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum. 60. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

AS NOVAS TENDÊNCIAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL: ASSÉDIO SEXUAL E DANO EXISTENCIAL

7

Glayder Daywerth Pereira Guimarães

Sarah Batista Santos Pereira

Sumário: 1. Considerações iniciais; 2. Breves considerações acerca da justiça do trabalho e da responsabilidade civil; 3. Delineamentos acerca do assédio sexual no ambiente laboral; 4. A responsabilidade civil e os novos danos; 5. O dano existencial decorrente da prática do assédio sexual no ambiente laboral; 6. Considerações finais; Referências.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente estudo representa uma análise crítica e construtiva voltada à temática da responsabilidade civil, especificamente, no tocante à possibilidade de verificação de danos existenciais em razão da prática do assédio sexual no ambiente de trabalho. Ressalta-se a crescente preocupação no fomento de um meio ambiente do trabalho, que promova a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais do trabalhador, especialmente, em relação ao assédio sexual. Nesse contexto, Organização Internacional do Trabalho editou a convenção nº 190 objetivando minimizar os numerosos casos de assédio no ambiente laboral.¹

A pesquisa se presta a analisar e investigar a possibilidade de verificação de danos existenciais decorrentes da prática do assédio sexual em ambiente laboral, para tanto, perpassa os elementos estruturais do direito do trabalho atinentes à temática da responsabilidade civil, por conseguinte, avança-se sobre a temática do assédio sexual e suas especificidades no âmbito trabalhista. Ademais, verificam-se os avanços da responsabilidade civil contemporânea e o surgimento dos novos danos, recaindo, por fim, na questão da possibilidade ou impossibilidade de verificação do dano existencial decorrente da prática do assédio sexual.

¹ INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *Violence and Harassment Convention*. 2019. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C190. Acesso em: 20 abr. 2020.

O estudo revela sua atualidade e sua profunda relevância quando vislumbrados os numerosos casos de assédio sexual em ambiente laboral, sobretudo, contra o gênero feminino² evidenciando a necessidade em se prestar às vítimas de tal conduta danosa a efetiva reparação integral.

A partir das reflexões preliminares acerca da temática, é possível afirmar que o assédio sexual, para fins do direito do trabalho, não se limita aos contornos penais da matéria, de modo que, para o direito do trabalho a conduta do assédio sexual comporta uma série de possibilidades no tocante ao sujeito ativo, não se limitando àquele hierarquicamente superior.

No tocante à competência para julgamento de danos advindo da prática do assédio sexual em ambiente laboral, compreende-se que a matéria da responsabilidade civil compete ao próprio juízo trabalhista, enquanto desdobramento da relação de trabalho, todavia, as regras utilizadas são concernentes ao Direito Civil.

Nesse sentido, os avanços doutrinários relativos às novas tendências da Responsabilidade Civil implicam profundamente a apreciação da matéria, sobretudo, em relação ao surgimento de novas espécies de danos, como o Dano Existencial enquanto modalidade de dano extrapatrimonial. O referido dano pode ser vislumbrado como decorrência do assédio sexual em ambiente laboral ao passo que se exterioriza enquanto modalidade de dano ao projeto de vida da vítima.

Nesse contexto, compreende-se, em certas hipóteses, ser possível a verificação da existência de danos existenciais decorrentes da prática do assédio sexual em ambiente laboral, a depender da análise do caso concreto, considerando as características psicoemocionais da vítima e a gravidade das condutas assediadas.

A pesquisa a ser realizada pertence à vertente metodológica jurídico-sociológica. No tocante ao tipo de investigação, foi escolhido, na classificação Jorge Witker³ e Miracy Gustin⁴, o tipo jurídico-projetivo. De acordo com a técnica de análise do conteúdo, afirma-se que se trata de uma pesquisa teórica, o que será possível a partir da análise de conteúdo da doutrina e legislação pertinente.

² DATAFOLHA INSTITUTO DE PESQUISAS. **42% das mulheres brasileiras já sofreram assédio sexual**. 2018. Disponível em: <https://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2018/01/1949701-42-das-mulheres-ja-sofreram-assedio-sexual.shtml>. Acesso em: 30 jun. 2020.

³ WITKER, Jorge. **Como elaborar una tesis en derecho**: pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del derecho. Madrid: Civitas, 1985.

⁴ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

Por fim, o estudo propõe lançar luzes sobre a temática proposta com a finalidade de apresentar evidenciar a possibilidade ou a impossibilidade de configuração de danos existenciais por meio da prática do assédio sexual em ambiente laboral.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA JUSTIÇA DO TRABALHO E DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A Emenda Constitucional n° 45/2004, buscando viabilizar a justiça de forma mais concreta, reduzir a excessiva duração dos processos e a complexidade dos procedimentos judiciais, bem como a falta de transparência na prestação jurisdicional – dentre outras mudanças – alterou e ampliou a competência da Justiça do Trabalho, prevista no artigo 114 da Constituição da República de 1988.⁵

A princípio, a Justiça do Trabalho era competente para “conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores”,⁶ ou seja, julgava apenas as lides decorrentes da relação de emprego, que tivessem como sujeitos empregador e empregado. Após a Emenda Constitucional, a competência da Justiça do Trabalho foi ampliada, sendo atualmente competente para julgar as ações decorrentes das relações de trabalho, bastando que em um dos polos da lide se encontre um trabalhador, sendo irrelevante as particularidades inerentes ao vínculo empregatício.

A ampliação da competência material da Justiça do Trabalho objetiva pela manutenção da valorização do trabalho humano, incorporando a lógica constitucional, atentando para a maior aptidão do juiz do trabalho para julgar os conflitos decorrentes do trabalho.

Com a EC n. 45/2004, a Justiça do Trabalho teve seu campo de atuação ampliado, passando a ostentar competência para julgar todas as causas que envolvam relações de trabalho e não apenas as de emprego, como ocorria até então. [...] Isso significa que a todo trabalhador, seja qual for o regime contratual a que esteja submetido (mesmo que não seja empregatício o vínculo e mesmo que não haja contemplação na CLT do tipo de contrato de trabalho em questão, e ainda que não seja aplicável a CLT), passa a ser franqueada a via da Justiça do Trabalho para a solução de seus conflitos, desde que decorrentes dessa relação.⁷

⁵ RIBEIRO, Isabela Naves Costa. **A ampliação da competência material da Justiça do Trabalho, sob o enfoque dos incisos I e IX do art. 114 da CF.** 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-115/a-ampliacao-da-competencia-material-da-justica-do-trabalho-sob-o-enfoque-dos-incisos-i-e-ix-do-art-114-da-cf/>. Acesso em: 19 set. 2020.

⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 25 jun. 2020.

⁷ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: <http://noosfero.ucsal.br/articles/0010/3240/tavares-andr-ramos-curso-de-direito-constitucional.pdf>. Acesso em: 19 set. 2020, p.1214.

Logo, a Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações de indenizações dos danos oriundos do assédio sexual nas relações trabalhistas, conforme preconiza o artigo 114, inc. VI, da Constituição da República: “Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: VI – as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho.”⁸

No Brasil, aplica-se a Teoria do Risco da Atividade, prevista no artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, devendo o empregador assumir os riscos ligados ao seu empreendimento. Assim, a responsabilidade do empregador é objetiva, conforme disposição do artigo 933, do Código Civil, respondendo a título de ter concorrido para o dano por falta de cuidado ou vigilância.⁹

Nesse seguimento, a Organização Internacional do Trabalho e o Ministério Público do Trabalho ponderam que “cabe ao empregador zelar pelo meio ambiente de trabalho psicologicamente saudável e isento de assédio. Portanto, o empregador é responsável pela prática do assédio sexual no trabalho, ainda que ele não seja o agressor”.¹⁰

Convém salientar que a responsabilidade pela reparação da vítima é do empregador em solidariedade com o assediador, conforme expressa previsão no artigo 932, inciso III, do Código Civil.

Posteriormente, caso queira, pode-se ajuizar Ação de Regresso contra o empregado assediador, observando o disposto no artigo 462, parágrafo 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho.¹¹

3. DELINEAMENTOS ACERCA DO ASSÉDIO SEXUAL NO AMBIENTE LABORAL

A Lei nº 10.224, de 15 de maio de 2009, acrescentou ao Código Penal o artigo 216-A positivando o crime de Assédio Sexual, com a seguinte redação:

⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 25 jun. 2020.

⁹ OLIVEIRA, Laura Machado de. **O assédio sexual sob a ótica trabalhista**: Um estudo comparativo com o Direito Penal. 2011. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-88/o-assedio-sexual-sob-a-otica-trabalhista-um-estudo-comparativo-com-o-direito-penal/amp/#_ftn3. Acesso em: 19 set. 2020.

¹⁰ OIT; MPT. **Assédio Sexual no Trabalho**: Perguntas e respostas. 2017. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/publicacoes/WCMS_559572/lang-pt/index.htm. Acesso em: 16 set. 2020.

¹¹ BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/dcreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 26 jun. 2020.

Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função. Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.¹²

Nessa perspectiva, para o legislador brasileiro, o crime estará caracterizado na hipótese em que o agente venha a constranger a vítima com o intento de obter vantagem ou favorecimento sexual, valendo-se para tanto da sua condição de hierarquia ou ascendência. Necessário acentuar que o referido tipo penal surge com o intento de punir o constrangimento que tem como objetivo forçar a prática de determinada conduta pela vítima. Dessa forma, o crime não se presta a sancionar práticas de cantadas, paqueras ou flertes consentidos.¹³

A conduta do assédio sexual se exterioriza como um ato unilateral, razão pela qual existe a necessidade de não aceitação da investida sexual pela vítima. A proibição a qual a norma faz referência consiste em abusar, ou prevalecer da posição que ocupa na relação de trabalho, para alcançar determinada vantagem de cunho sexual. Nesse sentido, nas hipóteses que haja o desejo de ambas as partes na prática das condutas de natureza sexual, punição não haverá.

Distintamente, o ramo do Direito do Trabalho confere ao assédio sexual uma conceituação mais ampla, sendo que a Organização Internacional do Trabalho define a conduta como:¹⁴

*[...] insistentes proposiciones, tocamientos, acercamientos o invitaciones no deseadas, de naturaleza sexual, que pueden provenir de un superior/a o de un compañero/a de trabajo, que influyen de manera directa en las posibilidades de empleo y en las condiciones o el ambiente laboral y que producen también efectos en las víctimas, tanto de orden psicológico como emocional.*¹⁵

Nessa perspectiva, a cartilha “Assédio Sexual no Trabalho: Perguntas e Respostas” elaborada pelo Ministério Público do Trabalho em conjunto com a Organização Internacional do Trabalho, conceitua assédio sexual como toda: “conduta de natureza sexual, manifestada fisicamente, por palavras, gestos ou outros meios, propostas ou impostas a pessoas contra sua

¹² BRASIL. **Código Penal**. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 16 set. 2020.

¹³ PEREIRA, Sarah Batista Santos. **Assédio Sexual no Ambiente de Trabalho: um estudo à luz dos direitos das mulheres**. 2020. 72 f. Monografia (Graduação em Direito) – Dom Helder Escola de Direito, Belo Horizonte, Minas Gerais.

¹⁴ OIT. **Acoso sexual en el trabajo y masculinidad**. Exploración con hombres de la población general: Centroamérica y República Dominicana. 2013. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---srosan_jose/documents/publication/wcms_210223.pdf. Acesso em: 16 set. 2020.

¹⁵ [...] proposições insistentes, toques, aproximações ou convites indesejados, de natureza sexual, que podem vir de um superior ou colega de trabalho, que influenciam diretamente nas oportunidades de emprego e as condições ou no ambiente de trabalho e que também produzem efeitos nas vítimas, tanto de ordem psicológicas quanto emocional. (tradução nossa).

vontade, causando-lhe constrangimento e violando a sua liberdade sexual”.¹⁶

Nessa linha de intelecção, compreende-se por assédio sexual toda exteriorização de comportamento com conteúdo sexual não desejado por uma das partes, manifestada fisicamente por meio de palavras, gestos, ou outros meios capazes de gerar constrangimento à vítima, ofendendo-lhe a honra subjetiva, com o desígnio de obter vantagem sexual ou mesmo de prejudicar a atuação laboral do indivíduo.

Conforme a Cartilha “Assédio Moral e Sexual no Trabalho”, elaborada pelo Senado Federal, o assédio sexual pode manifestar-se de duas maneiras diferentes. O “assédio vertical” que se verifica na hipótese em que o agente, hierarquicamente superior, valendo-se da sua posição de ascendência, mediante condutas intimidadoras, constrange a vítima com o intuito de obter algum favorecimento sexual. E o “assédio horizontal” que, por sua vez, ocorre na hipótese em que não há diferença hierárquica entre assediador e assediado, como o verificado entre colegas de trabalho¹⁷.

Constata-se que o o assédio vertical consubstancia o tipo do artigo 216-A do Código Penal Brasileiro, sendo que, o assédio horizontal, não possui repercussões penais nos moldes do tipo descrito. Não obstante, para o Direito Penal exige-se a necessidade de hierarquia ou ascendência para a caracterização do assédio sexual. Lado outro, para fins trabalhistas é possível a configuração do assédio sem que haja a referida subordinação.¹⁸

O assédio sexual pode, ainda, ser distinguido em dois tipos, o assédio sexual por intimidação e o assédio sexual por chantagem.

O assédio sexual por intimidação caracterizado por incitações sexuais com o efeito de prejudicar a atuação laboral de uma pessoa ou de criar uma situação ofensiva, hostil de intimidação ou abuso no trabalho e (ii) o assédio sexual por chantagem que consiste em exigência formulada por superior hierárquico a um subordinado, para se preste à atividade sexual, sob pena de perder o emprego ou benefícios advindos da relação de emprego.¹⁹

No tocante à modalidade do assédio sexual por chantagem, também, denominado de *quid pro quo*, é aquele que ocorre quando há a exigência de uma conduta sexual em

¹⁶ OIT; MPT. **Assédio Sexual no Trabalho**: Perguntas e respostas. 2017. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/publicacoes/WCMS_559572/lang--pt/index.htm. Acesso em: 16 set. 2020, p. 9.

¹⁷ SENADO FEDERAL. **Assédio moral e sexual no trabalho**. 2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/procuradoria/proc-publicacoes/cartilha-assedio-moral-e-sexual-no-trabalho>. Acesso em: 16 set. 2020.

¹⁸ WALDOW, Nathália. **Assédio sexual no trabalho é responsabilidade da empresa**. 2019. Disponível em: http://www.granadeiro.adv.br/clipping/2019/03/12/assedio-sexual-notrabalh_o-e-responsabilidade-da-empresa. Acesso em: 16 set. 2020.

¹⁹ MPT. **Manual sobre a prevenção e o enfrentamento ao Assédio Moral e Sexual e à Discriminação**. Brasília, 2019. Disponível em: https://mpt.mp.br/pgt/publicacoes/manuais/manual-sobre-a-prevencao-e-o-enfrentamento-ao-assedio-moral-e-sexual-e-adiscriminacao/@/@display-file/arquivo_pdf. Acesso em: 16 set. 2020, p. 20.

contrapartida a benefícios, ou para se evitar prejuízos na relação de trabalho²⁰. Nessa hipótese, a prática da conduta sexual exercida pode conceder benefícios ou vantagens profissionais, evitar o risco de despromoção, evitar o risco de serem negadas certas condições, ou, para se evitar uma eventual dispensa.²¹

Por sua vez, o assédio sexual por intimidação, ou assédio sexual ambiental, se exterioriza por meio de incitações ou solicitações sexuais inoportunas, bem como por meio de outras manifestações da mesma natureza – verbal ou físicas –, que tem como propósito prejudicar a atuação laboral do indivíduo ou de criar uma situação hostil, de intimidação ou abuso no trabalho.

Constata-se, ademais, que o assédio por intimidação não é abrangido pelo tipo penal do assédio sexual, sendo que o Código Penal tipificou apenas o assédio sexual por chantagem. Não obstante a conduta não ser tipificada, a doutrina e jurisprudência reconhecem essa forma de assédio, sendo o ilícito capaz de gerar reparação por dano patrimonial e/ou extrapatrimonial.

O assédio sexual expõe os trabalhadores a situações constrangedoras, vexatórias e humilhantes, por meio de um tratamento desumano, violento e em desconformidade com os preceitos do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.²²

O ambiente hostil criado com o constrangimento, por si só já influencia no rendimento do trabalhador, prejudica as relações no ambiente de trabalho, dificulta a possibilidade de receber promoções e ser reconhecido pelos esforços profissionais. A intimidade também é ferida, uma vez que existe uma afronta, um abuso do assediador ao espaço da vítima, contra sua vontade. Consumado o delito, após a denúncia da vítima, – poucas decidem por ir até o fim com a denúncia – a investigação viola novamente a sua intimidade, sendo impossível esconder os fatos de colegas e terceiros, o que acaba gerando comentários, muitas vezes maldosos, sobre o assunto. Esses fatores se acumulam até a vítima começar a apresentar os primeiros sinais físicos e mentais, podendo trazer sequelas profundas como ansiedade, cansaço e depressão.²³

O assédio pode resultar em danos sociais e psicológicos, tais como a redução no rendimento profissional, temores, abalos psicológicos e dificuldades nas relações interpessoais, podendo ainda ocasionar crises depressivas e de ansiedade. Deste modo,

²⁰ OIT; MPT. **Assédio Sexual no Trabalho**: Perguntas e respostas. 2017. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/publicacoes/WCMS_559572/lang--pt/index.htm. Acesso em: 16 set. 2020.

²¹ DIAS, Isabel. Violência contra as mulheres no trabalho: O caso do assédio sexual. **Sociologia, Problemas e Práticas**, n° 57, p. 11-23, 2018. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/pdf/spp/n57/n57a02.pdf>. Acesso em: 16 set. 2020.

²² SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça dos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Convenção 190 da OIT: violência e assédio no mundo do trabalho**. 2019. Disponível em: <http://www.andt.org.br/f/Conven%C3%A7%C3%A3o%20190%20da%20OIT.04.09.2019%20-%20Rodolfo.pdf>. Acesso em: 06 jul. 2020.

²³ APARECIDO, Gleize Rosa. **Assédio sexual nas relações de trabalho**. 2018. Disponível em: <https://cepein.fe.manet.com.br/BDigital/arqTccs/1411401715.pdf>. Acesso em: 16 set. 2020, p. 30.

subsistem enormes prejuízos pessoais, profissionais e familiares à vítima do assédio sexual.²⁴

- Privação da autonomia; - Integridade física e psicológica afetada, decorrente da desestabilização emocional causada pelo assédio, do sentimento de vergonha, do autoisolamento e da introjeção da culpa mediante questionamento da própria conduta; - Significativa redução da autoestima - Diminuição da produtividade; - Afastamentos por doenças; - Desligamentos; - Aumento das doenças profissionais, do absenteísmo, dos acidentes de trabalho; - Comprometimento permanente da saúde físico-psíquica em função da pressão psicológica sofrida.²⁵

Os efeitos decorrentes da prática de condutas assédiantes ocasionam impactos gravosos na vida da vítima, a qual se vê, costumeiramente, com debilidades psicoemocionais e até mesmo doenças psicológicas, impossibilitando, em muitos casos, o desenvolvimento de seu projeto de vida.

O assédio sexual causa a perda de interesse pelo trabalho e do prazer de trabalhar, desestabilizando emocionalmente e provocando não apenas o agravamento de moléstias já existentes, como também o surgimento de novas doenças. Além disso, as perdas refletem-se no ambiente de trabalho, atingindo, muitas vezes, os demais trabalhadores, com a queda da produtividade e da qualidade, a ocorrência de doenças profissionais e acidentes de trabalho, causando, ainda, a rotatividade de trabalhadores e o aumento de ações judiciais pleiteando direitos trabalhistas e indenizações em razão do assédio sofrido.²⁶

Nessa perspectiva, compreende-se que as vítimas podem sofrer danos sociais, físicos e psicológicos, tais como o agravamento de doenças pré-existentes, bem como o surgimento de novas patologias, como, desestabilidade emocional, depressão, crises de pânico e Transtorno de Ansiedade Generalizado. No âmbito profissional é possível vislumbrar como consequência a perda do interesse e do prazer de trabalhar, diminuição da produtividade, afastamento de funções por motivos de doenças psicológicas, limitações na carreira e até mesmo a perda do emprego.

4. A RESPONSABILIDADE CIVIL E OS NOVOS DANOS

A Constituição da República Federativa do Brasil objetivou, em seu artigo 1º, inciso III, a salvaguarda da dignidade da pessoa humana, elencando-a enquanto fundamento da própria

²⁴ PASCOAL, Flávia Xênia Souza. **Assédio moral e assédio sexual no ambiente de trabalho**. 2018. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-172/assedio-moral-e-assedio-sexual-no-ambiente-de-trabalho/#:~:text=As%20consequ%C3%AAscias%20do%20ass%C3%A9dio%20sexual,assediador%20ocupam%20na%20esfera%20trabalhista.&text=Por%20outro%20lado%2C%20se%20o,e%20indeniza%C3%A7%C3%A3o%20por%20danos%20morais..> Acesso em: 16 set. 2020.

²⁵ SENADO FEDERAL. **Assédio moral e sexual no trabalho**. 2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/procuradoria/proc-publicacoes/cartilha-assedio-moral-e-sexual-no-trabalho>. Acesso em: 16 set. 2020, p. 20.

²⁶ OIT; MPT. **Assédio Sexual no Trabalho: Perguntas e respostas**. 2017. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/publicacoes/WCMS_559572/lang--pt/index.htm. Acesso em: 16 set. 2020, p. 20.

República. “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana”.²⁷ O papel de destaque dado ao referido princípio revela o compromisso da Constituição e do Ordenamento Jurídico na proteção da pessoa humana, inclusive, em seus interesses extrapatrimoniais.

A CRFB/88 em muitos dispositivos destaca a proteção de interesses ou necessidades humanas tutelados pelo direito através dos bens jurídicos considerados pelo constituinte como fundamentais ao ser humano, que possui pleno direito de utilizar de tais bens para perseguir seus interesses que constituam seu projeto de vida. Para a realização de seus interesses, o ser humano mantém suas relações, as quais de mesma sorte são juridicamente tuteladas pelo ordenamento jurídico.²⁸

Na sistemática do Ordenamento Jurídico brasileiro o Código Civil foi o responsável por tratar amplamente da reparação dos danos, sendo que, o referido Código objetivou colmatar e sistematizar a matéria da Responsabilidade Civil em três dispositivos. Os artigos 186, 187 e 927 do referido diploma são os responsáveis por delimitar as bases da matéria no Brasil, sendo aplicados de modo lógico-sistêmico com os artigos 20 e 21 do mesmo Código, os quais sistematizam os direitos da personalidade.²⁹

Contemporaneamente, compreende-se que todo dano deve ser reparado e todo o dano deve ser reparado, isto é, todos os danos devem ser reparados quando analisados de forma quantitativa, mas, também de forma qualitativa. De modo que, todo o dano deve ser reparado em toda sua extensão.³⁰

Nessa conjuntura, as alterações vivenciadas pela sociedade, sobretudo, se observadas em relação à multiplicação e maximização dos riscos, promoveram uma elevação da matéria da Responsabilidade Civil, convertendo-a de uma matéria secundária do Direito Civil a seu principal eixo.³¹

Nos últimos tempos avançamos bastante em termos de acesso ao dano individual pela via da abertura de compotas no campo dos pressupostos da responsabilidade civil. Flexibilizamos o nexo causal, convertimos a imputação objetiva em cláusula geral (art. 927, parágrafo único do CC) e ampliamos a abrangência do conceito de

²⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 25 jun. 2020.

²⁸ FERREIRA, Vanessa Rocha; SANTANA, Agatha Gonçalves. O assédio moral no ambiente de trabalho e a possibilidade de configuração do dano existencial. **Revista IBERC**. v. 2, n. 3, 2019, p. 1-18. Disponível em: <https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/82>. Acesso em: 15 mar. 2020, p. 5.

²⁹ BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 26 jun. 2020.

³⁰ GUIMARÃES, Glayder Daywerth Pereira. **(Re)pensando a Responsabilidade Civil: perspectivas contemporâneas da (des)patrimonialização da reparação**. 2020. 58 f. Monografia (Graduação em Direito) – Dom Helder Escola de Direito, Belo Horizonte, Minas Gerais.

³¹ EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. **Responsabilidade civil pelo inadimplemento da boa-fé**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum. 2017.

dano, seja pela introdução da perda de uma chance como indenização autônoma como pela aceitação generosa dos mais variados danos existenciais.³²

Verifica-se que a Responsabilidade Civil se encontra uma fase de releitura de suas bases, promovendo a ampliação da reparação pela erosão dos filtros da reparação e da assimilação de novos danos.³³

A expansão do dano ressarcível, terceira tendência que pode ser indicada, é, a rigor, a consequência necessária das anteriores. Evidente que, como resultado direto da erosão dos filtros tradicionais da responsabilidade civil e da queda de barreiras processuais, um número maior de pretensões indenizatórias vem acolhido pelo Poder Judiciário. À parte essa expansão quantitativa, pode-se identificar, também, uma expansão qualitativa, na medida em que novos interesses, sobretudo de natureza existencial, passam a ser considerados pelas cortes como mercedores de tutela, consubstanciando-se a sua violação em um novo dano ressarcível.³⁴

A Responsabilidade Civil, portanto, passa a admitir e assimilar em sua estrutura os denominados novos danos. Figuras que outrora não eram reconhecidas enquanto ensejadoras de reparação, mas que, hoje, por meio de uma leitura do Direito Civil à luz dos ditames da Constituição da República Federativa do Brasil revelam-se causadoras de danos.

A responsabilidade civil exerce uma função demarcatória, no sentido de estabelecer uma delimitação entre as fronteiras dos âmbitos de liberdade de atuação e aqueles outros em que se outorga certa dose de proteção a determinados bens e interesses, que pela mesma razão estipulam limites à liberdade ou autolimitações à mesma, na medida em que determinadas atuações livres podem determinar um grau de responsabilidade.³⁵

Tratar de Responsabilidade Civil, contemporaneamente, não se limita ao tópico da reparação dos danos. A Responsabilidade Civil, paulatinamente, amplia suas fronteiras, estendendo seu âmbito de atuação a diversos ramos jurídicos e do saber. Nessa toada, admite-se que a Responsabilidade Civil trata, também, do desestímulo de condutas potencialmente danosas e do estímulo de condutas juridicamente pretendidas.

Em se tratando de novos danos, é fundamental que se compreenda que a dicotomia entre o dano material e moral há muito não se sustenta, de modo que, em vista da infinita possibilidade de danos possíveis, efetua-se sua classificação em danos patrimoniais e danos extrapatrimoniais.

³² ROSENVALD, Nelson. Responsabilidade Civil: compensar, punir e restituir. **Revista IBERC**. v. 2, n. 2, 2019, p. 1-9. Disponível em: <http://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/48/40>. Acesso em: 15 abr. 2020, p.2.

³³ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

³⁴ SCHREIBER, Anderson. **Novas tendências da responsabilidade civil brasileira**. 2007. Disponível em: http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/novas_tendencias_da_responsabilidade_civil_brasileira.pdf. Acesso em: 10 abr. 2020, p. 14.

³⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 62.

Nos últimos anos, o Direito brasileiro tem experimentado uma grande evolução no âmbito da responsabilidade civil com o reconhecimento de novos danos. Houve um amplo debate a respeito do reconhecimento da responsabilidade civil pelo dano moral e também pela incorporação de outras formas autônomas de dano, como foi o caso do dano existencial.³⁶

Compreende-se que a classificação dos danos entre patrimoniais e extrapatrimoniais conjuga em maior grau a ideia da multiplicidade de danos, de modo que, os danos patrimoniais são aqueles que atingem o patrimônio da vítima, seja por lucros cessantes ou por danos emergentes. Lado outro, os danos extrapatrimoniais seriam aqueles que atingem os direitos de personalidade.

Tratado o termo "dano moral" em conceito estrito, o mesmo não alcança os demais danos que podem relacionar-se à pessoa e sua personalidade, razão pela qual nossa preferência está no termo "dano extrapatrimonial" ou "dano à pessoa" quando nossa abordagem relacionar-se aos danos à personalidade (incluindo, portanto, dano moral, dano existencial, dano estético e demais danos à pessoa).³⁷

O processo de ampliação da Responsabilidade Civil mediante a incorporação dos novos danos decorre de uma releitura do instituto à luz dos preceitos da Constituição da República. Nessa toada, a dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade são amplamente tutelados por meio de instrumentos diversos.

É importante perceber que, nesta transição, a responsabilidade civil se direcionou, essencialmente, à prevenção e à reparação das lesões à pessoa, portanto, a sua proteção contra qualquer tipo de dano. Razão pela qual defende-se, no presente artigo, a necessidade da inclusão do dano existencial, como uma espécie de dano não patrimonial, nosso ordenamento jurídico, pois o modelo vanguardista que estabelece o dualismo entre o dano material e moral é insuficiente a servir como mecanismo de reparação civil, apto a contemplar o ressarcimento da vítima.³⁸

O dano experienciado pela vítima se converte no principal objeto da Responsabilidade Civil, de modo que, a culpa e, para alguns, mesmo o nexos causal, perde gradualmente sua importância. A necessidade em se prestar a efetiva reparação, seja por meios patrimoniais ou meios extrapatrimoniais, garantindo assim a dignidade da pessoa humana da vítima se torna tarefa primordial de um Direito protetivo e principiológico.

³⁶ FACCHINI NETO, Eugenio; WESENDONCK, Tula. Danos Existenciais: "Precificando" Lágrimas? **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. n. 12, 2013, p. 229-268. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/408#:~:text=Os%20danos%20existenciais%20podem%20ser,do%20ajuizamento%20de%20a%C3%A7%C3%B5es%20fr%C3%ADvolas.> Acesso em: 23 fev. 2020, p. 245-246.

³⁷ ZANETTI, Andrea Cristina; TARTUCE, Fernanda. Dano Existencial sob a Perspectiva da Reparação Integral: Destaques Doutrinários e Jurisprudenciais. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. n. 89, 2019, p. 36-56. Disponível em: <http://www.fernandartartuce.com.br/wp-content/uploads/2019/05/Dano-Existencial-e-Repara%C3%A7%C3%A3o-Integral-Andrea-Zanetti-e-Fernanda-Tartuce.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2020, p.19.

³⁸ BUARQUE, Elaine. **Revista IBERC**. v. 2, n. 2, 2019, p. 1-22. Disponível em: <https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/57>. Acesso em: 15 mar. 2020.

5. O DANO EXISTENCIAL DECORRENTE DA PRÁTICA DO ASSÉDIO SEXUAL NO AMBIENTE LABORAL

Uma conduta pode ensejar uma série de danos, mesmo de gêneros distintos. Deve-se, portanto, observar a conduta e seu resultado de modo a vislumbrar todos os eventuais danos advindos da mesma.

O ser humano tem o direito fundamental constitucionalmente assegurado de fazer ou deixar de fazer o que bem entender, desde que, evidentemente respeitado o direito do próximo e os limites legais, não podendo ser molestado por quem quer que seja, em qualquer aspecto de sua vida. Tem a pessoa o direito às suas expectativas, aos seus anseios, aos seus projetos, aos seus ideais, desde os mais singelos até os mais grandiosos.³⁹

O questionamento que se objetiva responder no presente artigo refere-se à possibilidade ou impossibilidade, em abstrato, de condutas assediadoras ocasionarem os danos existenciais.

A espécie dos danos existenciais se adequa ao gênero dos danos extrapatrimoniais, conjuntamente ao dano moral, ao dano à imagem e ao dano estético. O dano extrapatrimonial, pode, portanto, ser definido como a lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela.

A responsabilidade civil, da qual o “dano” se enquadra como um necessário pressuposto, talvez seja um dos institutos jurídicos que mais se adequa às mudanças e alterações sociais, flexibilizando-se de acordo com o contexto. Em verdade, a própria noção de dano, evidentemente, sofre fortes mutações ao se considerar as alterações dos perfis sociais em dadas sociedades, de modo que, em um sistema jurídico que enquadra a pessoa como epicentro jurídico, como o brasileiro, é possível notar a progressiva valorização da dimensão existencial nas relações jurídicas.⁴⁰

O percurso histórico da Responsabilidade Civil no Brasil revela que progressivamente a pessoa humana teve seus interesses existenciais valorados. Logo, aspectos correlatos à dignidade da pessoa humana e o livre desenvolvimento e exercício dos Direitos da Personalidade tornam-se objeto fulcral do referido ramo do Direito Civil.

A pessoa humana, portanto – e não mais o sujeito de direito neutro, anônimo e titular de patrimônio -, qualificada na concreta relação jurídica em que se insere, de acordo

³⁹ PALHARES, Tatiane Campelo da Silva. Dano Existencial e a Relação de Trabalho: Reflexão para Efetivação de Direitos. **Revista de Direitos Fundamentais Nas Relações Do Trabalho, Sociais E Empresariais**. V. 5, n. 1, 2019, p. 18-34. Disponível em: Acesso em: 05 fev. 2020, p.29.

⁴⁰ BASAN, Arthur Pinheiro; BORGES, Gabriel Oliveira de Aguiar. Quanto vale a existência do trabalhador brasileiro? Um estudo sobre dano existência à luz do novo art. 223-G, §1º, da CLT. **Cadernos de Direito Actual**. n. 12, 2019, p.332-333.

com o valor social de sua atividade, e protegida pelo ordenamento segundo o grau de vulnerabilidade que apresenta, torna-se a categoria central do direito privado.⁴¹

Nessa perspectiva, a proteção à pessoa humana se amplia consideravelmente, sendo que, os diversos interesses dos indivíduos param a ser assimilados e considerados na construção do Direito.

No contexto estabelecido, novas figuras de danos passam a emergir na doutrina e jurisprudência, de modo a conferir uma proteção ampliativa que considere o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como norte.

O dano existencial no Direito do Trabalho, também chamado de dano à existência do trabalhador, decorre da conduta patronal que impossibilita o empregado de se relacionar e de conviver em sociedade por meio de atividades recreativas, afetivas, espirituais, culturais, esportivas, sociais e de descanso, que lhe trarão bem-estar físico e psíquico e, por consequência, felicidade; ou que o impede de executar, de prosseguir ou mesmo de recomeçar os seus projetos de vida, que serão, por sua vez, responsáveis pelo seu crescimento ou realização profissional, social e pessoal.⁴²

O Direito Brasileiro assimilou o dano existencial, incorporando-o, sobretudo, ao ramo do Direito do Trabalho. Nessa linha de intelecção, é importante notar as características elementares do dano retromencionado, de modo a verificar se condutas assediadoras podem incorrer em danos existenciais contra o trabalhador.

O dano existencial considera os elementos que compõem a vivência humana, que tornam a pessoa plena e que são capazes de tornar efetiva a saudável e desejável vida compartilhada e em sociedade. Trata-se de um abandono involuntário de atividades pessoais essenciais que fazem parte do dia a dia da pessoa – ainda que não haja interpessoalidade (como na alimentação, higiene etc.), bem como uma renúncia involuntária das relações intersubjetivas pessoais, em distintos ambientes, em diferentes circunstâncias, construídas em razão.⁴³

Verifica-se que os danos existenciais são a espécie de dano extrapatrimonial que tem como efeito a obstaculização do prosseguimento livre, desimpedido e desembaraçado da vida. Estabelecendo-se, portanto, enquanto elemento capaz de dificultar ou impossibilitar o exercício de atividades pessoais inerentes ao viver.

Nessa conjuntura compreende-se que, diante dos gravosos efeitos psicoemocionais ensejados pela prática do assédio sexual, em quaisquer de suas modalidades, é possível a verificação de danos existenciais. As condutas assediadoras, a depender de sua gravidade e das

⁴¹ TEPEDINO, Gustavo. **Do sujeito de direito à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 342.

⁴² ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de; BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Novidades em direito e processo do trabalho** – Homenagem aos 70 anos da CLT. São Paulo: LTr, 2013, p. 181.

⁴³ SOARES, Flaviana Rampazzo. A construção de uma teoria do dano existencial no Direito do Trabalho. In: SOARES, Flaviana Rampazzo (coord.). **Danos extrapatrimoniais no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2017, p. 119.

características emocionais da vítima, podem limitar a vida do trabalhador. Nesse sentido, muitas vezes a vítima do assédio sexual se vê incapaz de se relacionar com outras pessoas a nível emocional ou sexual, dificultando ou impossibilitando o livre exercício de aspectos pessoais e causando danos existenciais.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em um contexto de fomento ao meio ambiente de trabalho que promova a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais do trabalhador, desenvolveu-se, no presente estudo, a temática do assédio sexual no ambiente laboral, como potencial conduta causadora de danos existenciais.

Nesse sentido, abordou-se a Responsabilidade Civil, na qualidade de mecanismo de prestação de uma reparação integral à vítima do evento danoso e de pacificação das relações intersubjetivas lesadas. No âmbito do Direito do Trabalho, a referida matéria compete à Justiça do Trabalho, posto que se qualifica como desdobramento da relação de trabalho estabelecida.

A Emenda Constitucional nº 45 ampliou a competência material da Justiça do Trabalho, tornando-se, portanto, competente para processar e julgar ações por dano moral ou patrimonial oriundos de assédio sexual nas relações trabalhistas. O empregador, por determinação legal, responde de forma solidária e objetiva pelos danos causados a terceiros por seus empregados ou preposto. Nesse prisma, as alterações e avanços em sede da matéria da Responsabilidade Civil passam a ser acolhidos pelo Direito do Trabalho na proteção dos interesses do trabalhador.

A prática do Assédio Sexual encontra-se tipificada no artigo 216-A do Código Penal, punindo a conduta do agente que prevalecendo de sua condição de superior hierárquico ou ascendência, inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função, constrange outrem com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual. Por sua vez o Direito do Trabalho atribui uma conceituação mais ampla, entendendo por assédio sexual toda conduta de natureza sexual repelida pelo destinatário, não havendo a necessidade de hierárquica entre assediador e assediado.

Ademais, verificou-se que esta forma de violência causa intenso sofrimento físico e psíquico às vítimas, expondo os trabalhadores a situações constrangedoras, vexatórias e humilhantes. O trabalhador assediado pode se ver incapaz de se relacionar com outras pessoas a nível emocional ou sexual, dificultando ou impossibilitando o livre exercício de aspectos

personais. Nesse seguimento, muitas vezes a vítima do assédio pode deixar de se comportar normalmente, seja no trabalho ou em sua vida cotidiana

Contemporaneamente, à luz do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, compreende-se que todo dano deve ser reparado e que todo o dano deve ser reparado, de modo a não deixar a vítima do evento danoso desguarnecida, tendo de suportar os efeitos de um evento danoso sem qualquer reparação pelo dano sofrido.

O dano existencial no Direito do Trabalho, sucede da conduta patronal que acaba por impossibilitar o empregado de se relacionar e de conviver em sociedade por meio de atividades afetivas, espirituais, culturais, sociais e de descanso, que lhe trarão bem-estar físico e psíquico e, conseqüentemente, felicidade ou mesmo que acabam por impedir que execute, prossiga ou recomece os seus projetos de vida, que serão, por seu turno, responsáveis pelo seu crescimento ou realização profissional e pessoal.

Dessa forma, conclui-se que as condutas assediadas, a depender de sua gravidade e das características emocionais da vítima, podem limitar a vida do trabalhador em diversos aspectos. Nesse contexto, o assédio sexual se insere como prática causadora de danos diversos, sendo, até mesmo vislumbrada a possibilidade de ensejar danos existenciais a partir da verificação do caso concreto, na hipótese de sua prática, a vítima encontra-se impossibilitada de se relacionar e de conviver em sociedade, de modo a impedir seu relacionamento familiar e social, bem como dificultando a execução e conclusão de planos pessoais.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de; BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Novidades em direito e processo do trabalho – Homenagem aos 70 anos da CLT**. São Paulo: LTr, 2013.

APARECIDO, Gleize Rosa. **Assédio sexual nas relações de trabalho**. 2018. Disponível em: <https://cepein.femanet.com.br/BDigital/arqTccs/1411401715.pdf>. Acesso em: 16 set. 2020.

BASAN, Arthur Pinheiro; BORGES, Gabriel Oliveira de Aguiar. Quanto vale a existência do trabalhador brasileiro? Um estudo sobre dano existência à luz do novo art. 223-G, §1º, da CLT. **Cadernos de Direito Actual**. n. 12, 2019, p. 327-338. Disponível em: <http://www.cadernosdereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/412>. Acesso em: 03 abr. 2020.

BRASIL. **Código Penal**. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 16 set. 2020.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 26 jun. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 25 jun. 2020.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 26 jun. 2020.

BUARQUE, Elaine. **Revista IBERC**. v. 2, n. 2, 2019, p. 1-22. Disponível em: <https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/57>. Acesso em: 15 mar. 2020.

DATAFOLHA INSTITUTO DE PESQUISAS. **42% das mulheres brasileiras já sofreram assédio sexual**. 2018. Disponível em: <https://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2018/01/1949701-42-das-mulheres-ja-sofreram-assedio-sexual.shtml>. Acesso em: 30 jun. 2020.

DIAS, Isabel. Violência contra as mulheres no trabalho: O caso do assédio sexual. **Sociologia, Problemas e Práticas**, nº 57, p. 11-23, 2018. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/pdf/sp/n57/n57a02.pdf>. Acesso em: 16 set. 2020.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. **Responsabilidade civil pelo inadimplemento da boa-fé**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

FACCHINI NETO, Eugenio; WESENDONCK, Tula. Danos Existenciais: “Precificando” Lágrimas? **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. n. 12, 2013, p. 229-268. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/408#:~:text=Os%20danos%20existenciais%20podem%20ser,do%20ajuizamento%20de%20a%C3%A7%C3%B5es%20fr%C3%ADvolas.> . Acesso em: 23 fev. 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FERREIRA, Vanessa Rocha; SANTANA, Agatha Gonçalves. O assédio moral no ambiente de trabalho e a possibilidade de configuração do dano existencial. **Revista IBERC**. v. 2, n. 3, 2019, p. 1-18. Disponível em: <https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/82>. Acesso em: 15 mar. 2020.

GUIMARÃES, Glayder Daywerth Pereira. **(Re)pensando a Responsabilidade Civil: perspectivas contemporâneas da (des)patrimonialização da reparação**. 2020. 58 f. Monografia (Graduação em Direito) – Dom Helder Escola de Direito, Belo Horizonte, Minas Gerais.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **Violence and Harassment Convention**. 2019. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C190. Acesso em: 20 abr. 2020.

MPT. **Manual sobre a prevenção e o enfrentamento ao Assédio Moral e Sexual e à Discriminação**. Brasília, 2019. Disponível em: https://mpt.mp.br/pgt/publicacoes/manuais/manuais-anual-sobre-a-prevencao-e-o-enfrentamento-ao-assedio-moral-e-sexual-e-adiscriminacao/@@display-file/arquivo_pdf. Acesso em: 16 set. 2020.

OIT. **Acoso sexual en el trabajo y masculinidad. Exploración con hombres de la población general:** Centroamérica y República Dominicana. 2013. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---srosan_jose/documents/publication/wcms_210223.pdf. Acesso em: 16 set. 2020.

OIT; MPT. **Assédio Sexual no Trabalho:** Perguntas e respostas. 2017. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/publicacoes/WCMS_559572/lang--pt/index.htm. Acesso em: 16 set. 2020.

OLIVEIRA, Laura Machado de. **O assédio sexual sob a ótica trabalhista:** Um estudo comparativo com o Direito Penal. 2011. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-88/o-assedio-sexual-sob-a-otica-trabalhista-um-estudo-comparativo-com-o-direito-penal/amp/#_ftn3. Acesso em: 19 set. 2020.

PALHARES, Tatiane Campelo da Silva. Dano Existencial e a Relação de Trabalho: Reflexão para Efetivação de Direitos. **Revista de Direitos Fundamentais Nas Relações Do Trabalho, Sociais E Empresariais.** V. 5, n. 1, 2019, p. 18-34. Disponível em: Acesso em: 05 fev. 2020.

PASCOAL, Flávia Xênia Souza. **Assédio moral e assédio sexual no ambiente de trabalho.** 2018. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-172/assedio-moral-e-assedio-sexual-no-ambiente-de-trabalho/#:~:text=As%20consequ%C3%Aancias%20do%20ass%C3%A9dio%20sexual,assediador%20ocupam%20na%20esfera%20trabalhista.&text=Por%20outro%20lado%2C%20se%20o,e%20indeniza%C3%A7%C3%A3o%20por%20danos%20morais..> Acesso em: 16 set. 2020.

PEREIRA, Sarah Batista Santos. **Assédio Sexual no Ambiente de Trabalho: um estudo à luz dos direitos das mulheres.** 2020. 72 f. Monografia (Graduação em Direito) – Dom Helder Escola de Direito, Belo Horizonte, Minas Gerais.

RIBEIRO, Isabela Naves Costa. **A ampliação da competência material da Justiça do Trabalho, sob o enfoque dos incisos I e IX do art. 114 da CF.** 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-115/a-ampliacao-da-competencia-material-da-justica-do-trabalho-sob-o-enfoque-dos-incisos-i-e-ix-do-art-114-da-cf/>. Acesso em: 19 set. 2020.

ROSEVALD, Nelson. Responsabilidade Civil: compensar, punir e restituir. **Revista IBERC.** v. 2, n. 2, 2019, p. 1-9. Disponível em: <http://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/Article/view/48/40>. Acesso em: 15 abr. 2020.

SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça dos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Convenção 190 da OIT: violência e assédio no mundo do trabalho.** 2019. Disponível em: <http://www.andt.org.br/f/Conven%C3%A7%C3%A3o%20190%20da%20OIT.04.09.2019%20-%20Rodolfo.pdf>. Acesso em: 06 jul. 2020.

SCHREIBER, Anderson. **Novas tendências da responsabilidade civil brasileira.** 2007. Disponível em: http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/novas_tendencias_da_responsabilidade_civil_brasileira.pdf. Acesso em: 10 abr. 2020.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil.** 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SENADO FEDERAL. **Assédio moral e sexual no trabalho**. 2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/procuradoria/proc-publicacoes/cartilha-assedio-moral-e-sexual-no-trabalho>. Acesso em: 16 set. 2020.

SOARES, Flaviana Rampazzo. A construção de uma teoria do dano existencial no Direito do Trabalho. In: SOARES, Flaviana Rampazzo (coord.). **Danos extrapatrimoniais no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2017.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: <http://noosfero.ucsal.br/articles/0010/3240/tavares-andr-ramos-curso-de-direito-constitucional.pdf>. Acesso em: 19 set. 2020.

TEPEDINO, Gustavo. **Do sujeito de direito à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

WALDOW, Nathália. **Assédio sexual no trabalho é responsabilidade da empresa**. 2019. Disponível em: <http://www.granadeiro.adv.br/clipping/2019/03/12/assedio-sexual-notrabalh-o-e-responsabilidade-da-empresa>. Acesso em: 16 set. 2020.

WITKER, Jorge. **Como elaborar una tesis en derecho**: pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del derecho. Madrid: Civitas, 1985.

ZANETTI, Andrea Cristina; TARTUCE, Fernanda. Dano Existencial sob a Perspectiva da Reparação Integral: Destaques Doutrinários e Jurisprudenciais. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. n. 89, 2019, p. 36-56. Disponível em: <http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2019/05/Dano-Existencial-e-Repara%C3%A7%C3%A3o-Integral-Andrea-Zanetti-e-Fernanda-Tartuce.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2020.

AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA E A NECESSIDADE DE TUTELA DOS DADOS: REFLEXÕES ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL À LUZ DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

8

Mathaus Miranda Maciel

Sumário: 1. Considerações iniciais; 2. O meio ambiente digital e a sociedade de risco; 3. Lei Geral de Proteção de Dados: fundamentos, campo de atuação e princípios; 4. Dados pessoais, dados pessoais sensíveis e a prática do *profiling*; 5. Da responsabilidade civil presente na Lei Geral de Proteção de Dados. 5.1. As figuras do controlador, operador e encarregado. 5.2. Natureza da responsabilidade civil; 6. Considerações finais. 7. Referências.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente artigo adota como objetivo a análise acerca da emergente necessidade de tutela em face dos dados pessoais – informações pessoais, tais como nome, endereço, e-mail, *cookies*, dentre outras, que possibilitam a eventual identificação do indivíduo. Nesse ínterim, constata-se as imensuráveis possibilidades de novos danos a que os dados pessoais estão sujeitos, sobretudo na Internet, seja pela percepção de riscos inerentes à sociedade, seja pelo bombardeamento de informações expostas aos indivíduos no ambiente virtual. Ademais, aborda-se a problemática da ressignificação do privado, uma vez que, na pós-modernidade, há uma maior fluidez dos direitos da privacidade e da intimidade, ambos resguardados pela Constituição Federal (art. 5º, X, CF), o que atenua os limites entre o público e o privado.

Ainda, explora-se a questão da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.109/2018) e de que formas sua vigência no ordenamento jurídico brasileiro, aliada à eventual regulamentação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, poderá servir como instrumento para uma política estatal emancipadora, voltada à proteção de dados pessoais. A LGPD, inspirada no Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (GDPR) europeu, é uma explícita tentativa do país de adequação em torno de recentes legislações que buscam resguardar a tutela

desses dados e de mitigar práticas ensejadoras de danos. Por conseguinte, buscar-se-á, também, diferenciar os dados pessoais dos dados pessoais sensíveis.

No que tange ao instituto da responsabilidade civil, examinar-se-á qual a natureza da responsabilidade civil presente na LGPD, perpassando pelas figuras do controlador e do operador, até a ilustração de situações fáticas que eventualmente ensejarão reparação civil. Por fim, espera-se que, com a utilização de tais métodos em harmonia, além da exploração das funções da responsabilidade civil, haja a formação de uma cultura digital em torno da autonomia cidadã.

O artigo proposto pertence à vertente metodológica jurídico-sociológica. No tocante ao tipo de investigação, foi aplicado, na classificação de Witker¹ e de Gustin², o tipo jurídico-projetivo. Finalmente, a técnica empregada é a de pesquisa teórica, a dispor de doutrina, legislação e obras literárias pertinentes.

2. O MEIO AMBIENTE DIGITAL E A SOCIEDADE DE RISCO

De forma preliminar, é importante ressaltar que a contemporaneidade é marcada pela ascensão das novas tecnologias, em especial a Internet. Nesse contexto, constata-se que, hodiernamente, há a modificação de antigas formas de pensar, de agir e de estruturar-se socialmente, uma vez que as novas tecnologias proporcionaram experiências inéditas, o que torna relevante a discussão. Assim, pode-se crer na revolução do *modus operandi* dos indivíduos, diminuindo as atividades no “mundo real”, à medida em que há a concentração de novas formas de portar-se no “mundo virtual”.

Celso Fiorillo sustenta que o volume de informações a que os indivíduos são expostos – *big data*, dados virtuais, dentre outras – modificam o ambiente cultural, com a consequente formação de uma diferente modalidade de ambiente:

O meio ambiente cultural, por via de consequência, manifesta-se no século XXI em nosso país exatamente em face de uma cultura que passa por diversos veículos reveladores de novo processo civilizatório adaptado necessariamente à sociedade da informação, a saber, de nova forma de viver relacionada a uma cultura de convergência em que as emissoras de rádio, televisão, o cinema, os videogames, a internet, as comunicações por meio de ligações de telefones fixos e celulares etc. moldam uma nova vida reveladora de nova faceta do meio ambiente cultural, a saber: o meio ambiente digital.³

¹ WITKER, Jorge. **Como elaborar una tesis en derecho**: pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del derecho. Madrid: Civitas, 1985.

² GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

³ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 53.

Demais, o que corrobora as razões apresentadas é o presumível ofuscamento de antigas fronteiras dos direitos da privacidade e da intimidade, mais fluidas e tênues⁴, ou seja, à proporção em que o meio ambiente digital insere-se no cotidiano dos indivíduos, torna-se mais custoso distinguir informações públicas de informações privadas, motivo pelo qual há a problemática. Destarte, em decorrência dessa não capacidade de distinção, que deveria ser realizada, inúmeras violações de dados pessoais ocorrem, muitas das vezes sem o conhecimento do consumidor. Exemplos que ilustram tais violações é a prática do *profiling*; aplicativos que alteram políticas de tratamentos de dados pessoais e realizam operações em posse desses dados sem informar ao consumidor ou, ainda, violações de direitos supervenientes, na medida em que, pela não adoção de técnicas de tratamento de dados eficazes, consumidores possuem informações pessoais divulgadas.

Dessa maneira, a tese do sociólogo alemão Ulrich Beck, em seu livro “Sociedade de Risco” resta-se comprovada, de tal forma que os indivíduos estão constantemente suscetíveis a violações de direitos, nomeadas pelo autor de *risco*⁵. Dado que o risco é inerente à sociedade, Beck argumenta que se deva invocar, no mínimo, um certo limite de tolerância acerca dos riscos. Assim, se a sociedade limita o risco, o reconhece e acarreta o engendramento de formas mais eficientes para o enfrentamento dos riscos intrínsecos à sociedade.

Entretanto, há, hodiernamente, uma certa ignorância pelo risco, motivada pela *miopia econômica*⁶ de inúmeros fornecedores e, se a exploração do risco for economicamente viável, assim ocorrerá, o que comprova a existência e a perpetuação dessas práticas violadoras de dados pessoais. Ainda, faz-se possível visualizar como consequência da exploração do risco de Beck, o surgimento do capitalismo de vigilância (*surveillance capitalism*), termo explicado pela professora Shoshana Zuboff:

1. A new economic order that claims human experience as free raw material for hidden commercial practices of extraction, prediction, and sales; 2. A parasitic economic logic in which the production of goods and services is subordinated to a new global architecture of behavioral modification; 3. A rogue mutation of capitalism marked by concentrations of wealth, knowledge, and power unprecedented in human history.⁷

⁴ REIS, Émilien Vilas Boas; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. O meio ambiente digital e o direito à privacidade diante do Big Data. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 17, n. 37, p. 161, jan.-abr. 2020. Disponível em: <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/1795>. Acesso em: 09 jul. 2020.

⁵ BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2010.

⁶ BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2010, p.73.

⁷ “Uma nova ordem econômica que pauta na experiência humana como matéria-prima gratuita para práticas comerciais ocultas de extração, previsão e vendas; 2. Uma lógica econômica parasita, na qual a produção de bens e serviços está subordinada a uma nova arquitetura global de modificação comportamental; 3. Uma mutação desonesta do capitalismo marcada por concentrações de riqueza, conhecimento e poder sem precedentes na história da humanidade” – tradução nossa. ZUBOFF, Shoshana. **The Age of Surveillance Capitalism**. New York, PublicAffairs, 2019, p. 7.

Desse modo, ao constatar a existência do risco, sua exploração advinda do lucro, com o eventual surgimento da era do capitalismo de vigilância, em que o indivíduo é tido como matéria-prima de práticas ocultas, faz-se imprescindível a tutela direcionada aos dados pessoais.

Por fim, invoca-se a importância da Lei Geral de Proteção de Dados no tocante à coibição de atividades nocivas de tratamentos de dados. Dessa maneira, o instituto da responsabilidade civil, em posse dos matizes básicos⁸ repressivo, caracterizado pelo dever de reparar o dano causado, e o matiz preventivo, que funciona como tutela inibitória para a prevenção a futuros danos a direitos, pretende atenuar os danos direcionados aos dados dos consumidores e efetivar a proteção a esses direitos.

3. LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS: FUNDAMENTOS, CAMPO DE ATUAÇÃO E PRINCÍPIOS

A Lei Geral de Proteção de Dados – Lei 13.709/2018 – sancionada em 14 de agosto de 2018, vigente no ordenamento jurídico, dispõe acerca do tratamento de dados pessoais realizado por pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado (explicitando seu caráter geral), sobretudo na Internet, de modo a resguardar os direitos fundamentais da liberdade e da privacidade das pessoas naturais. Nesse sentido, o ordenamento jurídico brasileiro é marcado por leis esparsas acerca de proteção de dados, a exemplo do Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014); Lei Carolina Dieckmann (Lei 12.737/2012); Lei do Cadastro Positivo (Lei 12.414/2011), entre outras, fato que, com o surgimento da LGPD, é esperada uma consolidação sobre as matérias desse tema. Ademais, a Lei é tida como corolário de novas situações ensejadoras de danos, inspirada no GDPR europeu, de modo a acompanhar a aprovação de recentes leis protetivas de dados ao redor do mundo.

Nessa senda, a tutela acerca do tratamento⁹ de dados pessoais, com fulcro no artigo 2º da LGPD, possui como principais fundamentos o respeito à diversidade; a autodeterminação informativa; a liberdade de expressão; a inviolabilidade da intimidade, honra e imagem; a defesa do consumidor e a promoção dos direitos humanos. Constata-se, assim, o diálogo

⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil** (volume 3). Salvador: JusPodivm, 2016, p. 137.

⁹ “Art. 5º, X – Tratamento é toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração” (BRASIL. **Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 19 jul. 2020).

sistemático realizado por essa Lei, na medida em que há a aproximação com a Constituição Federal, uma vez que é abordada a liberdade de expressão e os direitos fundamentais da privacidade, intimidade, honra e sigilo dos dados; com o Código do Consumidor, visto que, não raro, a atividade de tratamento de dados possui vieses consumeristas e, por fim, com o Marco Civil da Internet e a Lei do Cadastro Positivo, já que complementa certas disposições dispostas por tais leis.

O fundamento da autodeterminação informativa (art. 2º, II, da LGPD), a matéria central da discussão, é esclarecido, de acordo com Caitlin Sampaio Mulholland, como o poder de controle sobre os próprios dados¹⁰, ou seja, é o atual empoderamento dos cidadãos no que concerne à autonomia para tratar de seus dados. Sendo assim, a atuação da LGPD atuará no sentido de servir, aos indivíduos, instrumentos para a efetivação de seus direitos, além da concentração no indivíduo o controle sobre seus dados.

Além dos fundamentos e do campo de atuação, a LGPD clarifica, também, outras disposições em seu escopo. Consoante aos estudos de Laura Schertel Mendes e de Danilo Doneda, é plausível, a divisão da Lei Geral de Proteção de Dados em cinco eixos, que buscam assegurar a tutela dos dados pessoais:

- i) unidade e generalidade da aplicação da Lei;
- ii) legitimação para o tratamento de dados (hipóteses autorizativas);
- iii) princípios e direitos do titular;
- iv) obrigações dos agentes de tratamento de dados;
- v) responsabilização dos agentes.¹¹

Ao seguir esse raciocínio, o primeiro eixo explicita o caráter geral e o campo de atuação da LGPD (art. 1º), além dos fundamentos exemplificados no artigo 2º. O segundo eixo da Lei mostra os requisitos, não cumulados, que as atividades de tratamento de dados necessitam de preencher (artigos 7º e 23). A título de exemplificação, mediante o fornecimento do consentimento do titular; para o cumprimento de obrigação legal pelo controlador e para o exercício regular de direitos em processo judicial são algumas das hipóteses autorizativas a tal tratamento, ou seja, constituem-se base legal para o tratamento de dados.

¹⁰ MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais: uma análise à luz da Lei Geral de Proteção de Dados. **Revista Direitos e Garantias. Fundamentais**, Vitória: FDV, v. 19, n. 3, p. 175, set.-dez. 2018. Disponível em: <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1603>. Acesso em: 13 jul. 2020.

¹¹ MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Editora RT, v. 120, p. 471-472, nov.-dez, 2018. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/biblioteca/conteudo-revistas-juridicas/revista-de-direito-do-consumidor/2018-ano-27-v-120-nov-dez>. Acesso em: 09 jul. 2020.

Adiante, os princípios¹² da LGPD, o terceiro eixo, funcionam como uma baliza às atividades de tratamentos de dados pessoais e devem, obrigatoriamente, observar a boa-fé objetiva. Desse modo, segundo Robert Alexy, princípios são mandamentos de otimização¹³ e devem ser utilizados na maior medida do possível, isto é, não havendo limitação fática (situações concretas que diminuam a precedência dos princípios) ou limitação jurídica (lei de colisão entre princípios colidentes), tais mandamentos têm aplicação obrigatória. Por fim, no que se refere à boa-fé objetiva, há vários deveres anexos, decorrentes de sua função integrativa, que devem acompanhar o negócio jurídico em toda a sua extensão¹⁴, tais como a lealdade, a confiança e a cooperação e, não sendo esses observados, é razoável a responsabilização da parte violadora pela violação positiva do contrato, já que houve inadimplemento¹⁵.

O quarto e quinto eixos, tratados conjuntamente, dispõem sobre as obrigações dos agentes de dados e a eventual responsabilização destes. Nesse contexto, a LGPD possui um capítulo específico sobre segurança e boas práticas, o que permite afirmar a existência de instrumentos¹⁶ para a defesa dos dados do titular (arts 46-51, da LGPD). Contudo, excluindo as diretrizes e padrões de eficiência sobre o tratamento de dados adotados pelos controladores, há disposições que devem passar pelo crivo da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), órgão ainda não em funcionamento no país devido a ocorrência de vício de iniciativa em sua criação. Dessa forma, com a não vigência da ANPD, órgão destinado a fiscalizar atividades de tratamento de dados; orientar a sociedade e os controladores sobre a aplicação da Lei; regulamentar situações fáticas não previstas em lei; estabelecer diretivas e padrões a serem seguidos para efetivar a tutela dos dados pessoais e sancionar atividades danosas de controladores, há dúvidas de que a LGPD seja explorada em sua totalidade. Finalmente, a

¹² “Art 6º - Os princípios que devem acompanhar as atividades de tratamento de dados são: finalidade; adequação; necessidade; livre acesso; qualidade dos dados; transparência; segurança; prevenção; não discriminação; responsabilização e prestação de contas” (BRASIL. **Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 19 jul. 2020).

¹³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 90.

¹⁴ Nesse sentido, o enunciado nº 25 do CJF dispõe que o art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação pelo julgador do princípio da boa-fé nas fases pré-contratual e pós-contratual (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Jornada de Direito Civil I**, enunciado aprovado. AGUIAR, Ministro Ruy Rosado de. (Org.). Brasília: Conselho da Justiça Federal - Centro de Estudos Judiciário -, 2002).

¹⁵ Nesse sentido, o enunciado nº 24 do CJF dispõe que em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Jornada de Direito Civil I**, enunciado aprovado. AGUIAR, Ministro Ruy Rosado de. (Org.). Brasília: Conselho da Justiça Federal - Centro de Estudos Judiciário -, 2002).

¹⁶ “Art. 46. Os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito.” (BRASIL. **Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 19 jul. 2020).

responsabilização dos agentes é disposta na seção III do capítulo VI da LGPD e contará com um capítulo próprio para explanações.

4. DADOS PESSOAIS, DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS E A PRÁTICA DO PROFILING

A respeito dos dados pessoais e dos dados pessoais sensíveis, destaca-se que o artigo 5º da LGPD elucida vários conceitos relacionados a matérias de direito digital, entre eles a definição de dados pessoais e de dados pessoais sensíveis:

- I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;
- II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural¹⁷;

Ambas as categorias de dados são informações que identificam ou são capazes de identificar uma pessoa natural, entretanto, os dados pessoais sensíveis funcionam como espécie do gênero dados pessoais. Nesse ínterim, a Constituição dispõe acerca da proteção desses dados, mediante o sigilo (art. 5º, XII) e privacidade (art. 5º, X), além do resguardo à vida privada em matéria legal (art. 21, CC).

Contudo, os dados sensíveis merecem destaque pelo caráter das informações que os englobam (direitos da personalidade), já que em eventuais violações de dados (v.g. vazamento de dados por parte de controladores pela não adoção de técnicas eficientes), os danos acarretados aos titulares dos dados podem ser imensuráveis e potenciais para riscos algorítmicos. Nesse contexto, empresas que se utilizam do *profiling*, não raro, tratam dos dados sensíveis sem nenhuma diretriz ou política específica, afastando do usuário informações relevantes sobre o tratamento dos dados ou, ainda, desconsiderando o consentimento transparente, claro e inequívoco do titular (art. 9º, § 1º, LGPD).

Segundo Maria Celina Bodin de Moraes e Chiara Spadaccini Teffé, os dados sensíveis relacionam-se intrinsecamente com o princípio da não discriminação, explicitado pela LGPD. Dessa maneira, o volume de informações sensíveis que os controladores detém dos usuários, permite a elaboração de perfis personalizados, o que pode ser utilizado para gerar perfis de consumo (*profiling*), incrementar e personalizar as vendas de produtos e serviços, de modo a

¹⁷ BRASIL. Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 19 jul. 2020.

controlar o usuário e o seu poder decisório e de participação no processo de tratamento de seus dados pessoais.¹⁸

Assim, resta-se comprovado, ao contar com o amparo da Lei Geral de Proteção de Dados, outras matérias legais e com a própria Constituição, que é imprescindível a tutela acerca dos dados pessoais, a fim de que seja evitado riscos na atividade de tratamento de dados e novas situações com potencial danoso para os usuários. Em hipóteses em que haja a ocorrência de um dano, é função da responsabilidade civil, presente na LGPD, a resolução da problemática.

5. DA RESPONSABILIDADE CIVIL PRESENTE NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

Inicialmente, para ater-se às análises da seara da responsabilidade civil existente na LGPD, é necessário apreender que a atividade de tratamento de dados pessoais engloba diversas operações realizadas face a tais dados, a saber: coleta; produção; recepção; classificação; utilização; acesso; reprodução; transmissão; distribuição; processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração. Destarte, é perfeitamente razoável alegar que os dados pessoais, sobretudo, no meio ambiente digital, estão sujeitos a riscos e violações de direitos, uma vez que a quantidade de possibilidades de operações que compreendem o tratamento de dados acompanha, também, os riscos a que estes estão expostos. Somado a tal constatação, utiliza-se o conceito da Sociedade da Informação¹⁹, em que o volume de dados é uma condição necessária para a performance das mais variadas relações²⁰, o que justifica, portanto, a proteção dos dados pessoais e posterior responsabilização em hipóteses de atos danosos.

O regime de responsabilidade civil acerca de atividades relacionadas aos dados pessoais previamente à LGPD era formado pela Constituição Federal e por matérias legais esparsas, como o Código Civil e o Marco Civil da Internet. No tocante à Constituição, infere-

¹⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de.; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Redes sociais virtuais: privacidade e responsabilidade civil. Análise a partir do Marco Civil da Internet. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 22, n. 1, p. 121, jan/abr.2017. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/6272>. Acesso em: 20 jul. 2020.

¹⁹ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede. A era da informação**: economia, sociedade e cultura. São Paulo: Paz e Terra, 2013.

²⁰ GHISI, Silvano. Responsabilidade Civil em matéria de proteção a dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Jurídica**, Pato Branco, FADEP, v. 2, n. 3, p. 274, set. 2018. Disponível em: <http://revistajuridica.fadep.br/index.php/revistajuridica/article/view/80>. Acesso em: 20 jul. 2020.em: 19 jul. 2020).

se a responsabilidade civil a partir da parte final do art. 5º, X²¹ (proteção à privacidade); XII²² (sigilo dos dados) e matérias acerca do remédio constitucional *habeas data* e do direito genérico à informação (art. 5º, XIV). Por fim, extrai-se responsabilização dos arts. 20 e 21 do Código Civil (violação através da divulgação de informações proibidas e violação da vida privada do indivíduo) e art. 3º, VI, do Marco Civil da Internet.

Motivada pelas novas demandas sociais em concomitância com o surgimento de novos danos e inovações ao redor do mundo de legislações protetivas de dados, engendra-se o regime de responsabilidade civil na LGPD, exteriorizado no princípio de responsabilização e prestação de contas dos agentes (art. 6º, X) e nos artigos 42 ao 45.

5.1. As figuras do controlador, operador e encarregado

A possibilidade da ocorrência da responsabilização civil perpassa pelas figuras do controlador e do operador, agentes de tratamento de dados, e do encarregado. Nesse sentido, dispõe a LGPD:

Art. 5º - VI - controlador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais;
VII - operador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador²³;

Os agentes de tratamento podem ser representados por pessoas naturais ou jurídicas distintas ou, ainda, por apenas um representante, na situação em que tal ente acumula as funções de controlador e de operador. Embora os agentes de tratamento possuam papéis semelhantes, como a orientação pelos princípios da LGPD e pela boa-fé objetiva no tratamento de dados e a adoção de medidas de segurança eficazes para a proteção das informações pessoais, há diferenças em suas atuações. De acordo com o art. 39 da LGPD, infere-se uma relação hierárquica entre o controlador e o operador, sendo dever deste agir em conformidade com as instruções fornecidas por aquele.

Ademais, é exclusividade do controlador o envio de um relatório de impacto, se determinado pela Autoridade Nacional, que explicita as operações de tratamento de dados de

²¹ “X – São invioláveis a intimidade, vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 jul. 2020).

²² “XII – É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados (...)” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 jul. 2020).

²³ BRASIL. **Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 19 jul. 2020.

acordo com a LGPD. Por último, há a figura do encarregado pelo tratamento de dados, ou *data protection officer* (DPO), responsável por agir como um canal de ligação, ora entre a Autoridade Nacional e os controladores, com comunicações de padrões que devam ser adotados pelos controladores; ora entre os titulares e o controlador, com reclamações ou prestação de esclarecimentos. Conforme a regra da LGPD, o controlador deve indicar quem realizará tal função, entretanto, há exceções trazidas pela Lei.

A atribuição do encarregado é de suma importância, visto que, mediante sua atuação, é exteriorizada a boa-fé objetiva nos deveres anexos de informação, confiança e proteção que devem acompanhar a atividade de tratamento de dados em toda a sua extensão.

5.2. Natureza da responsabilidade civil

Muito debate-se acerca da natureza da responsabilidade civil adotada pela Lei Geral de Proteção de Dados, se adotara-se a responsabilidade subjetiva, ou seja, responsabilidade que, além dos requisitos da conduta danosa (1), do nexo de causalidade (2) e do dano em si (3), é preciso que seja comprovada a culpa (4), *lato sensu*, do agente; ou responsabilidade objetiva, que imputa responsabilidade ao agente independentemente de culpa, seja pela especificação em lei, seja pelo risco da atividade desenvolvida. Fato é que, para analisar-se qual a natureza de responsabilidade presente nessa Lei, é imprescindível que antes investigue-se os artigos atinentes à responsabilidade civil.

O artigo 42, primeiro dispositivo referente ao assunto, explicita que o controlador ou operador que, em razão do exercício da atividade de tratamento de dados pessoais causar a outrem quaisquer danos (*numerus apertus*), em violação à LGPD, é obrigado a repará-lo. Ainda, o mesmo artigo estabelece a possibilidade da ocorrência da responsabilidade civil solidária entre o controlador e operador em duas situações: se os danos acarretados forem decorrentes do descumprimento de obrigações da Lei ou manifesto não cumprimento das instruções dadas pelo controlador ao operador (1); se houver mais de um controlador diretamente envolvido, serão eles solidários em hipótese de evento danoso (2).

Dessa maneira, é importante salientar que o artigo vai ao encontro a ideia de José Faleiros²⁴, uma vez que pela não presunção da solidariedade e pela complexidade de agentes envolvidos em atividades de tratamento de dado, a LGPD, acertadamente, adotou esse instituto.

²⁴ MARTINS, Guilherme Magalhães; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. Compliance digital e responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; ROSENVALD, Nelson (Org.). **Responsabilidade Civil e Novas Tecnologias**. Indaiatuba: Foco Jurídico Ltdm., 2020, p. 283.

Também, a Lei dispõe hipóteses em que o juiz poderá adotar a inversão do ônus da prova, tal qual o Código de Defesa do Consumidor, e autoriza o direito de regresso daquele que reparar o dano em face aos demais responsáveis, na medida de sua participação.

O artigo 43 elenca as causas que isentam de responsabilidade civil os agentes de tratamento e o artigo 44 define, de modo aberto, para a posterior adequação ao caso concreto (devido ao dinamismo dessa atividade que pode iniciar-se de forma lícita e posteriormente tornar-se ilícita), o tratamento de dados pessoais irregular, ao correlacionar com o dever de segurança:

Art. 43. Os agentes de tratamento só não serão responsabilizados quando provarem:
I - que não realizaram o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído;
II - que, embora tenham realizado o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, não houve violação à legislação de proteção de dados; ou
III - que o dano é decorrente de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiro.
Art. 44. O tratamento de dados pessoais será irregular quando deixar de observar a legislação ou quando não fornecer a segurança que o titular dele pode esperar, consideradas as circunstâncias relevantes, entre as quais:
I - o modo pelo qual é realizado;
II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
III - as técnicas de tratamento de dados pessoais disponíveis à época em que foi realizado.²⁵

Explicado, brevemente, os institutos de responsabilidade civil da Lei Geral de Proteção de Dados, buscar-se-á aproximar-se da ideia mais plausível sobre qual a natureza da responsabilidade adotada.

A princípio, os estudiosos que preconizam a existência da responsabilidade subjetiva na legislação de proteção de dados, centrada na culpa do agente, adotam tal posição, pela estrutura de deveres a serem seguidos pelos agentes responsáveis pelo tratamento de dados que são dispostos na lei. Nesse raciocínio, a LGPD, no art. 43, II, seria capar de indiciar a natureza subjetiva, ao afastar da seara da responsabilidade civil a hipótese em que os agentes tenham realizado o tratamento, mas sem violação à legislação de dados. Gisela Sampaio da Cruz Guedes e Rose Melo Vencelau Meireles endossam a tese defenderem que:

Se o que se pretende é responsabilizar os agentes, independentemente de culpa de fato, não faz sentido criar deveres a serem seguidos, tampouco responsabilizá-los quando tiverem cumprido perfeitamente todos esses deveres. A lógica da responsabilidade é outra, completamente diferente: não cabe discutir cumprimento de deveres, porque, quando se discute cumprimento de deveres, o que no fundo está sendo analisado é se o agente atuou ou não com culpa.²⁶

²⁵ BRASIL. **Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 19 jul. 2020.

²⁶ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Término do tratamento de dados. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. São Paulo: Editora RT, 2019, p. 231.

Ademais, sustenta a natureza subjetiva da LGPD os princípios a que os agentes responsáveis pelo tratamento de dados estão vinculados, tais como a finalidade do tratamento, a adequação, a necessidade ou a segurança; a necessidade da presença da boa-fé objetiva e todos os padrões de conduta (adoção de medidas de segurança, relatório de impacto, *compliance* digital etc) dispostos em capítulo específico na LGPD denominado “Da segurança e das boas práticas”. Assim, a preocupação do legislador em mencionar os diversos deveres de segurança associados à desconformidade do ato danoso com a lei protetiva de dados indicaria a responsabilidade subjetiva.

Entretanto, ao compartilhar as ideias de José Faleiros²⁷, há, no artigo 46 da lei, iniciando o capítulo das medidas de segurança, um evidente descompasso com a modernidade, uma vez que os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança a fim de que seja realizado um eficiente tratamento de dados, mas a autoridade nacional “poderá” dispor sobre tais medidas. Nesse sentido, a faculdade de adoção de padrões técnicos pela ANPD vai de encontro às noções contemporâneas acerca da utilização do *compliance* digital e de demais técnicas empregadas para que haja certos *standards* de conduta a serem seguidos.

Sob outra perspectiva, a qual julga-se mais plausível, há a linha de raciocínio que justifica a existência da responsabilidade objetiva, não exigível a demonstração de culpa do agente, na LGPD. Contudo, além da responsabilidade objetiva propriamente dita, apresenta-se, também, uma responsabilidade objetiva especial.

No tocante à responsabilidade objetiva²⁸, Laura Schertel e Danilo Doneda aproximam a atividade de tratamento de dados à teoria do risco. Neste seguimento, o modo de portar-se dos agentes e os princípios da LGPD – citados exaustivamente – conferem um limite a própria tratativa dos dados, o que explicita o risco dessa atividade. Assim, considerando que o tratamento é realizado frente a uma finalidade específica, além da eventual eliminação dos dados ao término da operação, é explicitado o risco inerente à natureza dessa atividade. Danilo Doneda e Laura Schertel mostram que:

(...) à necessidade de se levar em conta o risco presente no tratamento de dados, indicam que a Lei procura minimizar as hipóteses de tratamento àquelas que sejam, em um sentido geral, úteis e necessárias, e que mesmo estas possam ser limitadas quando da verificação de risco aos direitos e liberdades do titular de dados. Trata-se, dessa forma, de uma regulação que tem como um de seus fundamentos principais a

²⁷ MARTINS, Guilherme Magalhães; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. Segurança, boas práticas, governança e compliance. In: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coord.). **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados: Lei n. 13.709/2018, com alteração da Lei n. 13.853/2019**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 364.

²⁸ O parágrafo único do artigo 927 do Código Civil dispõe que haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

diminuição do risco, levando-se em conta que o tratamento de dados apresenta risco intrínseco aos seus titulares.²⁹

Ainda, o que poderia evidenciar o risco da operação realizada em face de dados pessoais são os potenciais de danos imprevisíveis a que dados sensíveis – orientação sexual, crença, ideologia política – de indivíduos estão expostos caso ocorra alguma violação. Por fim, o artigo 45³⁰ da legislação de proteção de dados traz à tona a responsabilidade da legislação pertinente (Código de Defesa do Consumidor) no que tange às relações de consumo, isto é, imputação de responsabilidade independentemente da prova de culpa.

A responsabilidade objetiva especial, acolhida por Rafael Dresch, mostra-se admissível ao considerar a estrutura da LGPD. Dessa forma, a teoria do risco não é o instituto central que envolve a seara da responsabilidade civil, haja vista a necessidade da desconformidade com a lei, requisito imprescindível para a imputação da responsabilidade. Entretanto, como seria possível definir o que é uma atividade de tratamento de dados imprópria e escapar da subjetividade?

Rafael Dresch invoca as figuras dos ilícitos específicos, condutas danosas em contrariedade à lei expressas em toda a sua matéria, mas também, instituto principal da responsabilidade objetiva especial, dos ilícitos gerais:

O ilícito geral na LGPD pode ser compreendido pela falta ao dever de segurança em termos similares aos da disciplina jurídica do Código de Defesa do Consumidor (CDC) para a responsabilidade civil pelo fato do serviço (...). O mais relevante é perceber que além dos ilícitos específicos, o sistema estabeleceu uma forma de ilícito geral própria do sistema de proteção de dados pessoais, fundamentada na responsabilidade civil do agente que realizar um tratamento irregular (ilícito), seja por violar algum dever específico imposto pela legislação, seja por violar o dever geral de segurança no tratamento de dados pessoais³¹.

Desse modo, a responsabilidade objetiva especial apresenta uma linha de raciocínio interessante acerca da imputação de responsabilidade aos controladores e aos operadores³² sem a associação à culpa nem ao risco – embora seja evidenciada a existência deste.

²⁹ MENDES, Laura. Schertel; DONEDA, Danilo. Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, Editora RT, v. 120, p. 477, nov-dez, 2018. <https://www.tjdf.t.jus.br/institucional/biblioteca/conteudo-revistas-juridicas/revista-de-direito-do-consumidor/2018-ano-27-v-120-nov-dez>. Acesso em: 09 jul. 2020.

³⁰ “Art. 45 – As hipóteses de violação do direito do titular no âmbito das relações de consumo permanecem sujeitas às regras de responsabilidade previstas na legislação pertinente” (BRASIL. **Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 19 jul. 2020).

³¹ DRESCH, Rafael. A especial responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados. **Migalhas**. 2 jul. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/330019/a-especial-responsabilidade-civil-na-lei-geral-de-protecao-de-dados> Acesso em: 19 jul. 2020.

³² No tocante à responsabilidade civil do encarregado, o art. 43 dispõe sobre a possibilidade de imputação de responsabilidade a terceiros.

Entretanto, é mais seguro e parece mais adequado aproximar-se da responsabilidade objetiva, justamente pelos riscos inerentes às atividades de tratamento de dados e pelo próprio artigo 45 da Lei, que, explicitamente, invoca a responsabilidade presente no Código de Defesa do Consumidor.

Além disso, no tocante aos ilícitos gerais, independentemente da natureza de responsabilidade adotada, é imprescindível que haja o estímulo a padrões de conduta eficientes, noções de *compliance* digital e políticas protetivas efetivas disseminadas pela Autoridade Nacional, além da aproximação dessas medidas aos controladores, a fim de que seja extraída a boa-fé objetiva na atividade de tratamento de dados. Finalmente, visualiza-se na LGPD ambas as funções da responsabilidade civil, seja a repressiva, com os instrumentos que buscam a atenuação de condutas danosas (arts. 52 a 54, da LGPD), seja a preventiva, muito explorada na atualidade, com mecanismos que se orientam pela atenuação da violação dos dados em todas as etapas da operação de tratamento de dados, a exemplo da técnica *privacy by design*³³.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante as devidas reflexões, é evidente a vivência dos indivíduos na sociedade de risco como ilustra Ulrich Beck, além do diálogo intrínseco, que deve ser mitigado, dessa sociedade com o capitalismo de vigilância acolhido por Shoshana Zuboff. Ainda, a transversalidade da atualidade permite a imersão das novas tecnologias no cotidiano do indivíduo, o que faz impulsionar a sociedade e a economia mediante a utilização dos dados.

Dessa maneira, a Lei Geral de Proteção de Dados, faz-se extremamente significativa no que tange a estabelecer os direitos da privacidade e da intimidade no meio ambiente digital e adaptá-los às novas demandas sociais. Ademais, a LGPD trabalha noções de liberdade, igualdade e democracia, sobretudo, no princípio da autodeterminação informativa que exerce uma função primordial, na medida em que concentra no indivíduo a autonomia em face do controle de seus dados. A lei, também, é uma tentativa do país frente ao fenômeno internacional de adoções de legislações protetivas de dados, as quais tem por preocupação a investigação do direito da privacidade como um direito autônomo e fundamental.

³³ Conceito que busca impor a empresa que atua no processamento de dados pessoais os imperativos da proteção de dados pessoais e da privacidade em todas as suas etapas.

Em relação à plasticidade responsabilidade civil, capaz de moldar-se segundo novas demandas, posicionou-se em favor da responsabilidade objetiva, exteriorizada teoria do risco e do artigo 45 da Lei. No entanto, faz-se um desafio notável o estabelecimento, com a posterior padronização dos deveres gerais, uma vez que a Autoridade Nacional de Proteção de Dados ainda não está vigente. Assim, os papéis de intérprete da LGPD, fiscal de atividades de tratamento de dados, implementador de políticas protetivas e medidas de segurança, como de *compliance*, ficam prejudicados até que esse órgão entre em vigor no ordenamento brasileiro,

Em conclusão, faz-se essencial que as atividades de tratamento de dados conciliem-se com os direitos fundamentais dos cidadãos, de tal forma que seja afastada a (1) possibilidade de uma vigilância totalitária, a fim de fomentar o (2) empoderamento do indivíduo pela solidariedade global. Assim, poder-se-á garantir a formação de uma cultura digital em torno da autonomia determinativa para o engendramento de uma cultura digital.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 jul. 2020.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 19 jul. 2020.

BRASIL. **Lei 12.414, de 9 de junho de 2011**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112414.htm. Acesso em: 19 jul. 2020.

BRASIL. **Lei 12.737, de 30 de novembro de 2012**. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112737.htm. Acesso em: 19 jul. 2020.

BRASIL. **Lei 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 19 jul. 2020.

BRASIL. **Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 19 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 19 jul. 2020.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede. A era da informação: economia, sociedade e cultura.** São Paulo: Paz e Terra, 2013.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Jornada de Direito Civil I**, enunciado aprovado. AGUIAR, Ministro Ruy Rosado de. (Org.). Brasília: Conselho da Justiça Federal. Centro de Estudos Judiciário, 2002

DRESCH, Rafael de Freitas Valle.; FALEIROS JUNIOR, José Luiz de Moura. Reflexões sobre a responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018). In: ROSENVALD, Nelson; WESENDONCK, Tula; DRESCH, Rafael. (Org.). **Responsabilidade Civil Novos Riscos.** Indaiatuba: Foco Jurídico Ltda., 2019, v. 1, p. 65-90.

DRESCH, Rafael. A especial responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados. **Migalhas.** 2 jul. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/330019/a-especial-responsabilidade-civil-na-lei-geral-de-protecao-de-dados> Acesso em: 19 jul. 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil (volume 3).** Salvador: JusPodivm, 2016.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2013.

GHISI, Silvano. Responsabilidade Civil em matéria de proteção a dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Jurídica**, Pato Branco, FADEP, v. 2, n. 3, p. 273-288, set. 2018. Disponível em: <http://revistajuridica.fadep.br/index.php/revistajuridica/article/view/80>. Acesso em: 20 jul. 2020.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Término do tratamento de dados. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 231.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática.** Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HARARI, Yuval Noah. Yuval Harari sobre coronavírus: humanidade não voltará a ser como antes. **Diálogos do Sul.** 31 mar. 2020. Disponível em: <https://dialogosdosul.operamundi.uol.com.br/analise/63869/yuval-harari-sobre-coronavirus-humanidade-nao-voltara-a-ser-como-antes>. Acesso em: 19 jul. 2020.

KAUNERT, Jane; HANG, Cristina. Dos agentes de tratamento de dados. **Comissão de Direito Digital, Tecnologia e Inteligência Artificial.** OAB-SP, Comentários à lei Geral de Proteção de Dados, p. 88-106, jan. 2020.

MARTINS, Guilherme Magalhães; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. Segurança, boas práticas, governança e compliance. In: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coord.). **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados: Lei n. 13.709/2018, com alteração da Lei n. 13.853/2019.** São Paulo: Almedina, 2020, p. 364-365.

MARTINS, Guilherme Magalhães; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. Compliance digital e responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; ROSENVALD, Nelson (Org.). **Responsabilidade Civil e Novas Tecnologias**. Indaiatuba: Foco Jurídico Ltda., 2020, p. 263-297.

MENDES, Laura. Schertel.; DONEDA, Danilo. Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Editora RT, v. 120, p. 469-483, nov-dez, 2018. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/biblioteca/conteudo-revistas-juridicas/revista-de-direito-do-consumidor/2018-ano-27-v-120-nov-dez>. Acesso em: 09 jul. 2020.

MORAES, Maria Celina Bodin de.; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Redes sociais virtuais: privacidade e responsabilidade civil. Análise a partir do Marco Civil da Internet. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 22, n. 1, p. 108-146, jan/abr.2017. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/6272>. Acesso em: 20 jul. 2020.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. A LGPD e o fundamento da responsabilidade civil dos agentes de tratamento de dados pessoais: culpa ou risco? **Migalhas**. 30 jun. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/329909/a-lgpd-e-o-fundamento-da-responsabilidade-civil-dos-agentes-de-tratamento-de-dados-pessoais-culpa-ou-risco>. Acesso em: 20 jul. 2020.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais: uma análise à luz da Lei Geral de Proteção de Dados. **Revista Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 19, n. 3, p. 159-180, set.-dez. 2018. Disponível em: <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1603>. Acesso em: 13 jul. 2020.

REIS, Émilien Vilas Boas; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. O meio ambiente digital e o direito à privacidade diante do Big Data. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 17, n. 37, p. 145-167, jan.-abr. 2020. Disponível em: <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/1795>. Acesso em: 09 jul. 2020.

WITKER, Jorge. **Como elaborar una tesis en derecho: pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del derecho**. Madrid: Civitas, 1985.

ZUBOFF, Shoshana. **The Age of Surveillance Capitalism**. New York, PublicAffairs, 2019.

O INSTITUTO DO ÔNUS DA PROVA NA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICO/HOSPITALAR

9

Pâmela Azevedo Ferreira dos Santos

Rafaella Ferreira Pacheco

Sumário: 1. Considerações iniciais; 2. Análise da responsabilidade civil médico/hospitalar no Brasil; 3. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor na atividade médica; 4. O ônus da prova no Direito Processual Civil; 5. A inversão do ônus da prova na responsabilidade civil médico/hospitalar; 6. Considerações finais; Referências.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O direito à saúde é uma garantia fundamental e que deve ser entendida à luz da Constituição, de maneira que não é possível versar sobre a dignidade da pessoa humana, um dos pilares da democracia e da constitucionalização, sem tratar desse direito, uma vez que um indivíduo somente será capaz de viver com plenitude e poder usufruir de seus outros direitos com dignidade, se a sua saúde estiver preservada. Dessa forma, é dever do Estado oferecer atendimento médico de qualidade para toda a população, observando o princípio da isonomia e da gratuidade do serviço, o que ocorre em nossa sociedade, por meio do Sistema Único de Saúde (SUS), que apesar de apresentar problemas relacionados à falta de investimento governamental, cumpre seu papel satisfatoriamente.

Nesse diapasão, insere-se a responsabilidade civil, um importante desmembramento do Direito Civil Brasileiro, que atua no sentido de buscar reparar o dano que uma pessoa possa vir a causar em outra.

Quanto à responsabilidade civil, pode-se compreender como um instrumento jurídico que obriga um infrator a ressarcir um dano causado a outrem. Há a pressuposição de um prejuízo a terceiro que gera o dever de reparar, por isso, é necessário identificar a conduta geradora do dano e da obrigação de reparação.¹

¹ NOGUEIRA, Caroline Barbosa Contente; LIMA, Cyntia Costa de; ALMEIDA, Roger Luiz Paz de. A RESPONSABILIDADE CIVIL QUANTO AO DANO AMBIENTAL POR ÁGUA DE LASTRO. **Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**, Belo Horizonte, v.17, n. 37, p. 360, jan./abr. 2020.

Por conseguinte, a responsabilidade civil decorrente da ação do médico frente ao paciente apresenta-se como um importante tema a ser estudado em razão da relevância do direito à saúde no Brasil e no mundo e também pelos questionamentos processuais e civis oriundos de tal responsabilização referentes ao seu caráter objetivo ou subjetivo, a natureza da profissão, o ônus da prova e seus desdobramentos. Assim, o tema do presente artigo envolve a análise do instituto do ônus da prova na responsabilidade civil médico/hospitalar, utilizando-se como base a doutrina e jurisprudência civilista e processual brasileira.

Diante do exposto, verifica-se como problema da referida pesquisa, responder ao seguinte questionamento: como, processualmente, atua o ônus da prova diante da responsabilidade civil médico/hospitalar? Para responder ao problema proposto, destacam-se as seguintes hipóteses: Apresentar os tipos de responsabilidade civil existentes no ordenamento jurídico brasileiro; Analisar a responsabilidade civil médico/hospitalar no Brasil; Dissertar sobre as excludentes de nexo causal relacionadas à responsabilidade civil; Expor hipóteses em que se discutirá a responsabilidade civil no âmbito da relação médico/paciente; Investigar a respeito da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor na atividade médica; Discutir sobre o instituto do ônus da prova no Direito Processual Civil; Discorrer sobre a inversão do ônus da prova no que tange à responsabilidade civil médico/hospitalar. Para tanto, utiliza-se como metodologia para a pesquisa, a abordagem qualitativa, pelo método hipotético-dedutivo, através da técnica de pesquisa bibliográfica.

2. ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICO/HOSPITALAR NO BRASIL

A atividade do médico e dos hospitais situados no Brasil, assim como todas as ações capazes de gerar dano, estão sujeitos à responsabilização, a depender do caso, civil ou criminal que a Lei determina. No que tange ao estudo em questão, analisar-se-á as situações em que a responsabilidade no âmbito civil poderá ser discutida e quais são os tipos de responsabilidade as quais poderão ser atribuídas aos médicos, aos hospitais ou aos dois de maneira solidária, da mesma forma que serão apontados os elementos mais importantes de investigação quando se trata da responsabilização civil e suas consequências.

A doutrina subdivide a responsabilidade civil em duas espécies principais: a objetiva e a subjetiva. A responsabilidade objetiva pauta-se na teoria do risco, de maneira que, a vítima, uma vez comprovado o dano e o nexos de causalidade, deve ser indenizada independentemente de aferição de culpa por parte do ofensor. Por outro lado, a

responsabilidade subjetiva determina que o autor do dano somente deverá ser responsabilizado e conseqüentemente indenizar a vítima ou reparar o dano, caso seja comprovada culpa *lato sensu* por parte dele. Dessa forma, deve ter agido com dolo ou culpa *strictu sensu*: negligência, imprudência ou imperícia no caso em questão. Por conseguinte, o instituto da responsabilidade civil no Direito Brasileiro advém de previsão constante no art. 186 do Código Civil, que determina: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”²

Nesse sentido, é possível afirmar que a responsabilidade dos médicos é subjetiva, uma vez que o art. 951 do Código Civil estabelece que a indenização devida por aquele que exerce a atividade profissional e eventualmente causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho, deve ser aferida com a verificação de negligência, imprudência ou imperícia, de maneira que, demonstra-se imprescindível a verificação da culpa na responsabilização médica. Outro dispositivo que também corrobora com essa premissa, encontra-se previsto no Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 14, § 4º, porém tal normal será melhor desenvolvida em tópico posterior.

Ademais, será excluída a responsabilidade do médico caso, como citado anteriormente, não houver a aferição de culpa ou se restar comprovado a incidência das excludentes denexo causal. São elas: a culpa exclusiva da vítima, culpa exclusiva de terceiro ou fato de terceiro, caso fortuito e a força maior. No que se refere ao caso fortuito e a força maior, a doutrina não é majoritária no entendimento da existência de diferença prática entre eles, entretanto, para o estudioso de Direito Civil, Flávio Tartuce, caso fortuito seria um “evento totalmente imprevisível decorrente de ato humano ou de evento natural. Já a força maior constitui um evento previsível, mas inevitável ou irresistível, decorrente de uma ou outra causa”.³

Por conseguinte, no contexto da Medicina, caso fortuito apresenta-se como sendo, por exemplo, a eventualidade de uma forte chuva que derruba uma árvore e acaba atingindo um paciente que estava sendo transportado para o hospital, mas que já tinha recebido os primeiros atendimentos por um médico na ambulância. A força maior poderia ocorrer, por exemplo, com a insurgência de uma infecção, que saiu fora de controle e acabou matando o paciente, uma vez que a infecção hospitalar pode ser considerada um evento previsível, visto

² BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, 11 jan. 2002.

³ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. Direito das obrigações e responsabilidade civil. 11 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 455.

que as pessoas internadas, normalmente estão com o sistema imunológico mais debilitado, de maneira que algumas bactérias benignas, presentes no corpo de todas as pessoas, podem acabar se tornando malignas e oferecendo um risco aos pacientes, sendo impossível garantir 100% de segurança contra essas eventualidades em um hospital. Entretanto, caso a atitude do médico no tratamento do paciente tenha sido correta, assim como todas as ações do hospital e mesmo assim a infecção ocasionou a morte do paciente, que teve todo o suporte, não há que se falar em responsabilização.

Existe também a culpa exclusiva da vítima, que se caracteriza por exemplo, quando o paciente em pós-operatório não segue as recomendações médicas e acaba sofrendo um dano em virtude disso, nessas situações fica claro que o resultado prejudicial somente se deu em razão de culpa exclusiva da vítima, que não observou com cautela as recomendações prestadas. Contudo, a culpa nesse caso, pode ocorrer de forma concorrente, de maneira que cada uma das partes na relação pode ter agido de uma forma que revelou-se capaz de influenciar no resultado danoso. À vista disso, Sílvio Rodrigues afirma que tal situação apresentada ocorre quando identifica-se:

Casos em que existe culpa da vítima, paralelamente à culpa concorrente do agente causador do dano. Nessas hipóteses o evento danoso decorreu tanto do comportamento culposos daquela, quanto do comportamento culposos deste. Por conseguinte, se houver algo a indenizar, a indenização será repartida entre os dois responsáveis, na proporção que for justa.⁴

Por fim, a culpa exclusiva de terceiro ou fato de terceiro é uma causa que exclui a responsabilidade e que se assemelha à culpa exclusiva da vítima, pois ela verifica-se quando um terceiro estranho à relação médico paciente e que não possui nenhuma relação com o médico em questão, age de maneira à provocar lesão ao paciente, quebrando o nexo de causalidade entre a conduta que provocou o dano e o agente, uma vez que não foi o médico que agiu de maneira culposa.

Isto posto, destacam-se algumas situações em que será investigada a responsabilidade médico/hospitalar no âmbito do Direito Civil Brasileiro. Inicialmente, vale destacar que o direito à saúde é uma garantia fundamental prevista na Constituição que deve ser observada a todo momento, uma vez que podem necessitar de assistência à qualquer instante. Nesse sentido, os plantões médicos mostram-se essenciais para a contínua prestação do Sistema de Saúde. Nesse âmbito, o seu cumprimento por parte dos médicos escalados é obrigatório, visto que, em caso de omissão a esse dever, o hospital acabará sendo responsabilizado pela indenização perante o paciente, em caso de dano decorrente da falta de

⁴ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**, Volume IV. 19 Ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 166.

médicos em plantão. Nesse sentido, o Código de Ética Médica (CEM) estabelece em seu art. 9º, que é vedado ao médico:

Deixar de comparecer a plantão em horário preestabelecido ou abandoná-lo sem a presença de substituto, salvo por justo impedimento.
Parágrafo único. Na ausência de médico plantonista substituto, a direção técnica do estabelecimento de saúde deve providenciar a substituição.⁵

Ademais, mesmo se as solicitações de internação forem maiores que a capacidade física do hospital ou da quantidade regular de médicos plantonistas, a administração deve convocar outros profissionais e dar o primeiro atendimento às vítimas e em seguida encaminhá-las a um local com melhores condições para prestar suporte à pessoa carente, de maneira que a completa omissão por parte do hospital ou de seus funcionários importará negligência, com as consequências cíveis cabíveis. Seria até mesmo possível a atribuição do crime previsto no art. 135 do Código Penal, ao médico plantonista que recusar atendimento à pessoa necessitada, sob a justificativa de falta de vagas na instituição, o que mesmo se for verdadeiro, não exime a obrigação do profissional de atender a vítima.

Outra situação em que haverá responsabilidade são nos casos dos chamados erros médicos. Tais situações são definidas pelo Código de Ética Médica, em seu Art. 1º, o qual estabelece que é vedado ao médico: “Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência.”⁶ Dessa forma, caso o médico cause dano ao paciente e esteja presente o elemento culpa, estará caracterizado o erro. Nessas circunstâncias, quando há dúvida quanto à quem teve a conduta culposa que ensejou o dano, se foi o médico ou o hospital, ambos deverão ser responsabilizados, de maneira solidária. Entretanto, cada um terá o direito de exercer o direito de regresso, caso se verifique comprovado a culpa exclusiva de algum deles.

Por fim, no que tange ao dano resultante do contágio de lixo hospitalar, a Administração do hospital tem a obrigação de acondicionar e dar o destino correto para esses materiais. Porém, uma vez retirados das dependências do hospital pelo poder público competente, a responsabilidade passa a ser do Município transportador, de modo que a eventual condenação levará em conta a culpa objetiva. Da mesma forma, a chamada infecção hospitalar pode dar ensejo a uma ação de responsabilização do médico ou do hospital, visto que esse tipo de agravo na saúde do paciente pode se dar em razão de uma conduta médica

⁵ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM - Brasil). **Código de ética médica**. Resolução nº 2.217, de 27 de setembro de 2018. Brasília, 2019, p. 21-22.

⁶ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM - Brasil). **Código de ética médica**. Resolução nº 2.217, de 27 de setembro de 2018. Brasília, 2019, p. 21.

incorreta ou o descumprimento por parte do hospital de cuidados profiláticos de rotina, como a esterilização adequada dos instrumentos utilizados. Por conseguinte, deverá ser feita a análise judicial da prova produzida para a aferição de culpa e para que reste comprovado que aquela infecção se deu em virtude de atitude do médico ou do hospital e não em razão de eventualidade imprevisível.

3. APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NA ATIVIDADE MÉDICA

A problemática referente à incidência ou não do Código de Defesa do Consumidor nas relações entre médico e paciente são controvérsias. A doutrina e jurisprudência ainda não possui entendimento pacificado no sentido de considerar ou não a atividade exercida pelo médico como de consumo. Por isso, será apresentado nessa dissertação os posicionamentos em ambos os sentidos.

Aqueles que entendem não ser possível a incidência do CDC, atribuem a atividade do médico ao trabalho autônomo, reputando à eles a categoria de profissionais liberais. Dessa forma, para delimitar o que seja esse profissional, Fernando Antônio Vasconcelos define que tal classe:

[...] é aquela que se caracteriza pela inexistência, em geral, de qualquer vinculação hierárquica e pelo exercício predominantemente técnico e intelectual de conhecimentos especializados, concernentes a bens fundamentais do homem, como a vida, a saúde, a honra, a liberdade.⁷

Nota-se que tal conceituação encaixa-se no trabalho desenvolvido pelos médicos. Nesse sentido, o CDC em seu art. 14, que trata sobre a responsabilidade do fornecedor de serviços, § 4º, trás uma importante determinação no que tange à esses profissionais, determinando que: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.”⁸

Esse dispositivo é relevante pois deixa claro que a responsabilidade do profissional da Medicina é subjetiva, sendo necessária a aferição de culpa para a sua condenação, assim como foi exposto anteriormente. Por conseguinte, o Magistrado aposentado e Professor de Direito Civil da Universidade de Uberada, Jurandir Sebastião destaca que:

⁷ VASCONCELOS, Fernando Antônio de. **Responsabilidade do Profissional Liberal nas Relações de Consumo**. Curitiba: Juruá, 2003. p.17.

⁸ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 11 set. 1990.

Em resumo, como tema jurídico, o trato da saúde jamais se encaixa na classificação de *atividade de risco*, muito menos como estrita *relação de consumo*, para os fins de reparação judicial, tanto porque a relação médico/paciente caracteriza-se por permanente *continuidade*, mercê da *singularidade* de cada pessoa humana em sua existência temporal, como porque essa relação tem caráter e importância *transnacional*.⁹

Não obstante esse entendimento, há ainda aqueles que consideram ser a relação do médico com o paciente uma relação de consumo, uma vez que a atividade ofertada pelo médico pode ser considerada uma prestação de serviço, da qual o paciente é o destinatário final. Dessa forma, destaca-se que os serviços médicos podem ser vistos como uma atividade fornecida ao mercado, assim como outras as quais atribui-se a relação consumerista, entretanto, cumpre salientar que ela somente pode ser considerada dessa maneira se for remunerada.

Por isso, deve-se realizar a distinção entre as atividades de meio e as de resultado, para que a apuração da responsabilidade médica seja precisamente delimitada, uma vez que, as atividades regidas pelo Código de Defesa do Consumidor possuem responsabilidade, via de regra, objetiva. Nesse diapasão, as obrigações de meio são caracterizadas como sendo aquelas em que os profissionais devem se utilizar de todos os artifícios disponíveis para obterem o melhor desempenho possível naquilo em que se propõem. Não sendo viável nesses casos que o profissional garanta algum resultado, mas apenas que utilizará dos seus melhores esforços para atingi-lo.

Por outro lado, as obrigações de resultado consideram-se cumpridas quando um resultado claro e definido é alcançado. Nesse sentido, Caio Mário da Silva Pereira expõe que: “Nas obrigações de resultado a execução considera-se atingida quando o devedor cumpre objetivo final”¹⁰. Isto posto, é possível perceber que a atividade desenvolvida pelos médicos, via de regra, é correspondente à uma obrigação de meio, visto que os profissionais da Medicina devem no exercício da sua profissão empregar todos os esforços disponíveis para propiciar o melhor atendimento ao paciente. Contudo, seria impossível garantir o resultado satisfatório de algum tratamento ou a cura da doença que acomete o paciente.

No entanto, existem alguns procedimentos médicos, que se enquadram na obrigação de resultado, como as cirurgias estéticas voluntárias. É possível fazer essa correlação, pois trata-se de intervenção desnecessária no âmbito da saúde preventiva e de tratamento, pautada eminentemente no resultado desejado. Nessa perspectiva,

⁹ SEBASTIÃO, Jurandir. RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICO/HOSPITALAR E O ÔNUS DA PROVA. *Revista Jurídica UNIJUS*, Uberaba – MG, v. 9, n. 11, nov. 2006, p. 16.

¹⁰ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Teoria Geral Das Obrigações*, vol. II, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1993, p. 214.

cumpra ao médico deixar de atender ao paciente, quando sabe ser *impossível* ou contra-indicado realizar o seu desejo. E, se *possível* e indicado, *informar*, exaustivamente, o percentual dos *riscos* de complicação, para que o paciente não se surpreenda com eventual insucesso. Se o médico sabe não ser possível atender ao desejo do paciente insatisfeito com o próprio corpo e, mesmo assim, assume o compromisso de fazer a cirurgia, estará agindo com alheamento ou com má-fé.¹¹

À vista disso, considerando que a maioria das obrigações assumidas por médicos são de meio, caso o paciente sinta-se lesado é necessário que demonstre a culpa do profissional, de maneira a apontar e comprovar que ele no exercício do seu trabalho não foi diligente no atendimento ao paciente, sem empregar todos os meios adequados à atividade médica e por isso, o resultado danoso ocorreu. Tal ideia corrobora com determinação constante no art. 14, § 4º do CDC, uma vez que a aferição de culpa, na maioria dos casos, é necessária, atribuindo, portanto, o caráter de profissional liberal à classe médica.

4. O ÔNUS DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

O instituto do ônus da prova é um instrumento processual brasileiro, o qual é utilizado para caracterizar a situação de uma pessoa em um processo que possui o encargo de trazer elementos que se mostrem capazes de certificar ou comprovar uma alegação. Tal instituto encontra-se previsto no artigo 373 do Código de Processo Civil, o qual dispõe que:

O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.¹²

¹¹ SEBASTIÃO, Jurandir. RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICO/HOSPITALAR E O ÔNUS DA PROVA. *Revista Jurídica UNIJUS*, Uberaba – MG, v. 9, n. 11, nov. 2006, p. 18-19.

¹² BRASIL. Código de Processo Civil (2015). Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*. Brasília, 16 mar. 2015.

Dessa forma, esse dispositivo determina que o ônus, ou seja o encargo, de provar o fato alegado no processo cabe ao autor, quando constitutivo do seu direito ou ao réu, quando ele alegar à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, salvo os casos de inversão do ônus da prova por atribuição do juiz ou por convenção das partes.

No primeiro caso, o encargo de provar os pressupostos fáticos do direito material é do autor, quando, na contestação, o réu apresentar uma defesa de mérito direta, isto é, quando ele apenas nega o fato constitutivo do direito do autor. Por outro lado, no caso do réu alegar uma defesa de mérito indireta - fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor -, o *onus probandi* é deslocado, pois “o réu implicitamente admite como verídico o fato básico da petição inicial, ou seja, aquele que causou o aparecimento do direito que, posteriormente, veio a sofrer as consequências do evento a que alude a contestação”¹³.

Segundo Humberto Theodoro o ônus da prova é uma “conduta processual exigida da parte para que a verdade dos fatos por ela arrolados seja admitida pelo juiz”¹⁴. Ou seja, a parte que alega o fato toma para si o encargo de prová-lo sob pena de perder a causa. Nesse sentido, o autor comenta:

No ônus da prova, portanto, verifica-se um aspecto de “regra de decisão”, qual seja, evitar o *non liquet* (recusa de julgar). Por meio desse mecanismo processual, impede-se que a causa se encerre sem julgamento por falta de prova. Decide-se o mérito, segundo a regra do *onus probandi*, desprezando-se a alegação de quem não provou o fato que lhe competia comprovar. Assim, o inaceitável *non liquet* (não julgamento) se transforma num *liquet* (julgamento do litígio) contra a parte que descumpriu a regra legal de distribuição dos encargos probatórios.¹⁵

Portanto, mesmo no caso de não haver provas suficientes, haverá sentença de mérito em desfavor da parte que tinha o ônus de provar o fato em razão da regra do *onus probandi*. No entanto, há de se falar no entendimento de que esse mecanismo de julgamento não é regra, e sim exceção, uma vez que, de acordo com o entendimento do doutrinador Humberto Theodoro Júnior:

Essa regra de julgamento, todavia, é *eventual e subsidiária*, ou seja, não é de aplicação necessária ou obrigatória pelo simples fato de a parte onerada não ter produzido a prova que lhe tocava. A regra fundamental é que a sentença de mérito será pronunciada segundo os fatos provados nos autos, de modo que, mesmo não tendo sido cumprido o *onus probandi*, ainda assim, poderá o julgamento ser favorável a quem nenhum esforço probatório efetivou. Existindo nos autos elementos reveladores da verdade do fato básico de apoio da versão defendida pelo

¹³ JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum vol. I. 56 ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 1294, 2015

¹⁴ JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum vol. I. 56 ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 1288, 2015

¹⁵ JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum vol. I. 56 ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 1289, 2015

litigante omissa, a sentença, ainda assim, será pronunciada em seu favor. A prova a que se vincula o juiz para decidir o mérito da causa é aquela existente nos autos, pouco importando quem a tenha carreado para o processo. A prova, uma vez presente nos autos, não é dessa ou daquela parte; é do processo, e como tal terá de ser conhecida e avaliada, em sua força de convencimento, pelo órgão judicial sentenciante.¹⁶

Ou seja, conforme o exposto, o juiz julgará de acordo com o conjunto das provas, caso estas o convençam, independentemente de quem tem o encargo do ônus da prova. Já em relação à natureza do ônus da prova, Humberto Theodoro afirma que é uma norma de natureza mista, pois ultrapassa o direito processual atingindo também o direito material, tendo em vista a necessidade da vinculação das provas com normas do direito material específico, conforme o seguinte:

A conclusão acerca do tema do ônus da prova, embora cogitado no direito processual de forma expressa e direta, é que suas regras não são exclusivas nem do direito material nem do direito processual. Trata-se de normas de natureza mista, uma vez que, embora sua aplicação ocorra no processo, têm vínculo indissociável com o direito substancial. Afinal, a prova reclamada pelo processo refere-se a *atos jurídicos*, cuja regulação pertence ao direito material.¹⁷

Por fim, além dos casos de conversão das partes, o §1º prevê a possibilidade de o juiz distribuir o ônus da prova de modo diverso, nos casos em que haja impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o encargo, ou quando haja facilidade da outra parte em cumpri-lo, salvo se criar uma impossibilidade ou uma extrema dificuldade para a parte.

5. A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICO/HOSPITALAR

Para tratar da inversão do ônus da prova na responsabilidade civil médica é necessário analisar qual a lei aplicável, se o Código de Defesa do Consumidor, o qual nesse caso considera a relação entre o médico e o paciente como uma relação de consumo, ou se o Código de Processo Civil, que considera tal relação, apenas um vínculo entre particulares. Essa responsabilidade foi tratada, no artigo 14, §4º, do Código de Defesa do Consumidor, de forma diferenciada, de modo que, caberia ao autor provar a culpa do médico, ao contrário da regra geral prevista, que determina a responsabilidade objetiva.

¹⁶ JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum vol. I. 56 ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 1292, 2015

¹⁷ JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum vol. I. 56 ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 1290, 2015

A priori, para a melhor compreensão do tema, é necessário conceituar o profissional liberal. Para Mirella d'angelo Caldeira, o profissional liberal é definido por cinco elementos, sendo eles: “1. conhecimento técnico (científico e/ou manual) sobre certa profissão; 2. conhecimento atestado por meio de um diploma, conferido por uma escola capacitada; 3. profissão regulamentada, 4. livre exercício da atividade, e; 5. relação *intuitu personae*.”¹⁸

As quais podem se encontrar presentes na atividade desempenhada pelo médico, sendo esse último aspecto da relação, o *intuitu personae*, passível de questionamento, uma vez que, no que se refere ao serviço de saúde pública ofertado para a população, muitas vezes não se é oferecido ao paciente a possibilidade de escolha daquele que irá atendê-lo, assim como nos casos em que lida-se com a urgência, não é possível escolher previamente o médico que irá exercer aquela função, de maneira que qualquer médico habilitado poderia executá-la, descaracterizando o *intuitu personae*.

Ademais, a medicina é uma profissão regida pela lei nº 12.842 de 2013, assim, o artigo 6º dessa norma dispõe que:

Art. 6º A denominação ‘médico’ é privativa do graduado em curso superior de Medicina reconhecido e deverá constar obrigatoriamente dos diplomas emitidos por instituições de educação superior credenciadas na forma do art. 46 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), vedada a denominação ‘bacharel em Medicina’.¹⁹

Com base nisso, reconhecemos os três primeiros elementos da definição de profissional liberal: o conhecimento técnico atestado por meio de um diploma e a regulamentação da profissão. Já os elementos do livre exercício da atividade e da relação *intuitu personae* são passíveis de questionamento, uma vez que, no que se refere ao serviço de saúde público ofertado para a população, muitas vezes não se é oferecido ao paciente a possibilidade de escolha daquele que irá atendê-lo, assim como nos casos em que lida-se com a urgência, em que não é possível escolher previamente o médico que irá exercer aquela função, de maneira que qualquer médico habilitado poderia executá-la, descaracterizando o *intuitu personae*. Contudo, tais aspectos são importantes apenas para a definição da responsabilidade civil do Médico e, caso houver, da pessoa jurídica em que o médico possui vínculo empregatício, conforme o entendimento de Mirella d'angelo Caldeira:

¹⁸ CALDEIRA, Mirella D'Angelo. A responsabilidade civil dos profissionais liberais com o advento do código de defesa do consumidor. **Revista da faculdade de direito**: São Paulo, v. 1, n. 1, p. 310-323, 2004.

¹⁹ BRASIL. Lei n. 12.842, de 10 julho de 2013. Dispõe sobre o exercício da Medicina. **Diário Oficial da União**. Brasília, 10 jul. 2013.

Como se vê, a distinção entre profissional liberal pessoa física e profissional liberal com vínculo empregatício somente é importante para fins de delimitação da relação jurídica processual que poderá se formar. Como a pessoa jurídica assume o risco de suas atividades, ela sempre figurará no pólo passivo da demanda, respondendo pelos atos de seus prepostos. Porém, o profissional liberal sem vínculo empregatício assume sozinho o risco do exercício de suas atividades, sendo apenas ele o legitimado passivo na ação de reparação de danos.²⁰

Portanto, ocorre que, mesmo inexistentes esses dois elementos, o médico ainda sim seria considerado profissional liberal, e, nesse caso, a pessoa jurídica na qual o médico possui vínculo empregatício, responderia em caso de erro médico objetivamente, em razão da teoria do risco. Nesse sentido, são dois os entendimentos acerca das consequências do §4º do artigo 14 do CDC. A primeira determina que as regras da inversão do ônus da prova do CDC não se aplicam ao profissional liberal. Nesse caso, restaria aplicar as normas de distribuição diversa do ônus da prova prevista no CPC. No entanto, entende-se que esse dispositivo se limitou a prever que os profissionais liberais responderiam subjetivamente, não afastando a incidência da norma consumerista. Isso, porque a relação de consumo, não foi descaracterizada, portanto, as regras do CDC continuam sendo aplicadas aos profissionais liberais, mesmo tendo responsabilidade subjetiva.

O segundo entendimento parte deste mesmo pressuposto. Apesar da divergência, o entendimento que se mostra mais pertinente é o de que a relação do médico com o paciente é uma relação de consumo, em que o médico é o fornecedor de um serviço, que atua de forma profissional, e o paciente é o consumidor final desse serviço. O CDC traz, como regra geral, a responsabilidade objetiva, mas, por ser um profissional liberal, o médico entra na exceção dessa regra, o que não descaracteriza a relação de consumo. Portanto, seria possível a aplicação das regras do Código de Defesa do Consumidor, inclusive no que tange à inversão do ônus da prova.

Nesse caso, os requisitos para a aplicação do instituto da inversão do ônus da prova são diferenciados do previsto no CPC. O artigo 6º, inciso VIII, do CDC dispõe que:

a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;²¹

Ou seja, essa inversão não é automática, pois deve ficar caracterizada a verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência do consumidor²².

²⁰ CALDEIRA, Mirella D'Angelo. A responsabilidade civil dos profissionais liberais com o advento do código de defesa do consumidor. *Revista da faculdade de direito*: São Paulo, v. 1, n. 1, p. 310-323, 2004.

²¹ BRASIL. Código de Defesa do Consumidor (1990). Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 11 set. 1990.

²² Hipossuficiência é a impossibilidade de produção de provas técnicas durante a instrução processual.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo da pesquisa, constatou-se que o tema referente à responsabilidade civil médico/hospitalar se encontra ainda muito relevante no cenário jurídico brasileiro, visto que muitas discussões ainda são travadas no que tange às hipóteses de responsabilização e da incidência ou não do Código de Defesa do Consumidor nas relações entre médico e paciente que são levadas ao judiciário. Nesse sentido, destaca-se a importância da atividade desenvolvida pelos médicos e hospitais para a manutenção do direito à saúde de todos, corroborando com a observância do direito básico à plena dignidade, aspecto essencial de ser contemplado em um Estado Democrático de Direito.

Diante disso, atribui-se, via de regra, a responsabilidade subjetiva no que tange aos médicos, de maneira que a aferição de culpa *lato sensu* deve ser constatada para que eles sejam efetivamente condenados, existindo exceções como quando se verifica a existência de obrigações de resultado no âmbito médico, a exemplo das cirurgias estéticas. Além disso, analisou-se o instituto do ônus da prova inserido nesse contexto, de maneira que foi possível perceber a possibilidade de aplicação da inversão desse ônus no que se refere à responsabilização dos médicos, a partir da interpretação do Código de Defesa do Consumidor aplicado à relação médico/paciente e também levando-se em consideração a maior dificuldade da vítima em produzir provas no âmbito da Medicina para demonstrar a culpa do médico ou do hospital, cabendo à eles, réus na ação, a produção de provas que cerifiquem que agiram de maneira correta e proba.

Porém, em razão de divergência jurisprudencial e doutrinária em relação ao tema, outros entendimentos são aplicados cotidianamente, de modo que a presente pesquisa não tem como objetivo adotar uma posição concreta, mas sim, expor os aspectos relevantes de cada temática visando esclarecer os pontos discutidos na esfera hodierna e apontar os dissensos, utilizando-se para isso, da processualística constitucional brasileira.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 10 nov. 2020.

BRASIL. Lei n. 12.842, de 10 julho de 2013. Dispõe sobre o exercício da Medicina. **Diário Oficial da União**. Brasília, 10 jul. 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12842.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20exerc%C3

%ADcio%20da,eu%20sanciono%20a%20seguite%20Lei%3A&text=1%C2%BA%20O%20exerc%C3%ADcio%20da%20Medicina%20%C3%A9%20regido%20pelas%20disposi%C3%A7%C3%B5es%20desta%20Lei.. Acesso em: 10 nov. 2020.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, 16 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 10 nov. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 10 nov. 2020.

CALDEIRA, Mirella D'Angelo. A responsabilidade civil dos profissionais liberais com o advento do código de defesa do consumidor. **Revista da faculdade de direito**: São Paulo, v. 1, n. 1, 2004. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-metodista/index.php/RFD/article/view/497/495>. Acesso em: 02 out. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM - Brasil). **Código de ética médica**. Resolução nº 2.217, de 27 de setembro de 2018. Brasília, 2019.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum vol. I. 56 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. A distribuição dinâmica do ônus da prova trabalhista e o privilégio do juiz na fixação do sentido normativo. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, Belo Horizonte, n.35, p.13-25, maio/ago. 2018. Disponível em: <http://http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2018/12/DIR35-01.pdf>. Acesso em: 29 set. 2020.

NOGUEIRA, Caroline Barbosa Contente; LIMA, Cyntia Costa de; ALMEIDA, Roger Luiz Paz de. A RESPONSABILIDADE CIVIL QUANTO AO DANO AMBIENTAL POR ÁGUA DE LASTRO. **Veredas do Direito**: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável, Belo Horizonte, v.17, n. 37, p. 360, jan./abr. 2020.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Teoria Geral Das Obrigações**, vol. II, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1993.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**, Volume IV. 19 Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SEBASTIÃO, Jurandir. RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICO/HOSPITALAR E O ÔNUS DA PROVA. **Revista Jurídica UNIJUS**, Uberaba – MG, v. 9, n. 11, nov. 2006.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. Direito das obrigações e responsabilidade civil. 11 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VASCONCELOS, Fernando Antônio de. **Responsabilidade do Profissional Liberal nas Relações de Consumo**. Curitiba: Juruá, 2003.

RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL: INTERFACE COM O DIREITO PRIVADO NA ANÁLISE DA TEORIA DO RISCO INTEGRAL NO CONTEXTO DE PANDEMIA

10

Cleison Rodrigues de Souza

Isabela Vaz Vieira

Sumário: 1. Considerações iniciais; 2. A teoria do risco integral e seus impactos na seara ambiental; 3. A responsabilidade civil e a responsabilidade civil pelo dano ambiental: breves comentários; 4. Reflexões acerca da aplicação da teoria do risco integral no contexto do coronavírus; 5. Considerações finais; Referências.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Nos tempos hodiernos, inúmeras transformações são verificadas na sociedade em razão da pandemia de coronavírus. Perlustrando por esses trilhos, importante se faz analisar, juridicamente, a taxionomia do coronavírus, a fim de que se torne possível examinar, pormenorizadamente, seus efeitos e consequências. Impende salientar, preliminarmente, que, conforme aponta a Organização Mundial da Saúde, os coronavírus são zoonóticos, isto é, são disseminados de animais para indivíduos e, por essa afirmativa, é possível indicar que mudanças no comportamento antrópico, influenciando o meio ambiente natural, corroboraram para a transmissão de doenças que antes estava adstrita a natureza distante.

Nesse sentido, ressalta-se o preconizado por Délton Winter de Carvalho ¹, ao afirmar a formação dos desastres biológicos e a proximidade do coronavírus com a referida natureza. Em outras palavras, a pandemia envolve um contexto de causas e consequências de elevadas dimensões, ensejando modificações radicais no meio e, conseqüentemente, na estabilidade social. Segundo o referido autor, portanto, fica estabelecido como causa multifacetada um evento natural com interferência humana. Como consequências, infere-se que inúmeras podem ser constatadas, dentre as quais há destaque para perda de vidas humanas, impactos ambientais, crise na saúde pública e, ainda, impactos severos na economia. Diante dessa

¹ CARVALHO, Délton Winter. A natureza jurídica da Covid-19 como um desastre biológico. **Revista Consultor Jurídico**. Acesso em: 24/07/2020.

relação de causa e consequências, torna-se perceptível a interferência na estabilidade sistêmica social. Pelo exposto, então, em consonância com o que dispõe o autor supramencionado, é possível inferir que a taxionomia do covid-19 é de desastre biológico, pois sua ocorrência estabelece, como supracitado, uma relação semântica pendular entre causas, consequências e interferências na estabilidade social.

Pelo exposto, tornam-se inquestionáveis as mudanças bruscas verificadas no meio social, econômico e jurídico e, sobretudo, na seara ambiental, ponto de destaque na vigente pesquisa. Dentro desse contexto, o instituto da Responsabilidade Civil Ambiental e a aplicação da teoria do risco integral ganham atenção e, assim, carecem de uma análise cuidadosa em virtude da nova realidade que se evidencia nos tempos atuais.

Para pesquisa pertinente a tal temática, o método utilizado é o hipotético-dedutivo do racionalismo de Karl Popper, por meio do qual se almeja testar a hipótese de que, em um contexto pandêmico, a adoção indiscriminada da teoria integral na Responsabilidade Civil Ambiental propulsiona uma responsabilização arbitrária e incompatível com o Estado Democrático de Direito. Assim sendo, destaca-se como o problema do presente estudo: em que medida, principalmente em um contexto de pandemia, a aplicação da teoria do risco integral, ao não permitir a adoção das excludentes da responsabilidade – caso fortuito, força maior, fato exclusivo de terceiro -, se evidencia como mecanismo capaz de gerar de ausência de segurança jurídica, comprometendo a ordem jurídica vigente?

O capítulo inicial do presente escrito versará sobre a teoria do risco integral, com uma breve retomada história, e a análise dos impactos dessa teoria na seara ambiental. Em um segundo momento, analisar-se-á, de forma comparativa, a Responsabilidade Civil clássica e a Responsabilidade Civil Ambiental, com seus pontos de convergência e também apontando suas peculiaridades. Posteriormente, será feita a análise da aplicação da teoria do risco integral no atual contexto de pandemia, seguido de breves considerações finais.

2. A TEORIA DO RISCO INTEGRAL E SEUS IMPACTOS NA SEARA AMBIENTAL

A Responsabilidade Civil, desde o período romano, estrutura seus institutos e conceitos. De certo, essa evolução se deve à complexidade das relações sociais que propiciaram o surgimento de novos direitos e, com isso, a necessidade de se modernizar as existentes formas de proteção deles, com o fito de garantir sua real e eficaz proteção. Logo, na

medida em que as relações sociais evoluem, há o surgimento de novos tipos de conflitos guiados por interesses contrapostos.

Com objetivo de pacificar conflitos e se amoldar às novas demandas sociais ao direito vigente, faz-se necessária a atuação dúplice do Estado. A primeira delas consiste no reconhecimento pelo direito material de novos direitos subjetivos e, por último, tem-se como necessária a modernização de institutos e conceitos de ordem processual de forma a favorecer o surgimento de procedimentos que garantam a materialização dos direitos garantidos na ordem jurídica material.

A tendência da objetivação da Responsabilidade Civil no âmbito jurídico é digna de referência, embora, via de regra, a responsabilização se verifique mediante a existência de culpa. Nesse sentido, é inegável que a Responsabilidade Civil guiada pela responsabilização pautada na culpa já não respondia de forma satisfatória face a proteção dos novos direitos previstos no plano constitucional. Assim, a responsabilização de determinados atos contrários aos direitos difusos e coletivos exigia do meio jurídico modos de reparação de tais atos ilícitos, mesmo com a ausência de culpa, isto é, a responsabilização civil de determinadas condutas independente do critério oitocentista da culpabilidade do agente, apenas levando em conta o risco emanado de determinada atividade. Forjou-se, assim, o que se denomina Responsabilidade Civil objetiva.

Principalmente no que toca a proteção do meio ambiente, direito de terceira dimensão, ou seja, direito propriamente difuso, percebe-se que houve a necessidade da criação e modernização de novos institutos de direito processual e material para sua tutela, em razão do caráter individualista e materialista presentes nas relações privadas até meados do século XX, características que obstariam a efetiva proteção do dito direito fundamental. Diante desta problemática é que, no plano substantivo, a Lei 6.938/81 reconheceu que a Responsabilidade Civil em matéria ambiental seria objetiva e, segundo o Superior Tribunal de Justiça, guiada pela teoria do risco integral².

Deste modo, preleciona Milaré que a adoção do sistema de responsabilização objetiva regida pela teoria do risco integral tem como consequência a impossibilidade da alegação do caso fortuito, da força maior e do fato de terceiro como causas que exonerem de responsabilidade o causador do dano ao meio ambiente³.

² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1. 346. 430. Relator: Ministro Luiz Felipe Salomão – Quarta Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 27 jun. 2014. Acesso em: 11 nov. 2020.

³ MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 836.

Na mesma linha, Sirvinskask ressalta ser impossível a aplicação das excludentes de responsabilidade em relação ao dano ambiental⁴. Para o autor, a aceitação de excludentes de responsabilidade em matéria ambiental seria contrária ao ideal de efetivação de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem como estaria em contraposição à própria vida, na medida em que a saúde do meio ambiente está intrinsecamente ligada ao direito à vida.

Na contramão dos entendimentos supramencionados, há renomados doutrinadores que admitem a utilização das excludentes de responsabilidade do caso fortuito e da força maior na seara da reparação civil por danos ambientais. Neste sentido, assevera Leme Machado que aquele que alegar o caso fortuito ou força maior em matéria de reparação civil pelo dano ambiental deverá comprová-la⁵ em juízo. Assim sendo, pode se extrair do entendimento do autor que a aplicação ou não da teoria do risco integral dependeria da atividade probatória, caso em que tal teoria poderia ou não ser aplicada, em consonância com a conjuntura probatória.

Não obstante às posições extremadas, Patrícia Lemos contempla a possibilidade de um meio termo, isto é, uma aplicação temperada da teoria do risco integral em material ambiental. Para tanto, a autora a título de exemplo preleciona que um proprietário de um imóvel que contenha alguma área de preservação ambiental e que não exerça atividade econômica poderá ser responsabilizado por danos ambientais, mas o causador do dano poderá alegar as excludentes de responsabilidade. Todavia, caso exercesse atividade econômica na propriedade, estaria ele assumindo o risco da atividade e, portanto, a ele seria inviável a alegação de excludentes de responsabilidade⁶.

Na contramão do entendimento do Superior Tribunal de Justiça e da doutrina majoritária, Rosenvald, Faria e Braga Neto⁷ encabeçam ala doutrinária cujo entendimento consiste na não aplicação da teoria do risco integral no âmbito da responsabilidade pelo dano ambiental. Para os autores, a Responsabilidade Civil se coaduna com a aplicação da teoria do risco agravado.

O entendimento dos autores se funda no argumento de que o §1 do art. 14 da Lei 6.938/81 permite que o agente se exima de responsabilidade caso comprove que o dano ambiental é oriundo de fato desvinculado a sua atividade. Nesse caso, não há espaço para

⁴ SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 194.

⁵ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 346.

⁶ LEMOS, Patrícia Faga Inglecias. **Meio ambiente e responsabilidade civil do proprietário**: análise do nexo causal. 2. ed. rev., atual., e ampli. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 111-114.

⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de direito civil**: responsabilidade civil, volume 3. 4. ed. rev., ampli. e atual. São Paulo: Juspodivm, 2017, p. 504 – 506.

aplicação da teoria do risco integral, salvo pontuais exceções, como no caso de aplicação da causalidade alternativa e de obrigações *propter rem*. A teoria do risco agravado flexibiliza o nexo de causalidade, criando presunções de causalidade para responsabilização de determinado empreendimento, isto é: há possibilidade de agravamento da responsabilização, mas não a impossibilidade da defesa em relação a ela.

Na defesa da aplicação da teoria do risco agravado, Rosenvald, Faria e Braga Neto entendem que a indisponibilidade do meio ambiente não possui sucedâneo de obstar a exclusão do nexo causal, nos termos do §1 do art. 14 da Lei 6.938/81, sob pena de se imputar a determinados agentes a qualidade de responsável universal pelos danos de forma a ofender os princípios basilares do devido processo legal notadamente a ampla defesa, o contraditório e a isonomia.

Neste sentido, tem-se que a aplicação da teoria do risco integral na esfera ambiental é ainda nebulosa, mesmo sendo com entendimento consolidado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Isso porque há entendimentos doutrinários que são consoantes à defesa da integral aplicação da teoria mas, todavia, há doutrina que defende sua aplicação de forma mitigada e, por fim, há ainda que entende pela impertinência da teoria do risco integral na seara ambiental.

Diante do exposto, a temática da aplicação da teoria do risco integral ganha ainda mais relevância no contexto do coronavírus, principalmente pelo fato de determinados atos exigidos pela legislação ambiental serem inviáveis de se concretizarem por determinados empreendimento ou agentes, tendo em vista as regras de isolamento social preconizadas pela Organização Mundial de Saúde, em razão da do desastre biológico do Covid-19. O caso fortuito do desastre é evidente; as relações econômicas, jurídicas e sociais já não são as mesmas. Este contexto desolador exige responsabilidade e mudanças interpretativas na ordem jurídica vigente. Assim, no que toca ao rigor da aplicação da teoria do risco integral, resta saber se as autoridades flexibilizarão a sua aplicação no cenário pandêmico.

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL E A RESPONSABILIDADE CIVIL PELO DANO AMBIENTAL: BREVES COMENTÁRIOS

A Responsabilidade Civil “é um poderoso instrumento de intervenção do Direito na vida em comunidade”⁸. Na sistemática civilista atual, tem-se a divisão da Responsabilidade

⁸ BENJAMIN, Antônio Herman. Responsabilidade Civil pelo Dano Ambiental. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, v.9, ano3, jan./mar. 1998, p. 78.

Civil em negocial/contratual e em Responsabilidade Civil *aquiliانا*/extranegocial. A primeira decorre de uma relação jurídica anterior existente entre autor do dano e a vítima, isto é, há descumprimento negocial que gera uma presunção relativa de culpa.

No que se refere a responsabilidade por ato ilícito, há entendimento doutrinário no sentido de que ela é oriunda de uma ação ou omissão ilícita que independe de relação jurídica anterior entre autor do dano e a vítima. Logo, a conduta ilícita poderá influir de maneira maléfica na esfera patrimonial ou moral da vítima que terá o direito de pleitear a responsabilização do causador do dano.

Outra classificação relevante da técnica da Responsabilidade Civil é aquela que classifica a figura do dano em patrimonial e extrapatrimonial. Para Maria Helena Diniz, “o interesse em restabelecer o equilíbrio violado pelo dano é a fonte geradora da Responsabilidade Civil”⁹. Dessa forma, sem a pretensão de se esgotar a complexa temática que é o cerne da reponsabilidade civil, ressalta-se que é inerente ao dano patrimonial a figura dos danos emergentes e dos lucros cessantes que deverão ser objeto de pedido de indenização.

Notadamente relacionado à violação de direitos da personalidade, o dano extrapatrimonial compreende o dano moral e o estético os quais, por sua vez, serão objeto de pedido de compensação. Portanto, a indenização e compensação são espécies de reparação de danos

A figura do dano apresenta peculiaridades quando tratado na Responsabilidade Civil pelo Dano Ambiental. De certo, o direito ambiental não exige que se tenha dano para que haja responsabilização. Isso pode ser corroborado com a própria evolução do princípio do poluído-pagador. Este princípio assevera que todo empreendimento deverá internalizar as externalidades negativas no custo da produção. Neste sentido, mesmo que a poluição esteja dentro dos padrões aceitáveis na legislação ambiental aplicável, isto é, mesmo que a conduta seja lícita, o empreendimento terá reponsabilidade. Assim sendo, a conduta ensejadora de responsabilização no direito ambiental não exige ilicitude, tendo em vista a sua função de obstar a socialização do ônus e privatização do bônus¹⁰.

A Responsabilidade Civil tem como guia os princípios da reparação integral e da prevenção. De certo, tais princípios são pilares da sistemática moderna da responsabilidade. A reparação integral consiste na ideia de retorno da vítima aos *status quo ante* ao ato lesivo perpetrado face a sua dignidade ou de seu patrimônio. Em que pese seja notório que nem todo

⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade Civil**. 27.ed. São Paulo: Saraiva: 2013. p.21.

¹⁰ THOMÉ, Romeu. **Manual de direito ambiental**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p.80-102.

ato lesivo possa retornar ao estado natural, haverá de se buscar daquele que cometeu o ato ilícito a reparação do dano causado, mesmo que isto seja feito *in pecúnia*.

No Direito Ambiental, o princípio da reparação impõe que, frente ao dano ambiental já concretizado, haverá a obrigação de reparação, que se dará com a restituição *in natura* do dano e, apenas em sua impossibilidade, haverá a permissão para o pagamento *in pecúnia*. Logo, percebe-se que na Responsabilidade Civil pelo dano ambiental há uma maior preocupação em retorno ao estado anterior de forma natural, tendo em vista que o bem ambiental¹¹ é um direito de todos, bem como pelo fato de o meio ambiente ecologicamente equilibrado estar relacionado diretamente ao direito à vida.

Princípio digno de nota consiste naquele que impõe comportamento preventivo para que se evite danos futuros. Dessa forma, o mandamento do princípio da prevenção atua no cenário jurídico de forma a exigir de determinados agentes condutas fiscalizatórias e de manutenção as quais busquem ou minimizem impactos na esfera patrimonial e extrapatrimonial dos indivíduos¹².

O princípio da prevenção também tem notória aplicabilidade no ramo do direito ambiental. Todavia, este princípio, como a maior parte dos institutos próprios da Responsabilidade Civil, sofre algumas alterações a fim de que seja passível de aplicação no âmbito da reponsabilidade civil pelo dano ambiental. A prevenção, cumpre ressaltar, é orientadora do Direito Ambiental e, assim como no âmbito civil, enfatiza a prioridade de adoção das medidas que previnam a degradação ambiental e não simplesmente a repare. A sua aplicabilidade no direito ambiental observa a certeza científica do impacto ambiental causado pela atividade humana¹³. Logo, ao se reconhecer os impactos sobre o meio ambiente, impõe-se a tomada de medidas preventivas hábeis a minimizar ou eliminar os efeitos negativos daquela atividade sobre o ecossistema.

Nessa toada, cumpre ressaltar que importante debate tanto na Responsabilidade Civil propriamente dita, quanto na Responsabilidade Civil pelo Dano Ambiental, consiste no acolhimento e aplicabilidade da função punitiva da responsabilidade civil. Ora, a ideia da punição é reprimir e impedir que o dano se repita, o que ocorrerá, via de regra, com a

¹¹ SIQUEIRA, Lyssandro Norton. **Qual o valor do meio ambiente:** previsão normativa de parâmetros para a valoração econômica do bem natural impactado pela atividade minerária. Rio de Janeiro: Lúmen Editorial, 2017.

¹²BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

¹³ AMADO, Frederico. **Direito Ambiental:** 11a.ed rev., atual e ampliada. Salvador: JusPodivm, 2020, p.77.

condenação do lesante em um montante superior ao prejuízo causado. A inspiração vem das *punitive damages* do direito americano que reprimem os ofensores com punições notórias¹⁴.

No Ordenamento Jurídico brasileiro, os danos punitivos foram previstos pela primeira vez no artigo primeiro c/c artigo 3 da Lei 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais)¹⁵; mesmo com o veto do referido artigo primeiro pelo presidente daquela época. Isso porque, segundo Hermam Benjamim¹⁶ o artigo terceiro, assim como o artigo primeiro, também contemplou a possibilidade de aplicação de multa civil. Esta interpretação do autor é oriunda da análise da palavra “responsabilizadas” presente no artigo terceiro, a qual, segundo ele, possui o sentido de “sancionadas”, isto é: a palavra “responsabilizadas” faz referência tanto a reparação do dano quanto a própria multa civil.

Além da previsão na Lei de Crimes Ambientais da pena civil, o autor salienta que sugeriu a adoção da técnica no projeto de lei que originou a Lei de Improbidade Administrativa (Lei - 8429/92) que, hodiernamente, contempla a possibilidade de pena civil. A sugestão, ao contrário, não foi acatada no sistema de defesa do consumidor, na medida em que a sugestão de Benjamim para o acolhimento da multa civil no âmbito consumerista, notadamente nos artigos 16, 45 e 52, §3, foi vetada pelo então presidente Fernando Collor.

Com a finalidade de reforçar o acolhimento das *punitive damages* no ordenamento pátrio, Benjamim assevera que a Responsabilidade Civil pelo Dano Ambiental (patrimonial, moral e ecológico) pode ser majorada pela possibilidade de o juiz civil aplicar a multa civil além do quanto indenizatório.

Na seara privada, cumpre ressaltar a inexistência de previsão expressa no Código Civil¹⁷ acerca da aplicabilidade ou não das *punitive damages*. Todavia, há dispositivos que de forma implícita contemplam a teoria. A título exemplificativo, tem-se o artigo 940, que dispõe que aquele que demandar por dívida já paga ficará obrigado a pagar o devedor o dobro do que houver cobrado. Tem-se, além dessa situação, o artigo 1258, parágrafo único, que reza ser o construtor de má-fé obrigado a pagar o décuplo das perdas e danos já arbitrados.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, oscila muito na aplicação da referida técnica de responsabilização civil. Todavia, é de fácil verificação a adoção expressa da sanção

¹⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. v.3. 13. ed. rev., ampl.e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p.111-128.

¹⁵ BRASIL. Lei Federal Nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Acesso em: ago. 2020.

¹⁶BENJAMIN, Antônio Herman. Responsabilidade Civil pelo Dano Ambiental. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo, v.9, ano3, jan./mar. 1998, p. 60-85.

¹⁷ BRASIL. Lei 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. Acesso em: 23 set. 2020.

civil em variados julgados da Corte. A título de exemplo, destaca-se o Recurso especial 838.550¹⁸ (caso SBT x Colônia de Naturismo); bem como no Recurso Especial 1.120.971 – RJ¹⁹.

Farias e Rosenvald²⁰ defendem que a função punitiva já é aplicável no Brasil. Todavia, a aplicação ocorre de modo banalizado, tendo em vista que o judiciário tende a confundir a função punitiva com o próprio dano moral. Os autores entendem que há no Brasil o que se denomina hipertrofia do dano moral, pois esta espécie de dano não tem o condão de punir o ofensor, já que a função reparatória da Responsabilidade Civil se difere da função punitiva.

Portanto, não há um consenso na doutrina e jurisprudência acerca da aplicabilidade ou não dos danos punitivos tanto na Responsabilidade Civil na esfera privada quanto na seara ambiental. O que se percebe no que toca a sua aplicação no Direito Ambiental, no entanto, é que a cada dia o instituto parece ser mais aceito na atividade judicante e doutrinária, principalmente com os recentes desastres ambientais que assolaram a sociedade brasileira.

Diante disso, convém destacar que é preciso cautela ao discorrer sobre a Responsabilidade Civil na seara ambiental, tendo em vista que ela se revela peculiar face a Responsabilidade Civil tradicional, pois essa, essencialmente, se pauta em uma equação intersubjetiva, enquanto aquela tem como escopo uma manifestação supraindividual e transgeracional. Diante dessa análise, verifica-se que a aplicação rígida do instituto supracitado em sua forma tradicional não se manifesta como eficaz e realmente protetora ao meio ambiente. Assim sendo, conforme preconiza Herman Benjamin, a Responsabilidade Civil Ambiental se caracteriza por ser um “modelo jurídico profundamente repensado”²¹ e consubstanciado, inclusive, pela principiologia do Direito Ambiental, tendo em vista que a degradação ao meio ambiente, em regra, têm causas múltiplas, vítimas plurais e danos que permeiam toda a coletividade.

Conforme exposto no item anterior, a Responsabilidade Civil Ambiental, com fulcro na lei 6.938/81, é objetiva e, ainda, em consonância com jurisprudência, orienta-se pela teoria

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 838.550. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha–Quarta Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 24 de nov. 1997. Acesso em: 11 nov. de 2020.

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.120.971. Relator: Ministro Sidnei Beneti – Terceira Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 28 de fev. 2014. Acesso em: 11 nov. de 2020.

²⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. v.3. 13. ed. rev., ampl.e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. .375.

²¹ BENJAMIN, Antonio Herman. Responsabilidade Civil pelo Dano Ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 9, ano3, jan/mar. 1998, p. 82.

do risco integral (vide Resp. 1.374.284 – MG²²), não admitindo, portanto, causas excludentes de culpabilidade e do nexo de causalidade. Em que pese a orientação pela teoria do risco integral seja robusta e consolidada na jurisprudência do STJ, há relevante crítica doutrinária acerca do tema, haja vista inexistência de previsão legal e a não decorrência lógica desta teoria em razão da responsabilidade objetiva. Ademais, no que se refere a análise da Responsabilidade Civil nessa seara, convém salientar a imprescritibilidade do dano ambiental, ou seja, o pedido de reparação do dano está protegido pelo manto da imprescritibilidade, salvo, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em relação as pretensões meramente ressarcitórias. A solidariedade, por força do que dispõe o art. 3 da lei supramencionada, também se evidencia na Responsabilidade Civil Ambiental, desde que haja nexo entre os causadores, diretos ou indiretos.

Dentre as principais características da Responsabilidade Civil Ambiental brevemente mencionadas no parágrafo anterior, destaca-se a incidência da teoria do risco integral, ponto bastante controvertido na doutrina contemporânea e que se perfaz ainda mais peculiar no cenário de pandemia ora apresentado. Em um primeiro momento, é preciso que se tenha diligência para que o risco integral não seja aproximado ou, até mesmo, confundido, com a reparação integral.

Ademais, tendo como escopo a realidade projetada pelo coronavírus, é inevitável que a pandemia se manifeste como um evento imprevisível sendo, portanto, cabível que, casuisticamente, enseje em excludente de culpabilidade ou nexo causal. Por óbvio, não se perfaz como intuito diminuir a proteção ambiental, aplicando a pandemia como excludente genérica de responsabilidade, mas, ao contrário, analisar situações fáticas e respectivas conjunturas e fatores preponderantes, a fim de que a responsabilização não se proceda de forma arbitrária, sem levar em conta um cenário sequer antes imaginado na sociedade atual.

4. REFLEXÕES ACERCA DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO RISCO INTEGRAL NO CONTEXTO DO CORONAVÍRUS

As autoridades estatais competentes reconheceram o estado de calamidade pública causada pela propagação do coronavírus. No que diz respeito ao cenário ambiental e a aplicação da teoria do risco integral, o debate a ser feito gira em torno da obrigatoriedade do

²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1. 374. 284. Relator: Ministro Luiz Felipe Salomão – Segunda Seção. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 6 de nov. 2013. Acesso em: 11 nov. 2020.

cumprimento de determinadas obrigações ambientais²³ frente ao contexto de calamidade pública reconhecido pelo Estado.

Diante desse desastre, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, de certo, manterá seu entendimento de que tais obrigações não são passíveis de serem atenuadas, mantendo a aplicação da teoria do risco integral, mesmo que em descompasse com a realidade hodierna proporcionada pelo desastre biológico do coronavírus vivenciada pela sociedade brasileira.

O Supremo Tribunal Federal, a seu turno, manifestou posicionamento contrário a aplicação mais flexível de entendimentos jurisprudenciais e legais já consolidados, mesmo diante de uma situação tão excepcional e jamais vivenciada na história. Em entrevista a jornalistas, os Ministros Alexandre de Moraes e Marco Aurélio Melo desconsideraram a possibilidade da criação de uma “jurisprudência da crise”²⁴. O contexto da fala foi na análise de dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal, todavia, é amoldável às situações de obrigações ambientais exigidas pelos órgãos públicos competentes.

Este posicionamento oitocentista, principalmente o adotado pela Corte Constitucional, em nada contribui para retomada da normalidade jurídico-econômica do Estado brasileiro, tendo em vista que um desastre biológico é um fenômeno extremo capaz de atingir a coesão sistemática econômica, social e jurídica da sociedade²⁵. Com efeito, como preleciona Bessa Antunes, o sistema de responsabilização civil na seara ambiental, erroneamente, não encontra limites em razão da impossibilidade de isenção de responsabilidade. Todavia, é limitada pela condição financeira do devedor, sendo que determinadas obrigações ambientais se tornam impossíveis de serem adimplidas diante da atual situação econômica do país, restando apenas aos responsabilizados a inevitável alegação da *cláusula rebus sic standibus*²⁶.

A impossibilidade de se alegar excludentes de responsabilidade no que toca ao dano ambiental, ao menos no contexto da pandemia, é demasiadamente injusta, na medida em que esta teoria, segundo Paulo de Bessa Antunes²⁷, sequer possui base legal. Por esta falta, tem-se

²³ TALDÉN, Farias. Efeitos práticos da epidemia de Covid-19 na advocacia ambiental. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, maio 2020. Acesso em: 28 jul. 20.

²⁴ MORAES rejeita “jurisprudência de crise” para LRF. **Estado de Minas**, Belo Horizonte, 26 fev. 2019. Acesso em: 28 jul. 2020.

²⁵ CARVALHO, Délton Winter. A natureza jurídica da Covid-19 como um desastre biológico. **Revista Consultor Jurídico**. Acesso em: 28 jul. 2020.

²⁶ ANTUNES, Paulo Bessa. Para não dizer que não falei da COVID-19. **GenJurídico**, São Paulo, abr. 2020. Acesso em: 28 jul. 2020.

²⁷ ANTUNES, Paulo Bessa. Para não dizer que não falei da COVID-19. **GenJurídico**, São Paulo, abr. 2020. Acesso em: 28 jul. 2020.

que as obrigações impostas no período a que se perdurar o estado de calamidade pública devem ser impostas levando em consideração não somente o previsto na Lei ou jurisprudência, mas o próprio contexto pandêmico.

Diante do exposto, Bessa Antunes chama atenção no sentido de que a responsabilidade civil no âmbito ambiental é muito debatida, mas essas peculiaridades são analisadas, corriqueiramente, de forma superficial, principalmente em razão de diversos doutrinadores e juristas escreverem sobre o tema, exclusivamente, com base nos sentimentos de justiça e de defesa absoluta do meio ambiente, o que dificulta a objetividade das discussões.

Ante ao apresentado e considerando a necessidade de se “compatibilizar o Direito com os anseios da sociedade”²⁸, como aduz Bernardo Vassale, destaca-se que a teoria do risco integral não possui o condão de tonar determinados agentes responsáveis universais em relação às obrigações ambientais, sendo imperativo que as autoridades façam análise de cada caso com o devido cuidado para a possível aplicação do instituto, recrudescendo-o quando há necessidade e atenuando-o em casos como o do desastre biológico denominado coronavírus ou outros semelhantes que possam vir a assolar a estabilidade social.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Face ao exposto na presente pesquisa, é indubitável que ausência de fulcro normativo em relação a teoria do risco integral na Responsabilidade Civil Ambiental cumulada com o contexto hodierno de pandemia enseja em um distanciamento da segurança jurídica, questão essa preocupante na seara ambiental. Assim sendo, tal cenário torna a discussão sobre a exigência do cumprimento de obrigações ambientais, sem considerar a pandemia de coronavírus e o estado de calamidade pública, reconhecido oficialmente, extremamente pertinente e relevante na ordem democrática em que estamos inseridos. Diante de tal conjuntura, é cabível prever que a cláusula *rebus sic stantibus* será veementemente acionada no que se refere as obrigações de natureza ambiental, propiciando um embate entre a atual situação e as previsões normativas, ou até mesmo a ausência delas.

Por óbvio, as empresas e responsáveis pelo cumprimento de obrigações ambientais, por outro lado, devem adotar uma postura diligente e com o fito de minimizar os efeitos

²⁸ CASTRO, Bernardo Vassale de. A participação social no processo legislativo e o desenvolvimento sustentável. **Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**, Belo Horizonte, volume especial 7, n. 13 e 14, p. 215, jan./dez. 2010.

negativos e a duração desta não conformidade, a fim de que a pandemia não seja um escudo para o descumprimento de obrigações essenciais e possíveis de serem feitas neste cenário.

De certo, os destinatários das obrigações ambientais deverão, mesmo no contexto do coronavírus, justificar o motivo pelo qual o adimplemento da obrigação de tornou impossível. Assim sendo, ao agente envolvido em alguma demanda ambiental caberá a demonstração de que a situação atual é extraordinária e imprevisível, requisito que já é reconhecido pelas instituições estatais; indicará também que a obrigação é extremamente onerosa e excessiva, principalmente por ser imposta com base na teoria do risco integral.

O atual momento exige responsabilidade e ponderação das autoridades estatais na análise de situações ocorridas durante o período pandêmico. Dessa forma, guiar a proteção do meio ambiente por intermédio de institutos não criados no crivo do devido processo constitucional é modo incompatível com a sistemática constitucionalmente prevista dos direitos e garantias fundamentais, notadamente quando o instituto visa impossibilitar a defesa e, por consequência, fomentando a insegurança jurídica, bem como o desequilíbrio nas relações socioambientais já desestruturadas frente ao desastre biológico do Covid-19.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. **Direito Ambiental**. 11 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020.

ANTUNES, Paulo Bessa. Para não dizer que não falei da COVID-19. **GenJurídico**, São Paulo, abr. 2020. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/04/08/covid-19-calamidade-publica/>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BENJAMIN, Antônio Herman. Responsabilidade Civil pelo Dano Ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v.9, ano3, jan./mar. 1998.

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

BRASIL. Lei Federal Nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm. Acesso em: 01 ago 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 1. 346. 430. Relator: Ministro Luiz Felipe Salomão – Segunda Seção. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 27 de jun. 2014. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=DTXT&livre=%28%221.346.430%22%29+E+%2215633+89409596%22.COD.&thesaurus=&p=true>. Acesso em: 11 de nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.374.284. Relator. Ministro Luiz Felipe Salomão – Segunda Seção. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 6 de nov. 2013. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=DTXT&livre=%28%221.374.284%22%29+E+%2213407+31742649%22.COD.&thesaurus=&p=true>. Acesso em: 11 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 838.550. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha – Quarta Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 24 nov. 1997. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=DTXT&livre=%28%22838.550%22%29+E+%2214957+57661249%22.COD.&thesaurus=&p=true>. Acesso em: 11 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.120.971. Relator: Ministro Sidnei Beneti – Terceira Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 28 fev. 2014. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=\(%221.120.971%22..PART.\)+E+@CDOC=%221196952%22&thesaurus=JURIDICO](https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=(%221.120.971%22..PART.)+E+@CDOC=%221196952%22&thesaurus=JURIDICO). Acesso em: 11 nov. 2020.

CARVALHO, Délton Winter. A natureza jurídica da Covid-19 como um desastre biológico. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, abr. 2020. Disponível em: <hile:///C:/Users/User/Desktop/DOM%20HELDER/7DI/DIREITO%20AMBIENTAL/D%C3%A9ton%20Winter%20ConJur%20-%20Natureza%20jur%C3%ADica%20da%20Covid-19%20como%20desastre%20biol%C3%B3gico.pdf>. Acesso em: 24/07/2020.

CASTRO, Bernardo Vassale de. A participação social no processo legislativo e o desenvolvimento sustentável. **Revista Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**, Belo Horizonte, volume especial 7, n. 13 e 14, p. 213-239, jan./dez. 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Responsabilidade Civil**. 27.ed. São Paulo: Saraiva: 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**, vol 3. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: JusPodvm, 2017.

MORAES rejeita “jurisprudência da crise” para LRF. **Estado de Minas**, Belo Horizonte, 26 de fev. 2019. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2019/02/26/internas_economia,1033931/moraes-rejeita-jurisprudencia-da-crise-para-lrf.shtml. Acesso em: 28 jul. 2020.

LEMOS, Patrícia Faga Inglecias. **Meio ambiente e responsabilidade civil do proprietário: análise do nexos causal**. 2. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SIQUEIRA, Lyssandro Norton. **Qual o valor do meio ambiente?** Previsão normativa de parâmetros para a valoração econômica do bem natural impactado pela atividade minerária. Rio de Janeiro: Lúmen Editorial, 2017.

TALDÉN, Farias. Efeitos práticos da epidemia de Covid-19 na advocacia ambiental. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, maio 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-02/ambiente-juridico-efeitos-praticos-covid-19-advocacia-Ambiental>. Acesso em: 28 jul. 2020.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

RESPONSABILIDADE CIVIL DA CEDAE PELO FORNECIMENTO DE ÁGUA IMPRÓPRIA PARA CONSUMO NA REGIÃO METROPOLITANA DO RIO DE JANEIRO EM 2020

11

Camilla Rodrigues Cardoso

Sumário: 1. Considerações iniciais; 2. Breve contextualização do fato; 3. Responsabilidade civil da CEDAF; 4. Danos indenizáveis aos consumidores; 5. Considerações finais; Referências.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Durante os meses de janeiro e fevereiro de 2020, moradores da Região Metropolitana do Rio de Janeiro (RMRJ) sofreram com o fornecimento de água com suas propriedades de ser incolor, insípida e inodora alteradas¹, o que causou grave preocupação aos consumidores em relação aos males que tais alterações poderiam causar à saúde. Neste sentido, o objeto de estudo do presente trabalho trata-se da responsabilidade civil da fornecedora de água da RMRJ, a Companhia Estadual de Águas e Esgotos (CEDAE), tendo como escopo o Código de Defesa do Consumidor. Afinal, é possível haver a imputação de responsabilidade civil à CEDAE pelo fornecimento de água com propriedades distintas do padrão esperado pelo consumidor?

Primeiramente, realizou-se uma breve contextualização acerca do evento que afetou a qualidade da água fornecida pela CEDAE. Em segundo lugar, havendo imputação de responsabilidade civil, objetivou-se verificar qual a modalidade desta e, por conseguinte, a teoria aplicável. Posteriormente, passou-se ao estudo da Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Rio de Janeiro (MPRJ) em litisconsórcio com a Defensoria Pública do Rio de Janeiro (DPRJ), de modo a aprofundar sobre os danos causados aos consumidores passíveis de indenização. Por fim, cabe-se ressaltar que a reflexão acerca dessa responsabilização se faz de extrema relevância, tendo em vista os direitos básicos do

¹ FIGUEIREDO, Pedro. Moradores de vários bairros do Rio reclamam da qualidade da água. **G1**, 6 jan. 2020. Rio de Janeiro. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/01/06/moradores-de-varios-bairros-do-rio-reclamam-da-qualidade-da-agua.ghtml>. Acesso em: 24 ago. 2020.

consumidor previstos nas disposições normativas consumeristas e a quantidade de pessoas afetadas pelo caso em tela.

A metodologia aplicada se limitou à análise da relação jurídica de consumo entre os moradores da RMRJ e a CEDAE, no que diz respeito à responsabilidade civil da fornecedora pela água imprópria para consumo fornecida nos meses de janeiro e fevereiro de 2020. Assim, essa se pautou na pesquisa qualitativa com a utilização da técnica de pesquisa bibliográfica e documental, tendo como principal foco o Código de Defesa do Consumidor e a jurisprudência relacionada à responsabilidade pelo serviço público defeituoso. Ademais, a construção da hipótese de imputação da responsabilidade se deu por meio do método dialético, uma vez que sua confirmação decorre do diálogo de concepções doutrinárias e, ainda, de proposições relacionadas à violação de diversos direitos garantidos pelo CDC.

2. BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO DO FATO

A Companhia Estadual de Águas e Esgotos (CEDAE) consiste em uma sociedade de economia mista², que possui, dentre as suas atividades principais, a captação, o tratamento e a distribuição de água, além da coleta, tratamento e destinação final dos esgotos dos municípios conveniados ao Estado do Rio de Janeiro. Sua estrutura é composta pelas Estações de Tratamento de Água (ETAs) do Guandu e do Laranjal e pelas Estações de Tratamento de Esgoto (ETEs) da Alegria e da Barra da Tijuca.³

A ETA do Guandu, considerada a maior estação de tratamento de água do mundo, é a responsável pelo fornecimento de oito municípios da Região Metropolitana do Rio de Janeiro (RMRJ), abrangendo, assim, cerca de nove milhões de pessoas⁴. Tais cidades compõem a Baixada Fluminense, região que obteve, conjuntamente com as Zonas Oeste e Norte da capital, diversos bairros afetados pelo recebimento de água para consumo com problemas relacionados à cor, turbidez e odor, nos primeiros dias de janeiro de 2020, conforme nota técnica publicada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).⁵

² Sociedades de economia mista consistem em entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei, sob a forma de sociedade anônima, constituídas por capital público e privado.

³ CEDAE. **Apresentação: a Cedae**. Disponível em: <https://www.cedae.com.br/apresentacao>. Acesso em: 24 ago. 2020.

⁴ CEDAE. **Estações de Tratamento**. Disponível em: https://www.cedae.com.br/estacoes_tratamento. Acesso em 25 ago. 2020.

⁵ FONSECA, Fabiana Valéria da. *et al.* **Nota técnica da UFRJ sobre os problemas da qualidade da água que a população do Rio de Janeiro está vivenciando**. 15 jan. 2020. Rio de Janeiro. Disponível em: https://ufrj.br/sites/default/files/img-noticia/2020/01/nota_tecnica_-_caso_cedae.pdf. Acesso em: 24 ago. 2020.

No dia 7 de janeiro, a CEDAE⁶ divulgou uma nota atribuindo as alterações do padrão da água à presença de uma substância chamada geosmina, alertando que esta não oferecia riscos à saúde dos consumidores e que, portanto, poderia ser ingerida e utilizada normalmente. Segundo os docentes da UFRJ que produziram o documento,

A geosmina não é tóxica, mas pode indicar problemas na qualidade da água bruta utilizada para o abastecimento. A geosmina, um composto orgânico volátil, é produzida por algumas bactérias heterotróficas ou cianobactérias, que crescem em abundância em ambientes aquáticos com altas concentrações de nutrientes, especialmente em mananciais que recebem esgotos não tratados. Apesar de conferir odor e sabor em intensidade, que causa objeção ao consumo humano, a geosmina não é tóxica.⁷

Apesar dessa declaração, muitos moradores da região afetada se queixaram de náuseas, e indisposição, entre outros sintomas, a partir do fim de dezembro de 2019. Queixas que ficaram evidentes com o registro de mais de mil casos de diarreia, gastroenterite e vômitos de origem infecciosa ou não pelas unidades de pronto atendimento (UPAs) de Santa Cruz e de Campo Grande, ambas localizadas na Zona Oeste da capital. Tal dado revelou um aumento significativo em contraposição ao ano anterior, já que, no mesmo período de 2019, aproximadamente 600 pessoas com esses sintomas buscaram atendimento nas UPAs citadas.⁸ Acerca dessa comparação, a Secretaria Municipal de Saúde se pronunciou no sentido de que tal associação era precoce para o momento.

Em 23 de janeiro, a Companhia iniciou a utilização do sistema de aplicação de carvão ativado na entrada de água da estação a fim de remediar a queda na qualidade da água provocada pela geosmina. Assim, a partir de fevereiro, a CEDAE afirmou que não houve mais alterações na água e que, portanto, a sua qualidade teria sido regularizada.⁹ No entanto, apesar dessa normalização, o incidente causado pela geosmina alertou para o fato da água fornecida não poder ser considerada potável, uma vez que desrespeita os padrões referentes à gosto e odor esperados e que estão intimamente ligados à aceitação da água para consumo.¹⁰ Nesse sentido,

⁶ CEDAE. **Nota de Esclarecimento**. 7 jan. 2020. Disponível em: <https://www.cedae.com.br/Noticias/detalhe/nota-de-esclarecimento/id/393>. Acesso em: 25 ago. 2020.

⁷ FONSECA, Fabiana Valéria da. *et al.* **Nota técnica da UFRJ sobre os problemas da qualidade da água que a população do Rio de Janeiro está vivenciando**. 15 jan. 2020. Rio de Janeiro. Disponível em: https://ufrj.br/sites/default/files/img-noticia/2020/01/nota_tecnica_-_caso_cedae.pdf. Acesso em: 24 ago. 2020. p. 2.

⁸ GOULART, Gustavo. Água sob suspeita: casos de diarreia, gastroenterite e vômito mais que dobram em UPAs da Zona Oeste. **O Globo**, 8 jan. 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/agua-sob-suspeita-casos-de-diarreia-gastroenterite-vomito-mais-que-dobram-em-upas-da-zona-oeste-1-24176922>. Acesso em: 25 ago. 2020.

⁹ CEDAE. **Nota de esclarecimento**. 4 jun. 2020. Disponível em: <https://www.cedae.com.br/Noticias/detalhe/nota-de-esclarecimento/id/498>. Acesso em: 25 ago. 2020.

¹⁰ SMIDERLE, Juliana; CAPODEFERRO, Morganna; TARDIN, Isadora. Crise na Cedae: como chegou até aqui?. In: **Revista Conjuntura Econômica**, v. 74, n. 3, 2020, p. 33-34.

Embora a crise no abastecimento de água da RMRJ tenha atingido a população repentinamente, não se pode dizer que essa foi uma “tragédia” totalmente desavisada; há décadas se reconhece que o sistema de abastecimento de água da região é frágil e que em grande medida isso se deve à poluição dos rios afluentes ao Guandu, principal manancial da região. Essa poluição é reflexo dos baixíssimos índices de coleta e tratamento de esgotos verificados nos municípios que circundam os afluentes ao Guandu [...] Na prática, a ETA Guandu vem tratando esgoto e não água.¹¹

Em conformidade com essa crítica, a nota técnica publicada pelos docentes da UFRJ em meados de janeiro já ressaltava que a crise hídrica suportada pela RMRJ era consequência da insuficiência do tratamento de esgoto sanitário das áreas urbanas. À vista disso, grande parte desse esgoto sem tratamento é drenado por rios afluentes do Rio Guandu em locais muito próximos à região de captação da água.¹²

Por fim, diante da conduta da CEDAE ao fornecer água com propriedades alteradas, indaga-se: é possível responsabilizá-la civilmente?

3. RESPONSABILIDADE CIVIL DA CEDAE

Em primeiro lugar, se faz mister compreender a relação jurídica existente entre a população da RMRJ e a CEDAE, a fim de se definir a modalidade da responsabilidade civil aplicável ao caso em tela e suas implicações. Nesse contexto, observa-se que, ao consumirem a água fornecida pela CEDAE, os moradores são essencialmente consumidores desse serviço. Assim, resta evidente que o vínculo existente entre tais polos diz respeito a uma relação jurídica de consumo. Em síntese, conforme leciona Fabrício Bolzan, a tal relação consiste naquela “firmada entre consumidor e fornecedor, a qual possui como objeto a aquisição de um produto ou a contratação de um serviço.”¹³

A partir desse conceito, tem-se que esse vínculo é regido pelas disposições normativas do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que elas se aplicam “materialmente a todas as relações contratuais e extracontratuais entre consumidores e fornecedores”.¹⁴ Isso posto, é possível identificar duas modalidades de responsabilidade civil no CDC: a decorrente do fato do produto ou serviço e a advinda do vício de tais elementos.

¹¹ SMIDERLE, Juliana; CAPODEFERRO, Morganna; TARDIN, Isadora. Crise na Cedae: como chegou até aqui?. In: **Revista Conjuntura Econômica**, v. 74, n. 3, 2020, p. 34.

¹² FONSECA, Fabiana Valéria da. *et al.* **Nota técnica da UFRJ sobre os problemas da qualidade da água que a população do Rio de Janeiro está vivenciando**. 15 jan. 2020. Rio de Janeiro. Disponível em: https://ufrj.br/sites/default/files/img-noticia/2020/01/nota_tecnica_-_caso_cedae.pdf. Acesso em: 24 ago. 2020.

¹³ BOLZAN, Fabrício. **Direito do consumidor esquematizado**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 45.

¹⁴ MARQUES, Cláudia Lima. Campo de Aplicação do CDC. In: BENJAMIN, A. H. V.; MARQUES, C. L.; BESSA, L. R. **Manual de Direito do Consumidor**. 7. ed. (rev., atual. e ampl.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 100.

No que tange à responsabilidade pelo fato, Herman Benjamin¹⁵ explana que decorre de um dano causado por um produto ou serviço, também chamado de acidente de consumo, uma vez que o direito do consumidor apenas é provocado pelo fenômeno material (defeito) quando este é capaz de causar um fenômeno humano (acidente de consumo). Para regular tal regime de responsabilidade, os artigos 12 a 17 do CDC descrevem em que consistem produtos e serviços defeituosos, indicam quais são as pessoas da cadeia de consumo passíveis de serem responsabilizadas e, ainda, eventuais excludentes de responsabilidade.

Ademais, no tocante à responsabilidade pelo vício, Leonardo Bessa¹⁶ esclarece que seu principal objetivo é a adequação real dos produtos ou serviços às finalidades a que se destinam, com base, sobretudo, na legítima expectativa do consumidor. Dessa forma, a responsabilidade fruto do vício do produto ou serviço se difere da proveniente do fato, fundamentalmente, devido à ausência de dano físico ou psicológico ao consumidor. À vista disso, a disciplina dessa modalidade de responsabilização se encontra nos artigos 18 a 20 do CDC.

Diante dessas considerações, se comprovados a impropriedade para consumo da água fornecida pela CEDAE e, por conseguinte, o ocasionamento de danos à saúde dos consumidores da RMRJ, é possível identificar a responsabilidade pelo fato do serviço defeituoso da fornecedora. Nesse sentido, cabe ressaltar que os serviços de tratamento e abastecimento de água realizados pela CEDAE são considerados como essenciais no artigo 10, inciso I, da Lei 7.783/1989¹⁷.

Outrossim, o artigo 14 do CDC dispõe que

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.¹⁸

¹⁵ BENJAMIN, Antonio Herman V. Fato do Produto e do Serviço. In: BENJAMIN, A. H. V.; MARQUES, C. L.; BESSA, L. R. **Manual de Direito do Consumidor**. 7. ed. (rev., atual. e ampl.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 167-168.

¹⁶ BESSA, Leonardo Roscoe. Vício do Produto e do Serviço. In: BENJAMIN, A. H. V.; MARQUES, C. L.; BESSA, L. R. **Manual de Direito do Consumidor**. 7. ed. (rev., atual. e ampl.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 205.

¹⁷ BRASIL. Lei nº 7.783 de 28 de junho de 1989. **Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17783.HTM. Acesso em: 9 set. 2020.

¹⁸ BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 09 set. 2020.

Desse modo, nota-se que a água fornecida pela CEDAE aos moradores da RMRJ nos primeiros meses de 2020, conforme adverte Juliana Smiderle *et al.*¹⁹, não pode ser considerada como potável, já que a alteração de suas propriedades vai de encontro ao padrão esperado pelo consumidor, sendo assim, um dano relativo à prestação do serviço. Além disso, se confirmada a relação entre os sintomas de diarreia, gastroenterite e vômitos relatados pelos moradores após a ingestão da água, será patente a insegurança do serviço.

Ademais, o artigo 22 do CDC determina que

Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.²⁰

À vista disso, o referido dispositivo explicita e reforça a aplicação das normas do CDC às pessoas jurídicas fornecedoras de serviços públicos no que tange à responsabilização proveniente do descumprimento dos princípios da adequação, eficiência, segurança e, ainda, da continuidade nos casos dos serviços essenciais, tais como o abastecimento de água. Por fim, vale salientar que esse dispositivo reitera o artigo 6º da Lei nº 8.987/1995²¹, uma vez que tais princípios são considerados como pressupostos para a concessão dos serviços públicos.

Nesse escopo, a responsabilização da CEDAE diante do fato ocorrido se relaciona ao princípio da racionalização e melhoria dos serviços públicos, previsto no inciso VII do artigo 4º, e ao direito do consumidor à adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral, expresso no inciso X do artigo 6º, sendo ambos dispositivos do CDC.

Além disso, de acordo com o artigo 3º do Anexo ao Decreto nº 553/1976, do Estado do Rio de Janeiro:

Compete, **privativamente**, à Companhia Estadual de Águas e Esgotos – CEDAE, operar, manter e executar reparos e modificações nas canalizações e instalações dos serviços públicos de água e esgoto sanitário, bem como fazer obras e serviços necessários à sua ampliação e melhoria, na área de sua jurisdição.²²

¹⁹ SMIDERLE, Juliana; CAPODEFERRO, Morganna; TARDIN, Isadora. Crise na Cedae: como chegou até aqui?. In: **Revista Conjuntura Econômica**, v. 74, n. 3, 2020, p. 34.

²⁰ BRASIL. Lei nº 7.783 de 28 de junho de 1989. **Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17783.HTM. Acesso em: 9 set. 2020.

²¹ BRASIL. Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995. **Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987compilada.htm. Acesso em: 9 set. 2020.

²² RIO DE JANEIRO. Anexo ao Decreto nº 553 de 16 de janeiro de 1976. **Regulamento dos Serviços Públicos de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário do Estado do Rio de Janeiro**. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/decest.nsf/c8ea52144c8b5c950325654c00612d63/9950280c47bc1fb803256b72006247f5?OpenDocument&Highlight=0,553>. Acesso em 13 set. 2020. Grifo nosso.

Logo, em razão do monopólio exercido pela CEDAE no que tange ao serviço de tratamento e abastecimento de água na RMRJ, é possível identificar a vulnerabilidade dos consumidores diante da impossibilidade de escolherem o fornecedor nessa situação. Nessa perspectiva, Claudia Lima Marques e Bruno Miragem²³ classificam essa modalidade de vulnerabilidade como fática, uma vez que, nesse cenário, o fornecedor se encontra numa posição de superioridade em relação aos sujeitos que o contratam ou o venham a contratar.

Finalmente, se faz necessário o exame de qual teoria da responsabilidade civil é aplicável ao caso em tela. Em primeiro lugar, entende-se que o CDC adotou como regra a teoria objetiva da responsabilidade, uma vez que utiliza a expressão “independentemente de culpa” nos artigos 12 e 14. Portanto, “não mais importa se o responsável legal agiu com culpa (imprudência, negligência ou imperícia) ao colocar no mercado produto ou serviço defeituoso.”²⁴ Segundo a teoria objetiva, para haver reparação basta que se constate a ocorrência do fato e sua relação de causalidade com o dano, em outras palavras, os elementos ato ilícito, dano e nexo causal.²⁵ Outrossim, de acordo com o artigo 7º, parágrafo único, do CDC, essa responsabilização é solidária, já que “tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.”²⁶

Isso posto, percebe-se a preocupação da legislação consumerista em garantir o direito à prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos, previsto no artigo 6º, inciso VI, do CDC, como um dos direitos básicos do consumidor. Nesse sentido, Cristiano Farias *et. al* alertam que “a tendência atual caminha no sentido de prevenir os danos (tutela preventiva), e não apenas esperar que eles ocorram para indenizá-los (tutela repressiva)”.²⁷

A título demonstrativo tem-se a seguinte condenação da Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (SABESP) em 2020:

Prestação de serviços de água e esgoto. Alegação de falha na prestação dos serviços.
Fornecimento de água imprópria para consumo. Ação de obrigação de fazer

²³ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 157-158.

²⁴ BENJAMIN, Antonio Herman V. Fato do Produto e do Serviço. In: BENJAMIN, A. H. V.; MARQUES, C. L.; BESSA, L. R. **Manual de Direito do Consumidor**. 7. ed. (rev., atual. e ampl.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 178.

²⁵ FARIAS Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**, volume 3. 2. ed. (rev., ampl. e atual.). São Paulo: Atlas, 2015, p. 417.

²⁶ BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 09 set. 2020.

²⁷ FARIAS Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**, volume 3. 2. ed. (rev., ampl. e atual.). São Paulo: Atlas, 2015, p. 676.

cumulada com reparação de danos. Sentença de procedência. Apelação da ré. Prova pericial produzida nos autos que atesta o fornecimento de água imprópria para o consumo. Água fornecida com excesso de resíduos provenientes de tubulação antiga da ré com vida útil esgotada. **Responsabilidade objetiva da concessionária nos termos do art. 14 do CDC** e art. 37, § 6º da CF. Dever de ressarcimento pelos danos materiais. Sentença de procedência mantida. Recurso não provido.²⁸

Na referida jurisprudência, nota-se que o fornecimento de água imprópria para o consumo a um condomínio ensejou a responsabilização objetiva da concessionária com fundamento no artigo 14 do CDC, ou seja, devido ao fato do serviço prestado. Portanto, diante das ponderações referentes aos dispositivos do CDC e das semelhanças entre o precedente aludido e o cenário decorrente da conduta da CEDAE, resta evidente a aplicação da teoria objetiva para sua condenação.

4. DANOS INDENIZÁVEIS AOS CONSUMIDORES

Definidas a modalidade de responsabilidade civil e a teoria da responsabilidade aplicáveis ao caso em tela, a análise dos tipos de danos indenizáveis aos consumidores do serviço fornecido pela CEDAE denota-se bastante relevante para a completude desse estudo, tendo em vista que a efetiva prevenção e reparação desses danos constitui um direito básico do consumidor.

Primeiramente, destaca-se que o artigo 81 do CDC expressa que “A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.”²⁹ Dessa forma, conforme dispõe o parágrafo único do referido dispositivo, a tutela a título coletivo será admitida nas hipóteses que versarem sobre interesses ou direitos difusos; interesses ou direitos coletivos e interesses ou direitos individuais homogêneos. Nesse sentido, Leonardo Bessa sintetiza que

a proteção dos direitos coletivos do consumidor se justifica pela configuração atual da sociedade, pela massificação do mercado de consumo, pela percepção de que há direitos que pertencem a toda a comunidade, pela necessidade de instituir instrumentos processuais eficazes em relação às lesões coletivas de direitos, evitando repetição de processos iguais e decisões contraditórias.³⁰

²⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº 1006880-74.2017.8.26.0008**, 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Foro Regional VIII - Tatuapé - 2ª Vara Cível, 07 de agosto de 2020, grifos nossos.

²⁹ BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 09 set. 2020.

³⁰ BESSA, Leonardo Roscoe. Ação Coletiva. In: BENJAMIN, A. H. V.; MARQUES, C. L.; BESSA, L. R. **Manual de Direito do Consumidor**. 7. ed. (rev., atual. e ampl.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 516.

Logo, observa-se que a defesa dos direitos e interesse coletivos dos moradores da RMRJ por meio de uma Ação Coletiva representa um meio processual eficaz, tendo em vista o número exorbitante de consumidores afetados – aproximadamente 9 milhões³¹ - e, por conseguinte, a quantidade de potenciais ações individuais a serem ajuizadas por cada um deles a fim se obter a reparação pelos danos sofridos.

À vista disso, no dia 20 de fevereiro de 2020, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ) e a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (DPRJ) propuseram a Ação Civil Pública nº 0040259-34.2020.8.19.0001³² em face da CEDAE. Tal ajuizamento encontra respaldo na legitimidade que lhes é conferida pelo artigo 82 do CDC e, ainda, pelo o artigo 5º da Lei 7.347/1985, *in verbis*:

Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente
I - o Ministério Público [...]
III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;³³
Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:
I - o Ministério Público;
II - a Defensoria Pública;³⁴

Nesse contexto, dentre os pleitos requeridos pelos autores se destacam a concessão de tutela de urgência e a condenação da ré à indenização por danos materiais e morais individuais e por danos morais coletivos. Quanto à tutela de urgência, a parte autora requereu a determinação de bloqueio judicial nas contas da CEDAE com objetivo de garantir o pagamento das indenizações e também a determinação de que a Companhia providenciasse um desconto na conta de água até que ela comprovasse por meio de laudos técnicos que o fornecimento houvesse sido normalizado.

Nesse cenário, no dia 10 de março de 2020, a 2ª Vara Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) concedeu a liminar para obrigar a CEDAE a realizar

³¹ Dado extraído da Nota técnica da UFRJ de 15 de janeiro de 2020. Disponível em: https://ufrj.br/sites/default/files/img-noticia/2020/01/nota_tecnica_-_caso_cedae.pdf. Acesso em: 24 ago. 2020.

³² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Ação Civil Pública nº 0040259-34.2020.8.19.0001**, 2ª Vara Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ). Disponível em: http://www.mprj.mp.br/documents/20184/540394/acp_cedae_qualidade_agua.pdf. Acesso em 13 set. 2020.

³³ BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 09 set. 2020.

³⁴ BRASIL. Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985. **Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (vetado) e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm. Acesso em: 13 set. 2020.

um desconto de 25% na conta de água de seus consumidores³⁵. No entanto, 16 dias depois, o TJRJ suspendeu tal medida a pedido do Estado do Rio de Janeiro, que, por sua vez, alegou que a qualidade da água já havia sido regularizada e que a manutenção do desconto representaria uma grave lesão à ordem e a economia públicas do Estado, já que este é titular de mais de 99% das ações da Companhia.³⁶ Diante da suspensão da execução, o MPRJ interpôs agravo interno alegando, dentre outras razões, que a “liminar [...] gera o menor risco para as finanças públicas, nem tampouco para as da CEDAE, cujo último balancete divulgado, relativo ao exercício de 2018, dava conta um faturamento em montante superior a cinco bilhões e quinhentos milhões de reais.”³⁷ Ademais, ressalta-se que o referido agravo não foi julgado pelo TJRJ até o momento de produção deste artigo.

Finalmente, passa-se ao estudo dos danos indenizáveis aos consumidores requeridos pelo MPRJ e pela DPRJ. No tocante aos danos materiais individuais, Cristiano Farias *et. al* compreendem que se referem a lesões que atingem algo em sua integridade ou substância, sendo que a sua estimativa é entendida a partir da apreciação da dimensão econômica do bem afetado³⁸. Nessa perspectiva, inserem-se os danos materiais sofridos por cada morador da RMRJ advindos do dispêndio econômico ao adquirir água mineral a fim de suprir essa necessidade com um nível superior de segurança, já que a fornecida pela Companhia se revelava como imprópria para o consumo.³⁹

Ademais, no que tange aos danos morais individuais, é possível identificar o sofrimento de cada consumidor do serviço de abastecimento de água da CEDAE ao ser submetido ao consumo de água com gosto, odor e aparência semelhantes à terra e, por conseguinte, objetos de repulsa para a aceitação humana. Importa ressaltar que tal sofrimento é agravado em razão do monopólio exercido pela Companhia, sendo assim, uma situação de fato imposta quase sem deixar alternativas aos moradores. Nesse sentido, Sergio Cavalieri Filho, sob uma ótica constitucional, sintetiza que o dano moral consiste em uma “agressão a um bem

³⁵ MPRJ. **MPRJ e Defensoria Pública obtêm liminar que obriga a Cedae a reduzir conta dos consumidores em 25%**. 10 mar. 2020. Disponível em: <http://www.mprj.mp.br/home/-/detalhe-noticia/visualizar/84102>. Acesso em: 13 set. 2020.

³⁶ TJRJ. **Suspensa a liminar que obrigava Cedae a dar desconto de 25% na conta**. 26 mar. 2020. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/7115403>. Acesso em: 13 set. 2020.

³⁷ MPRJ. **MPRJ informa que será julgado na segunda (14/09) recurso ministerial contra decisão que suspendeu o desconto sobre a tarifa da água fornecida pela CEDAE**. 12 set. 2020. Disponível em: <http://www.mprj.mp.br/home/-/detalhe-noticia/visualizar/91401>. Acesso em: 13 set. 2020.

³⁸ FARIAS Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**, volume 3. 2. ed. (rev., ampl. e atual.). São Paulo: Atlas, 2015, p. 222.

³⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Ação Civil Pública nº 0040259-34.2020.8.19.0001**, 2ª Vara Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ). Disponível em: http://www.mprj.mp.br/documents/20184/540394/acp_cedae_qualidade_agua.pdf. Acesso em 13 set. 2020.

ou atributo da personalidade”.⁴⁰ Além disso, o autor afirma que devido a sua natureza imaterial, a reparação de tal modalidade de dano se dá por meio de uma compensação que, em verdade, se aproxima mais de uma satisfação do que de uma indenização.

Por fim, diante do fato ocorrido, ainda é concebível o requerimento de reparação a título de danos morais coletivos. Nesse escopo, se faz mister entender que esta espécie de dano decorre de uma evolução do dano moral na qual estão compreendidas as mudanças estimuladas pela Constituição Federal de 1988 e sua base axiológica, o próprio refinamento do dano moral, sua expansão quantitativa e, enfim, a prevalência do princípio da solidariedade, conforme nos ensinam Cristiano Farias *et. al*⁴¹. Nessa última fase é que surge o dano moral coletivo, já que, passa-se da visão individualista do sujeito para uma concepção geral, a qual considera toda a comunidade em que ele está inserido. Em síntese,

O dano moral coletivo corresponde à lesão injusta e intolerável a interesses ou direitos titularizados pela coletividade (considerada em seu todo ou em qualquer de suas expressões - grupos, classes ou categorias de pessoas), os quais possuem natureza extrapatrimonial, refletindo valores e bens fundamentais para a sociedade.⁴²

Outrossim, salienta-se que a condenação em razão de danos morais coletivos não abrange somente a função de reparar as vítimas do fato. Nesse ponto, Leonardo Bessa esclarece que a finalidade dessa condenação é, “mediante a imposição de novas e graves sanções jurídicas para determinadas condutas, atender ao princípio da prevenção e precaução, de modo a conferir real e efetiva tutela ao meio ambiente [...], relações de consumo e a outros bens que extrapolam o interesse individual.”⁴³ Dessa forma, objetiva-se prevenir que a conduta cometida venha a ser novamente realizada tanto pela parte condenada como por outros sujeitos da coletividade capazes que incorrerem no ato ilícito gerador de responsabilidade.

Ademais, em uma análise mais profunda, Cristiano Farias *et. al* alertam que se essa modalidade de condenação contemplasse apenas a função reparatória, não haveria motivos para justificá-la, uma vez que a reparação dos afetados já estaria incluída nas pretensões individuais.⁴⁴ À vista disso, tais doutrinadores defendem uma reforma legislativa que inclu

⁴⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 90.

⁴¹ FARIAS Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**, volume 3. 2. ed. (rev., ampl. e atual.). São Paulo: Atlas, 2015, p. 315.

⁴² MEDEIROS NETO, 2007 apud ZENKNER; ROCHA. Dano Moral Coletivo e Dano Social: As Novas Espécies de Danos Indenizáveis – Os Dois Lados de Uma Mesma Moeda. In: **Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania**. 2017, p. 82.

⁴³ BESSA, Leonardo Roscoe. Dano moral coletivo. In: BENJAMIN; LECEY; CAPPELLI. **Meio ambiente e acesso à justiça: flora, reserva legal e APP**. 3v. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2007, p. 186.

⁴⁴ FARIAS Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**, volume 3. 2. ed. (rev., ampl. e atual.). São Paulo: Atlas, 2015, p. 323.

expressamente o dano moral coletivo como pena civil na Lei da Ação Civil Pública, de modo a definir os critérios de aplicação dessa sanção.⁴⁵

Diante do exposto, demonstra-se extremamente pertinente e adequado o requerimento dessa espécie de dano, postulado na ACP nº 0040259-34.2020.8.19.0001, tendo em vista o impacto causado pelo evento na comunidade fluminense consumidora do serviço de fornecimento de água da CEDAE e a necessidade de se prevenir novas condutas semelhantes à apresentada pela fornecedora.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da essencialidade do serviço de abastecimento de água e do monopólio exercido pela CEDAE, verificou-se que o fornecimento desse bem com propriedades alteradas no início de 2020 pela Companhia agravou significativamente a vulnerabilidade já existente entre os consumidores e a fornecedora.

Nesse contexto, em face da relação jurídica de consumo nítida entre os moradores da RMRJ e a CEDAE, aplicam-se as disposições normativas acerca da responsabilidade civil do fornecedor previstas no CDC. Assim, o fornecimento de água imprópria para consumo enseja a responsabilização da Companhia pelo fato do serviço prevista no artigo 14 e reiterada pelo artigo 22, ambos do CDC. Ademais, acrescenta-se que a teoria aplicável será a objetiva e, por conseguinte, tal responsabilidade se dá independentemente de culpa da fornecedora, sendo necessária apenas a comprovação do ato ilícito, do dano e do nexo causal.

Outrossim, ressalta-se a possibilidade da defesa dos interesses e direitos dos consumidores do caso em tela a título coletivo, tendo em conta sua previsão no artigo 82 do CDC. Nesse sentido, o ajuizamento da ACP nº 0040259-34.2020.8.19.0001 pelo MPRJ em conjunto com a DPRJ é legítima e, ainda, extremamente oportuna devido à quantidade de consumidores afetados e, portanto, de interesses e direitos ofendidos que suscitarium diversas ações individuais.

Por fim, dentre os danos passíveis de indenização suportados pelos moradores da RMRJ estão os materiais individuais, referentes aos gastos de cada pessoa com água mineral para substituir à imprópria fornecida pela CEDAE e os morais individuais, relativos ao sofrimento de cada consumidor ao ser submetido a tal situação monopolista. Além disso, identifica-se também, a necessidade de indenização a título de danos morais coletivos, a fim de

⁴⁵ FARIAS Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**, volume 3. 2. ed. (rev., ampl. e atual.). São Paulo: Atlas, 2015, p. 326.

se prevenir que condutas semelhantes à posta em questão venham a se repetir, tanto pela própria Companhia, como por outras fornecedoras.

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antonio Herman V. Fato do Produto e do Serviço. In: BENJAMIN, A. H. V.; MARQUES, C. L.; BESSA, L. R. **Manual de Direito do Consumidor**. 7. ed. (rev., atual. e ampl.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BESSA, Leonardo Roscoe. Vício do Produto e do Serviço. In: BENJAMIN, A. H. V.; MARQUES, C. L.; BESSA, L. R. **Manual de Direito do Consumidor**. 7. ed. (rev., atual. e ampl.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BESSA, Leonardo Roscoe. Ação Coletiva. In: BENJAMIN, A. H. V.; MARQUES, C. L.; BESSA, L. R. **Manual de Direito do Consumidor**. 7. ed. (rev., atual. e ampl.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 516.

BESSA, Leonardo Roscoe. Dano moral coletivo. In: BENJAMIN; LECEY; CAPPELLI. **Meio ambiente e acesso à justiça: flora, reserva legal e APP**. 3v. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2007, p. 186.

BOLZAN, Fabrício. **Direito do consumidor esquematizado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 45.

BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm. Acesso em: 01 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995. **Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987compilada.htm. Acesso em: 9 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 7.783 de 28 de junho de 1989. **Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17783.HTM. Acesso em: 9 set. 2020

BRASIL. Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985. **Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (vetado) e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm. Acesso em: 13 set. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº 1006880-74.2017.8.26.0008**, 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Foro Regional VIII - Tatuapé - 2ª Vara Cível, 07 de agosto de 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Ação Civil Pública nº 0040259-34.2020.8.19.0001**, 2ª Vara Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ). Disponível em: http://www.mprj.mp.br/documents/20184/540394/acp_cedae_qualidade_agua.pdf. Acesso em 13 set. 2020.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 90.

CEDAE. **Nota de Esclarecimento**. 7 jan. 2020. Disponível em: <https://www.cedae.com.br/Noticias/detalhe/nota-de-esclarecimento/id/393>. Acesso em: 25 ago. 2020.

CEDAE. **Nota de esclarecimento**. 4 jun. 2020. Disponível em: <https://www.cedae.com.br/Noticias/detalhe/nota-de-esclarecimento/id/498>. Acesso em: 25 ago. 2020.

CEDAE. **Apresentação: a Cedae**. Disponível em: <https://www.cedae.com.br/apresentacao>. Acesso em: 24 ago. 2020.

CEDAE. **Estações de Tratamento**. Disponível em: https://www.cedae.com.br/estacoes_tratamento. Acesso em 25 ago. 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**, volume 3. 2. ed. (rev., ampl. e atual.). São Paulo: Atlas, 2015.

FIGUEIREDO, Pedro. Moradores de vários bairros do Rio reclamam da qualidade da água. **G1**, 6 jan. 2020. Rio de Janeiro. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/01/06/moradores-de-varios-bairros-do-rio-reclamam-da-qualidade-da-agua.ghtml>. Acesso em: 24 ago. 2020.

FONSECA; ESTEVES; FIGUEIREDO; VOLSCHAN JR.; PICÃO; AZEVEDO. **Nota técnica da UFRJ sobre os problemas da qualidade da água que a população do Rio de Janeiro está vivenciando**. 15 jan. 2020. Rio de Janeiro. Disponível em: https://ufrj.br/sites/default/files/img-noticia/2020/01/nota_tecnica_-_caso_cedae.pdf. Acesso em: 24 ago. 2020.

GOULART, Gustavo. Água sob suspeita: casos de diarreia, gastroenterite e vômito mais que dobram em UPAs da Zona Oeste. **O Globo**, 8 jan. 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/agua-sob-suspeita-casos-de-diarreia-gastroenterite-vomito-mais-que-dobram-em-upas-da-zona-oeste-1-24176922>. Acesso em: 25 ago. 2020

MARQUES, Claudia Lima. Campo de Aplicação do CDC. In: BENJAMIN, A. H. V.; MARQUES, C. L.; BESSA, L. R. **Manual de Direito do Consumidor**. 7. ed. (rev., atual. e ampl.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 205.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 157-158.

MPRJ. **MPRJ informa que será julgado na segunda (14/09) recurso ministerial contra decisão que suspendeu o desconto sobre a tarifa da água fornecida pela CEDAE**. 12 set.

2020. Disponível em: <http://www.mprj.mp.br/home/-/detalhe-noticia/visualizar/91401>. Acesso em: 13 set. 2020.

MPRJ. MPRJ e Defensoria Pública obtêm liminar que obriga a Cedae a reduzir conta dos consumidores em 25%. 10 mar. 2020. Disponível em: <http://www.mprj.mp.br/home/-/detalhe-noticia/visualizar/84102>. Acesso em: 13 set. 2020.

RIO DE JANEIRO. Anexo ao Decreto nº 553 de 16 de janeiro de 1976. **Regulamento dos Serviços Públicos de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário do Estado do Rio de Janeiro.** Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/decest.nsf/c8ea52144c8b5c950325654c00612d63/9950280c47bc1fb803256b72006247f5?OpenDocument&Highlight=0,553>. Acesso em 13 set. 2020.

SMIDERLE, Juliana; CAPODEFERRO, Morganna; TARDIN, Isadora. Crise na Cedae: como chegou até aqui?. **Revista Conjuntura Econômica**, v. 74, n. 3, 2020, p. 33-34.

TJRJ. Suspensa a liminar que obrigava Cedae a dar desconto de 25% na conta. 26 mar. 2020. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/7115403>. Acesso em: 13 set. 2020.

ZENKNER, Anna Christina; ROCHA, Maiara Sanches Machado. Dano Moral Coletivo e Dano Social: As Novas Espécies de Danos Indenizáveis – Os Dois Lados de Uma Mesma Moeda. In: **Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania**. 2017, p. 82.

Helena Gontijo Duarte de Oliveira

Raquel Luiza Borges Barbosa

Sumário: 1. Considerações iniciais; 2. Magistratura; 3. Poderes e deveres do juiz; 4. Teoria geral da responsabilidade civil; 5. Responsabilidade civil do magistrado; 6. Considerações finais; Referências.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho se presta a discutir pontos importantes acerca da responsabilidade civil dos magistrados. A necessidade de promover um processo democrático e responsável motivou a presente pesquisa, que tem como intuito responder a seguinte questão: a maneira como a responsabilização civil dos magistrados é disciplinada no ordenamento jurídico brasileiro está em consonância com o paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito, formalmente estabelecido na Constituição Federal?

O objetivo geral da pesquisa é analisar as previsões de responsabilização civil dos magistrados presentes na legislação brasileira sob a ótica democrática do processo cooperativo. Para que o objetivo seja alcançado, primeiramente serão feitas breves considerações acerca da magistratura, apresentando suas garantias e vedações. Posteriormente serão analisados de maneira paradigmática os poderes e deveres do juiz, perpassando brevemente os paradigmas do Estado Liberal e Estado Social. Em sequência, serão tecidas considerações acerca da teoria geral da responsabilidade civil, definindo alguns conceitos importantes para que, por fim, no quinto capítulo, possa ser analisada a temática central do presente trabalho, qual seja, a responsabilidade civil do juiz. Ao final, serão feitas considerações finais com relação à temática.

A pesquisa proposta pertence à vertente metodológica jurídico-sociológica e, no tocante ao tipo de investigação, foi escolhido, na classificação de Witker¹ e Gustin², o tipo

¹ WITKER, Jorge. **Como elaborar una tesis en derecho:** pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del derecho. Madrid: Civitas, 1985.

² GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica:** teoria e prática. 3a. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

jurídico-projetivo e a técnica pesquisa teórica. O tipo de argumento selecionado foi o dialético. Frente à amplitude e importância do tema, o trabalho se propõe a tecer uma visão crítica acerca do tema, de modo a promover um diálogo entre o direito público e privado.

2. MAGISTRATURA

Montesquieu na obra “Espírito das Leis” concebeu a técnica de separação dos poderes, que hoje é abarcada já no artigo 2º da Constituição Federal entre o Executivo, Legislativo e Judiciário. Adotando ainda o sistema de pesos e contrapesos de Montesquieu, a Constituição confere a esses poderes independência³. No presente trabalho iremos focar os estudos no Poder Judiciário, que realiza a função jurisdicional, caracterizada “pela prolação de decisão autônoma, de forma autorizada e, por isso, vinculante, em casos de direitos contestados ou lesados.”⁴

O Poder Judiciário é exercido por magistrados em diversos graus de jurisdição, que, em regra, são investidos no cargo após aprovação em concurso público de provas e títulos no qual podem concorrer bacharéis em direito que tenham exercido a atividade jurídica por, no mínimo, três anos. Ademais, há no sistema brasileiro a possibilidade de nomeação política, todavia essa está limitada aos ministros do Supremo Tribunal Federal. Por fim há ainda a possibilidade de ingresso na magistratura de membros do Ministério Público e Advogados, aos quais estão reservadas um quinto das vagas de desembargadores de tribunais colegiados.⁵

Aos magistrados a Constituição assegura garantias, como a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos. Segundo Gilmar Mendes, tais garantias “destinam-se a emprestar a conformação de independência que a ordem constitucional pretende outorgar à atividade judicial.”⁶ Ademais, a Constituição também os faz vedações, como a participação em atividade político-partidária e o exercício, ainda que em disponibilidade, de outro cargo ou função, salvo uma função de magistério.

A atividade jurisdicional é considerada por muitos como “sagrada”, uma vez que o juiz seria o responsável por “traduzir” a lei para aqueles que não tem tal capacidade. Trata-se de clara herança dos ideais da Antiguidade e Idade Média, como aponta Virgília Gomes Fantini

³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4a. ed. São Paulo : Saraiva, 2009.

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4a. ed. São Paulo : Saraiva, 2009. p. 974.

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4a. ed. São Paulo : Saraiva, 2009.

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4a. ed. São Paulo : Saraiva, 2009. p. 978.

O médium entre as esferas do sagrado e profano era o sacerdote. A partir dele, a palavra sagrada, somente decifrável aos secularmente escolhidos, era ministrada aos profanos, como resposta aos anseios de um povo. Somente o sacerdote conhecia as fórmulas da oração às quais os deuses não resistiam. Com o desenvolvimento da cidade, a religião comandava o governo, e o sacerdote foi ao mesmo tempo magistrado, juiz e rei.⁷

Ainda segundo a autora, “a modernidade assimila essa herança. As atuais salas de audiências reproduzem o recinto sacrificial sagrado e o juiz é homem escolhido como o único capaz de dirimir as mazelas da humanidade por uma atividade decisória reveladora da verdade última da norma jurídica.”⁸ Diante disso, percebe-se que os magistrados são entendidos em uma posição de superioridade perante os demais sujeitos processuais. Cabe analisar por conseguinte se a lei também assim o vê, uma vez que tratamento diferenciado a ele poderia significar uma quebra do princípio da isonomia, garantido constitucionalmente.

O *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, indica que todos são iguais perante a lei. Esse princípio adentra a esfera processual e incumbe ao juiz o dever de assegurar às partes igualdade de tratamento, todavia, tal princípio “revela-se com mais clareza nos casos em que se criam regras para tratamento diferenciado. Por mais paradoxal que possa parecer, o tratamento distinto é, em alguns casos, a principal forma de igualar as partes.”⁹ Entretanto, além desse dever de manter a paridade entre as partes, tal princípio indica também que a lei não pode dar tratamento diferenciado para o próprio juiz em relação às partes apenas por ser ele um representante do Estado, uma vez que eventual tratamento diferenciado a ele não traria maior efetividade ao princípio da isonomia.

3. PODERES E DEVERES DO JUIZ

A análise da possibilidade de responsabilização civil do juiz deve ser precedida de uma exposição acerca de quais são seus poderes e deveres, já que eventual responsabilização estaria intrinsecamente ligada a esses aspectos. Dessa forma, o que se propõe primeiramente é uma breve análise desses poderes-deveres dos juízes a partir do paradigma jurídico-constitucional vivenciado pela sociedade. Para tal, primeiramente, é necessário compreender o sentido atribuído ao próprio vocábulo “paradigma” nesse estudo, “isso porque paradigma não recebe conceituação uniforme por aqueles que se dedicam ao seu estudo; ao contrário, o que

⁷ FANTINI, Virgília Gomes. **Os Restos da Dominação Religiosa no Direito Processual Civil**. 2014. 96 f. Dissertação de Mestrado - Universidade FUMEC, Belo Horizonte. p.87.

⁸ FANTINI, Virgília Gomes. **Os Restos da Dominação Religiosa no Direito Processual Civil**. 2014. 96 f. Dissertação de Mestrado - Universidade FUMEC, Belo Horizonte. p. 88.

⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015.p. 97.

se verifica é o emprego do termo com significações integralmente distintas e variáveis de acordo com o momento histórico”.¹⁰

Nesse sentido, cabe apontar a teoria exposta por Jürgen Habermas, que descreve o paradigma como algo que assume a forma de uma teoria, explicando “como as normas jurídicas devem ser concebidas e implementadas para que cumpram, em determinado contexto histórico, as funções que lhe são atribuídas pelo Direito.”¹¹. Assim, percebe-se que o paradigma exerce papel fundamental na interpretação e aplicação do Direito, uma vez que é através do estudo paradigmático que indicamos o sentido atribuído às normas positivadas. Os paradigmas jurídicos abordados em uma visão Constitucionalista são: o Estado Liberal, o Estado Social e o Estado Democrático de Direito. Entre eles, há uma relação de subsunção, isto é, não há uma superação total de uma relação ao outro, uma vez que o paradigma subsequente engloba certos aspectos tidos como positivos daquele que o antecedeu.

Durante o Estado Liberal, um dos princípios dominantes na processualística era o Princípio Dispositivo que, conforme ensina Cappelletti,¹² se manifesta a partir dos princípios da demanda, exceção, impugnação privada da sentença e disponibilidade do processo. Esses princípios, atribuíam ao juiz uma participação mínima durante o processo, uma vez que “o modelo de processo liberal alicerçou-se no controle da iniciativa processual pelas partes.”¹³. Essa atribuição de maior autonomia às partes se dava em razão do temor de que uma maior participação do juiz no processo pudesse culminar em sua perda de imparcialidade.¹⁴

A socialização do Estado trouxe mudanças para o processo, que deixou de ser concebido em uma perspectiva privada de “coisa das partes” e passou a “representar o exercício de uma função pública e soberana”.¹⁵ Nesse sentido, o juiz passou a ter maior importância durante o processo, recebendo assim um incremento em seus poderes e deveres. Neste paradigma, um dos autores de maior destaque e responsável por atribuir um caráter científico ao direito processual foi Oskar Bulow, que concebeu o processo como uma relação

¹⁰ THIBAU, Vinicius Lott. Os paradigmas jurídico-constitucionais e a interpretação do Direito. **Meritum**. Belo Horizonte, v. 3, n. 1, p. 317-354, 2008. p. 319.

¹¹ HABERMAS, 1996, *apud* THIBAU, Vinicius Lott. Os paradigmas jurídico-constitucionais e a interpretação do Direito. **Meritum**. Belo Horizonte, v. 3, n. 1, p. 317-354, 2008. p. 322.

¹² CAPPELLETTI, Mauro. **O Processo Civil no Direito Comparado**. Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica, 2001. p. 24.

¹³ RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização processual**. 2a ed. rev. atual e ampl. Salvador: Editora Jus Podivm, 2019. p. 63.

¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **O Processo Civil no Direito Comparado**. Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica, 2001.

¹⁵ RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização processual**. 2a ed. rev. atual e ampl. Salvador: Editora Jus Podivm, 2019. p. 79.

jurídica, em que o juiz teria poderes para identificar pressupostos processuais, mesmo se estes não fossem suscitados pelas partes.¹⁶

O artigo 1º da Constituição Federal de 1988 enuncia que a República Federativa do Brasil se constitui como Estado Democrático de Direito¹⁷. Assim, percebe-se que formalmente nos encontramos atualmente sob a égide de tal paradigma que surge como resposta aos problemas apresentados tanto pelo Estado Liberal quanto pelo Estado Social, uma vez que esses não foram capazes de abarcar o direito de fiscalização dos cidadãos, essencial em uma sociedade complexa e pluralista, conforme aponta Habermas.¹⁸ Assim,

O que se pretende com a Teoria Habermaseana do Discurso e da Democracia, também denominada Teoria Procedimental da Democracia, é suprir as insuficiências apresentadas nas concepções liberal e republicana de Democracia, aproveitando-se, entretanto, dos aspectos positivos de ambas, a fim de proporcionar aos cidadãos de uma sociedade multiculturalizada o exercício dos direitos de participação e de fiscalização na produção do Direito.¹⁹

O processo civil no Estado Democrático de Direito “deve ser entendido como uma parceria de singularidades, ou seja, uma comunidade de trabalho entre o juiz e as partes”.

²⁰Nesse sentido, nem o juiz nem as partes conseguem atingir um resultado satisfatório do processo sem que ocorra a colaboração entre esses sujeitos. Supera-se dessa forma a ideia de um processo como “coisa das partes” pretendida pelo Estado Liberal, bem como a relação jurídica apresentada pelo Estado Social, entre juiz, autor e réu, em que esses estariam em relação de subordinação para com o primeiro. “O processo ganha então o tom democrático. Deixa de ser ‘aquele instrumento formal que aplica o direito com rapidez máxima, mas, sim, aquela estrutura normativa constitucionalizada que é dimensionada por todos os princípios constitucionais dinâmicos’.”²¹

Nesse sentido, o artigo 6º do Código de Processo Civil indica que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de

¹⁶ RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização processual.** 2a ed. rev. atual e ampl. Salvador: Editora Jus Podivm, 2019. p. 81

¹⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988.

¹⁸ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro.** Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

¹⁹ THIBAU, Vinicius Lott. Os paradigmas jurídico-constitucionais e a interpretação do Direito. **Meritum.** Belo Horizonte, v. 3, n. 1, p. 317-354, 2008. p. 345.

²⁰ ESPINDOLA, Angela Araújo da Silveira. SANTOS, Igor Raatz. O Processo Civil no Estado Democrático de Direito e a releitura das garantias constitucionais: entre a passividade e o protagonismo judicial. **Revista NEJ - Eletrônica**, vol. 16 - n. 2 - p. 150-169 / mai-ago 2011. p. 159.

²¹ ESPINDOLA, Angela Araújo da Silveira. SANTOS, Igor Raatz. O Processo Civil no Estado Democrático de Direito e a releitura das garantias constitucionais: entre a passividade e o protagonismo judicial. **Revista NEJ - Eletrônica**, Vol. 16 - n. 2 - p. 150-169 / mai-ago 2011. p. 162.

mérito justa e efetiva.”²² Dessa forma, esse artigo institui um dever de cooperação tanto para as partes, quanto para o juiz, colocando todos os sujeitos processuais em igualdade, sem que exista entre eles uma posição de destaque. Esse é o chamado princípio da cooperação que “define o modo como o processo civil deve estruturar-se no direito brasileiro.”²³

Mais adiante, o atual Código de Processo Civil apresenta no capítulo I do título IV quais são poderes e demais deveres do juiz, bem como traz normativas acerca de sua responsabilização na esfera civil. Cabe ressaltar, de forma preliminar, que essa responsabilização do magistrado ocorre apenas regressivamente, e apenas nos casos em que exista dolo ou fraude, excluindo dessa forma, as condutas exercidas com culpa *stricto sensu*. Todavia, a responsabilização civil do magistrado não está restrita a esses deveres que lhes são impostos de maneira expressa, uma vez que, conforme ensina Fredie Didier

Essa eficácia normativa independe da existência de regras jurídicas expressas. Se não há regras expressas que, por exemplo, imputem ao órgão jurisdicional o dever de manter-se coerente com os seus próprios comportamentos, protegendo as partes contra eventual comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) do órgão julgador, o princípio da cooperação garantirá a imputação deste dever ao magistrado. Ao integrar o sistema jurídico, o princípio da cooperação garante o meio (imputação de uma situação jurídica passiva) necessário à obtenção do fim almejado (o processo cooperativo).²⁴

4. TEORIA GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O instituto da responsabilidade civil é parte integrante do direito obrigacional, visto que o direito impõe, como consequência direta da prática de um ato ilícito, a obrigação de reparar o dano. Esta obrigação tem caráter pessoal, que se resolve em perdas e danos, e é caracterizada, normalmente, como o vínculo jurídico que confere ao credor o direito de exigir do devedor o cumprimento de determinada prestação. As obrigações que derivam de atos ilícitos se constituem por meio de ações ou omissões culposas ou dolosas do agente, que infringem um dever de conduta e que acabam resultando em dano a outrem. Por consequência, surge a obrigação de reparar o dano, indenizando ou ressarcindo o prejuízo causado, visto que todos aqueles que praticam um ato ou incorrem em uma omissão de que resulte um dano, devem suportar as consequências de suas ações²⁵, de acordo com o art. 186

²² BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 mar. 2015.

²³ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015.p. 125.

²⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015.p. 127.

²⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil** / Carlos Roberto Gonçalves. 17. ed. - São Paulo: Saraiva, 2016. p. 45-47

do Código Civil. Tal dispositivo legal assim aduz: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”²⁶. Pode-se entender, portanto, que a responsabilidade civil é um problema social, pois é uma regra que trata de manter o equilíbrio da sociedade. De acordo com a teoria clássica, a responsabilidade civil se assenta em quatro elementos principais: a ação ou omissão, o dano, a culpa do autor e a relação de causalidade entre o fato culposo e o dano (nexo causal).²⁷ Explicar-se-á, a seguir, cada um dos elementos que constituem a responsabilidade civil.

Primeiramente, o artigo 186 se refere a uma ação ou omissão do agente, que pode responder por condutas praticadas por ele mesmo ou de terceiros sob sua guarda ou danos provenientes de coisas que o pertençam. O artigo, nesse trecho, faz menção ao dolo, que se caracteriza, nas palavras de Gonçalves, como: “a violação deliberada, consciente, intencional do dever jurídico”²⁸mas, logo em seguida, aduz a possibilidade de responsabilização civil mesmo que o agente tenha agido com culpa, ao dispor sobre a negligência e imprudência.²⁹ A teoria subjetiva, adotada pelo Código Civil brasileiro, impõe a necessidade a vítima que, para que o dano seja reparado, comprove o dolo ou a culpa *strictu sensu* do agente. A culpa pode ser grave, leve ou levíssima ou, ainda, *in eligendo, in vigilando, in comittendo, in omittendo e in custodiendo*.³⁰

A culpa, em sentido lato, tem, por sua vez, um elemento subjetivo e um elemento objetivo. Savatier entende que o elemento objetivo da culpa é a inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar.³¹ O elemento subjetivo da culpa, por sua vez, é caracterizado pela existência de um dever legal que foi violado. De acordo com Gonçalves:

A responsabilidade é uma reação provocada pela infração de um dever preexistente. No entanto, ainda mesmo que haja violação de um dever jurídico e que tenha havido culpa, e até mesmo dolo, por parte do infrator, nenhuma indenização será devida uma vez que não se tenha verificado prejuízo.³²

²⁶ BRASIL, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002

²⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil** / Carlos Roberto Gonçalves. 17. ed. - São Paulo: Saraiva, 2016, p. 45-47

²⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil** / Carlos Roberto Gonçalves. 17. ed. - São Paulo: Saraiva, 2016, p. 67

²⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil** / Carlos Roberto Gonçalves. 17. ed. - São Paulo: Saraiva, 2016, p. 66

³⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil** / Carlos Roberto Gonçalves. 17. ed. - São Paulo: Saraiva, 2016, p. 67

³¹ SAVATIER, *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil** / Carlos Roberto Gonçalves. 17. ed. - São Paulo: Saraiva, 2016, p. 70

³² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil** / Carlos Roberto Gonçalves. 17. ed. - São Paulo: Saraiva, 2016, p. 70.

A culpa é conceituada como um dos pressupostos da responsabilidade civil, sem o qual, via de regra, não se caracteriza o dever de indenizar. É necessário que, além de ter cometido um ato ilícito, o agente tenha agido com culpa, voluntária ou por imprudência ou negligência. A culpa é, então, a atuação do agente que mereça reprovação jurídica e só caberá tal censura quando restar comprovado que ele deveria ter agido de maneira diversa da que agiu. Em qualquer das modalidades de culpa fica caracterizada a infração a um dever de diligência, seja ela *lato sensu* ou *strictu sensu*. Para se aferir a culpa compara-se a conduta do agente com a do homem mediano, aquele que “diligentemente prevê o mal e precavidamente evita o perigo”.³³

O nexos causal, por sua vez, está disposto legalmente através da palavra “causar” no artigo 186 do Código Civil. É considerado, de acordo com Carlos Roberto Gonçalves, como “a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado”. Caso ausente, não fica caracterizada obrigação de indenizar, visto que se inexistir uma relação direta entre o dano e a conduta que o originou não é possível que se estabeleça vínculo obrigacional entre a vítima e o suposto infrator.³⁴ (GONÇALVES, 2016, p. 67).

Entende-se que é necessária a presença do elemento da voluntariedade que, quando não se faz presente, caracteriza eventos provocados por caso fortuito ou força maior, culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro e estado de necessidade, situações essas capazes de excluir o nexos causal e afastar a incidência da responsabilidade civil. Tais eventos não são passíveis de responsabilização visto que se faz imprescindível que a ação ou omissão seja de alguma maneira administrável pela ação humana³⁵. Ressalta-se que também não restará responsabilidade em casos em que a obrigação estiver prescrita ou que contenha cláusula de irresponsabilidade, bem como não é configurado dever de indenizar em casos em que o agente agiu em legítima defesa, exerceu regularmente um direito ou somente estava em estrito cumprimento do dever legal.

O dano, por fim, é explicado por Alvim, conforme citado por Gonçalves, como podendo ser “material ou simplesmente moral, ou seja, sem repercussão na órbita financeira

³³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil** / Carlos Roberto Gonçalves. 17. ed. - São Paulo: Saraiva, 2016, p. 454-455

³⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil** / Carlos Roberto Gonçalves. 17. ed. - São Paulo: Saraiva, 2016, p. 67.

³⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil** / Carlos Roberto Gonçalves. 17. ed. - São Paulo: Saraiva, 2016

do ofendido. Pode ser, também, coletivo ou social. [...] A inexistência de dano é óbice a pretensão de uma reparação, aliás, sem objeto”.³⁶

A tendência moderna, por outro lado, tem procurado fundamentar a responsabilidade na ideia de culpa mas, sendo esta insuficiente para atender às imposições do progresso, o legislador tem fixado casos especiais em que deve ocorrer a obrigação de reparar independente da presença do elemento culpa, como está disposto no artigo 927, parágrafo único do Código Civil, com o instituto da responsabilidade civil objetiva.³⁷

A responsabilidade civil objetiva trata da responsabilização sem a aferição do elemento culpa *lato sensu*. Só haverá responsabilidade objetiva em duas hipóteses: quando a lei expressamente definir, como por exemplo o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 14, ou quando a atividade se inserir na cláusula geral existente no artigo 927, parágrafo único, que elucida: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.³⁸

5. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MAGISTRADO

Adentrando agora na temática específica do presente trabalho, ressaltamos que

Ao traçar uma tipologia da responsabilidade judicial, na conhecida obra “Juízes Irresponsáveis?”, Mauro Cappelletti aponta quatro modalidades, as quais distingue, dentre outros critérios, tomando por base “o ente ou pessoa a quem o juiz deve responder”, reportando-se às responsabilidades política; social; jurídica do Estado; e jurídica do juiz.³⁹

Como será apresentado a seguir, o sistema brasileiro abarcou a responsabilização jurídica do Estado como regra e a responsabilização jurídica do juiz ficou estabelecida somente em casos específicos e de maneira mitigada.

O juiz responderá, como regra geral, regressiva e indiretamente, de acordo com o artigo 143 do Código de Processo Civil, que impõe que o magistrado seja responsabilizado quando agir com dolo ou fraude ou recusar, omitir ou retardar, injustificadamente, o processo.

³⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil / Carlos Roberto Gonçalves**. 17. ed. - São Paulo: Saraiva, 2016, p. 68

³⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil / Carlos Roberto Gonçalves**. 17. ed. - São Paulo: Saraiva, 2016, p. 47-49

³⁸ BRASIL, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

³⁹ OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. A responsabilidade social da magistratura brasileira: accountability e responsividade em meio à tensão entre o dever de prestar contas e a garantia da independência judicial. **Rev. Bras. Polít. Públicas (Online)**, Brasília, v. 6, nº 3, 2016 p. 29-40. p. 31.

O juiz responde de maneira regressiva e indireta devido a previsão do parágrafo 6º do artigo 37 da Constituição Federal, que aduz: “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.⁴⁰ Entende-se que o Estado irá ressarcir os prejuízos causados pelo magistrado somente quando esse agir com dolo ou fraude, não cabendo responsabilização estatal em caso de simples erro ou conduta culposa. De acordo com Carlos Roberto Gonçalves, a independência funcional da magistratura seria ferida caso o juiz fosse responsabilizado civilmente, em favor de qualquer das partes, pelo fato da sua decisão ter sido reformada pela instância superior.⁴¹

A morosidade para proferir sentença também não enseja responsabilização estatal pelos atos do juiz, quando a demora for justificada. Caso reste comprovado que o magistrado foi negligente na apuração do processo e que o tenha retardado injustificadamente, daí sim poderá se discutir a responsabilização cível⁴². De acordo com o artigo 630 do Código de Processo Penal, caso o interessado requeira, é possível que o tribunal conceda justa indenização pelos prejuízos sofridos nos casos de erro que serão apurados no juízo cível, mas devidos pela União ou pelo Estado. Ou seja, nas hipóteses de erro judiciário, o Estado responderá por danos de caráter material e moral e a indenização será arbitrada em execução.⁴³

De acordo com jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

A autoridade judiciária não tem responsabilidade civil pelos atos jurisdicionais praticados. Os magistrados enquadram-se na espécie agente político, investidos para o exercício de atribuições constitucionais, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica⁴⁴

A Lei Orgânica da Magistratura (Lei Complementar nº 35 de 1979) também estabelece consequências ao magistrado que for manifestamente negligente no cumprimento dos deveres do cargo, que tenha procedimento incompatível com a dignidade, a honra e o decoro de suas funções ou que tenha escassa ou insuficiente capacidade de trabalho ou cujo

⁴⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988.

⁴¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil** / Carlos Roberto Gonçalves. 17. ed. - São Paulo: Saraiva, 2016.

⁴² MARTINS, Jomar. **Estado não é responsável por demora da Justiça**. Consultor Jurídico.

⁴³ BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 228.977.2-SP, 2ª T., Rel. Min. Néri da Silveira, **Diário de Justiça Eletrônico**, 12 abr. 2002.

proceder funcional seja incompatível com o bom desempenho das atividades do Poder Judiciário, sob pena de aposentadoria compulsória.⁴⁵

Assim, entende-se que o magistrado responderá de maneira regressiva e indireta pelas suas condutas e somente quando agir com dolo ou incorrer em fraude. O poder público será, em todos os casos mencionados, o responsável direto por ressarcir os prejuízos do ofendido, com possibilidade de exigir o ressarcimento do magistrado que deu causa ao dano.

Entretanto, existem exceções previstas na legislação brasileira que ensejam responsabilização pessoal e direta do juiz. O artigo 1.744, inciso I do Código Civil assim aduz: “A responsabilidade do juiz será direta e pessoal, quando não tiver nomeado o tutor, ou não o houver feito oportunamente”.⁴⁶ A Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, por sua vez, também traz em seu artigo 64-B a responsabilização pessoal e direta do magistrado nas esferas civil, administrativa e penal, em caso de sentença contrária a entendimento firmado em súmula vinculante.⁴⁷ Ademais, o Código Eleitoral (Lei 9.504/1997) estabelece pagamento de 30 a 90 dias-multa (se a infração não estiver sujeita a outra penalidade) para qualquer funcionário do Poder Judiciário, inclusive o juiz, que não cumprir, nos prazos legais, os deveres impostos pelo Código.⁴⁸

Há, entretanto, divergência entre doutrinadores acerca da constitucionalidade do artigo 143 do CPC. Alguns autores entendem que o texto legal é incompatível com os dizeres da Constituição, baseados no argumento de que inexistente qualquer relação direta entre o juiz e as partes, enquanto outros autores defendem a constitucionalidade do artigo e demonstram que existe a possibilidade de responsabilização do magistrado desde a antiguidade, quando este agia com intenção de prejudicar outrem.⁴⁹

Entretanto, para além dessa discussão, faz-se necessário apontar que os advogados, representantes das partes, respondem civilmente independentemente da presença de dolo, ou seja, responderão inclusive por condutas culposas quando agirem com negligência ou imperícia, como demonstra a jurisprudência: “O advogado que, por comprovada negligência, não cumpre as obrigações assumidas em contrato de mandato judicial, deixando prescrever o

⁴⁵ BRASIL. Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 14 mar. 1979.

⁴⁶ BRASIL, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

⁴⁷ BRASIL. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 29 jan. 1999.

⁴⁸ BRASIL. Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965. Código eleitoral brasileiro. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 15 jul. 1965

⁴⁹ FERRIANI, Adriano. A Responsabilidade Civil do Juiz. **Cadernos de Direito**. Piracicaba, v. 9(16-17): 25-39, jan.-dez. 2009, p. 34-35.

direito de seu constituinte a perceber prestações devidas, tem o dever de indenizar o dano causado em face de sua conduta culposa”.⁵⁰

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista os aspectos acima expostos, é possível perceber que a magistratura possui na sociedade prestígio social, o que pode explicar a razão da responsabilidade civil do juiz ser de aferida maneira regressiva e indireta e apenas por dolo ou fraude, excluindo-se de reparação as ações culposas dos magistrados. Apesar de parte de alguns autores enxergarem essa previsão como uma espécie de “segurança” para que o juiz possa proferir decisões inovadoras, por exemplo, entende-se que, nos casos que o juiz agiu com culpa, ou seja, foi imprudente, negligente ou imperito, ele também deveria responder pela conduta, assim como acontece com o advogado, de modo a promover a isonomia processual.

A concepção de um processo democrático e participativo, em que todas as partes se encontram em situação paritária, não é compatível com uma diferenciação no tratamento entre o juiz e as partes. Diante disso, é possível afirmar que há um resquício do paradigma jurídico-constitucional anterior, do Estado Social, no qual o juiz, durante o processo, era hierarquicamente superior em relação às partes, um verdadeiro descobridor da verdade, que poderia ultrapassar os limites legais para alcançar a melhor decisão possível. A responsabilização pessoal do juiz por erro não é viável, tendo em vista o receio decisório que tal previsão geraria, mas em relação às condutas culposas não há razão que justifique a não responsabilização.

Em um processo democrático, fere o princípio da isonomia a responsabilização do juiz de maneira diversa daquela imputada aos representantes das partes. Isso porque no paradigma do Estado Democrático de Direito o processo deve ser entendido como uma comunidade de trabalho em que o juiz guarda para com as partes paridade de tratamento, não podendo valer-se do processo como um instrumento de jurisdição. Diante disso, não há motivo para dar ao juiz tratamento diferenciado no que tange à responsabilização civil, como o faz a legislação brasileira. Dessa forma, o que se percebe é uma verdadeira desvinculação do paradigma que a própria Constituição impõe ao ordenamento jurídico.

⁵⁰ RT 749/267 apud VENOSA, Sílvio de Salvo. **A responsabilidade civil dos advogados**. Migalhas. 9 jan. 2003.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 29 set. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 14 mar. 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm. Acesso em: 01 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965. Código eleitoral brasileiro. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 15 jul. 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14737compilado.htm. Acesso em: 28 set. 2020.

BRASIL. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 29 jan. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em: 29 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 29 set. 2020.

BRASIL, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 28 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 228.977.2-SP, 2ª T., Rel. Min. Néri da Silveira, **Diário de Justiça Eletrônico**, 12 abr. 2002. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14749041/recurso-extraordinario-re-228977-sp>. Acesso em: 28 set. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro. **O Processo Civil no Direito Comparado**. Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica, 2001.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015.

ESPINDOLA, Angela Araújo da Silveira. SANTOS, Igor Raatz. O Processo Civil no Estado Democrático de Direito e a releitura das garantias constitucionais: entre a passividade e o protagonismo judicial. **Revista NEJ - Eletrônica**, vol. 16 - n. 2 - p. 150-169 / mai-ago 2011. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3278/2061>. Acesso em: 29 set. 2020.

FANTINI, Virgília Gomes. **Os Restos da Dominação Religiosa no Direito Processual Civil**. 96 f. Dissertação de Mestrado - Universidade FUMEC, Belo Horizonte. 2014.

FERRIANI, Adriano. **A Responsabilidade Civil do Juiz**. Cadernos de Direito, Piracicaba, v. 9(16-17): 25-39, jan.-dez. 2009, p. 34-35. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/cd/article/viewFile/136/81>. Acesso em: 01 out. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil** / Carlos Roberto Gonçalves. 17. ed. - São Paulo: Saraiva, 2016.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 3a. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HABERMAS, Jurgen. **A inclusão do outro**. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

MARTINS, Jomar. **Estado não é responsável por demora da Justiça**. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-ago-14/estado-nao-responsabilizado-demora-justica-decide-tj-r>. Acesso em: 01 out. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4a. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. A responsabilidade social da magistratura brasileira: accountability e responsividade em meio à tensão entre o dever de prestar contas e a garantia da independência judicial. **Rev. Bras. Polít. Públicas (Online)**, Brasília, v. 6, nº 3, 2016 p. 29-40. p. 31. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4225/pdf>. Acesso em: 30 set. 2020.

RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização processual**. 2a ed. rev. atual e ampl. Salvador: Editora Jus Podivm, 2019.

THIBAU, Vinícius Lott. Os paradigmas jurídico-constitucionais e a interpretação do Direito. **Meritum**. Belo Horizonte, v. 3, n. 1, p. 317-354, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **A responsabilidade civil dos advogados**. Migalhas. 9 jan. 2003. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/932/a-responsabilidade-civil-dos-advogados>. Acesso em: 01 out. 2020.

WITKER, Jorge. **Como elaborar una tesis en derecho: pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del derecho**. Madrid: Civitas, 1985.

SUPERENDIVIDAMENTO DO CONSUMIDOR E A RESPONSABILIDADE DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

13

Mauro Bruno Nascimento Silva

Sumário: 1. Considerações iniciais; 2. Entendendo o problema do superendividamento; 3. O superendividamento; 4. O projeto de lei 3515/2015; 5. Da responsabilidade das instituições financeiras; 6. Considerações finais; Referências.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Estar endividado ou ter uma alguma dívida frente a algum fornecedor (as mais comuns são débitos residenciais e relacionados à habitação, que ocupam em média pouco mais de 36%, alimentação com 17,5% e transporte cerca de 18% de seus orçamentos familiares, em média¹) é algo absolutamente comum e corriqueiro, sobretudo em uma sociedade que fomenta o consumo, típico do capitalismo. No entanto, a partir do momento que é estabelecida uma economia de mercado, a todo o momento se vê presente estímulos para o consumo, e sem a devida precaução ou conscientização, fica presente então uma sociedade do endividamento².

Propõe-se então uma investigação acerca das causas desse endividamento, sejam elas individuais, sociais, econômicas ou psicológicas. Também são abordados os tipos de endividamento e as diferentes teorias de resolução dessa questão. Além disso um estudo sobre os mecanismos jurídicos existentes para tratar desse problema, assim como das propostas discutidas pela doutrina. Por fim, a possibilidade de responsabilizar as instituições financeiras pela má concessão de crédito, se valendo do descumprimento dos deveres anexos da boa-fé objetiva para essa responsabilização.

¹ IBGE. **Pesquisa de Orçamentos Familiares: 2017-2018: Primeiros Resultados. 2017-2018.** Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101670.pdf>. Acesso em: 01 set. 2020. p. 44.

² BERTONCELLO, Káren; LIMA, Clarissa Costa; MARQUES, Claudia Lima. **Prevenção e tratamento do superendividamento.** Brasília: DPDC/SDE, 2010. Disponível em: <https://legado.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/imagem/manual-tratamento-do-superendividamento.pdf/view>. Acesso em: 01 set. 2020. p. 17.

2. ENTENDENDO O PROBLEMA DO SUPERENDIVIDAMENTO

Atualmente, 67,5% das famílias estão endividadas (considerando apenas cheque pré-datado, cartão de crédito, cheque especial, carnê de loja, empréstimo pessoal, prestação de carro e seguro), sendo recorde histórico desde quando a Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC) começou a registrar tais números, em janeiro de 2010³. Em uma sociedade marcada por uma economia de consumo, onde a renda básica das pessoas serve apenas para sustentar o seu consumo básico, não é incomum que parte dessas pessoas endividadas não consiga honrar seus compromissos, e assim fiquem inadimplentes. Em junho de 2020, segundo o mesmo estudo da CNC, 25,4% das pessoas estão com dívidas ou contas em atrasos⁴.

Um dos fatores a se levar em consideração é o consumismo, a conduta dos agentes de mercado em criar necessidades nos consumidores e assim sempre estarem adquirindo bens materiais. Nesse sentido, o sociólogo Zygmunt Bauman afirma que “na sociedade de consumidores, ninguém pode se tornar sujeito sem primeiro virar mercadoria [...]”⁵, ou seja, na incessante tentativa de incentivar o consumo, os próprios consumidores se tornam mercadorias para os fornecedores, afastando a preocupação com as consequências sociais dessa cultura. Nesse sentido, o consumidor tem uma vulnerabilidade comportamental, onde nem todas as decisões são tomadas de forma racional e econômica, mas também de forma pouco pensada, influenciada por fatores psicológicos e sociais⁶.

Outro fator complicador para o consumidor é a pandemia do Covid-19. A paralisação de diversas áreas produtivas em face das medidas de isolamento social promovidas para menor disseminação do vírus causaram prejuízos financeiros a todos os lados. A taxa de desocupação (vulgarmente chamada de desemprego) cai trimestre após trimestre e as quedas batem recordes⁷. Desse modo, o número de pessoas que poderão ser consideradas como

³ Endividamento das famílias bate novo recorde em agosto e inadimplência é a maior em 10 anos, aponta CNC. **G1**. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/09/03/endividamento-das-familias-bate-recorde-em-agosto-e-inadimplencia-e-a-maior-em-10-anos-aponta-cnc.ghtml>. Acesso em: 05 set. 2020.

⁴ CNC. **Análise Peic**: Endividamento das famílias alcança novo recorde e inadimplência acelera em junho. 2020. Disponível em <http://cnc.org.br/editorias/economia/pesquisas/pesquisa-de-endividamento-e-inadimplencia-consumidor-peic-junho-0>. Acesso em: 02 set. 2020. p. 1.

⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: A transformação das pessoas em mercadoria; tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 20.

⁶ OLIVEIRA, Amanda Flávio de; CARVALHO, Diógenes Faria de. Vulnerabilidade comportamental do consumidor: porque é preciso proteger a pessoa superendividada. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 104, ano 25, p. 181-201. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2016. Disponível em: <https://revistadedireitodoconsumidor.emn.uvens.com.br/rdc/article/view/611>. Acesso em: 08 set. 2020

⁷ IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua - PNAD Contínua**. Taxa de desocupação, na semana de referência, das pessoas de 14 anos ou mais de idade foi 13,3% durante o trimestre abril-maio-junho.

superendividadas deve aumentar, devido ao fator surpresa da pandemia, que impede organização ou preparo pelo consumidor, e a ideia da dimensão da recessão econômica atingida durante e com o passar da pandemia.

Uma vez atingindo por um das causas citada acima, começa o superendividamento do consumidor, a partir das dívidas que começam a se acumular como uma bola de neve, até o ponto em que ele não tem mais nenhuma de possibilidade de se reerguer e adimplir seus compromissos. Atualmente o número de pessoas sem condições de arcar com suas dívidas está em 11,6%⁸. Embora em uma primeira análise o superendividamento seja um fenômeno meramente de ordem econômica e individual, esta análise é incompleta. Primeiro porque também é um fenômeno de ordem social, pois um indivíduo que está fora da possibilidade consumo é um indivíduo excluído socialmente, além dos prejuízos acumulados pelos fornecedores, não só aqueles que são credores, mas também os potenciais fornecedores caso o indivíduo estivesse possibilitado de consumo.

Além dos aspectos sociais e econômicos, é possível enxergar uma perspectiva temporal e psicológica⁹. Temporal porque há uma incompatibilidade de administração com os débitos vencidos e com aqueles que chegam mês a mês, e psicológica devido a maior probabilidade de desenvolvimento de problemas emocionais, tais como ansiedade e depressão¹⁰.

As dívidas que mais levam ao sujeito a perder controle das suas finanças costumam sereas mesmas tanto entre os mais pobres quanto os mais ricos, estando ligadas, sobretudo às instituições financeiras, sendo disparado o “maior vilão” o cartão de crédito¹¹. Cerca de 76% das pessoas que tem orçamento em até 10 salários mínimos e 75% das pessoas que ganham mais de 10 salários mínimos tem como a causa que a levou a ter problemas com dívidas o cartão de crédito, seguido de carnês, financiamento de carro e casa, respectivamente, crédito pessoal ou consignado e cheque especial.

Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/9171-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-mensal.html?=&t=destaques>. Acesso em: 03 set. 2020.

⁸ CNC. **Análise Peic**: Endividamento das famílias alcança novo recorde e inadimplência acelera em junho. 2020. Disponível em <http://cnc.org.br/editorias/economia/pesquisas/pesquisa-de-endividamento-e-inadimplenciado-consumidor-peic-junho-0>. Acesso em: 02 set. 2020. p. 1.

⁹ MACHADO, Wilson Pantoja. **Superendividamento**: a responsabilidade pré-contratual do credor. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

¹⁰ Endividados têm 4 vezes mais chances de ter depressão e 8 vezes mais de não dormir bem. **Valor Investe**. Disponível em: <https://valorinveste.globo.com/objetivo/organize-as-contas/noticia/2019/05/21/endividados-tem-4-vezes-mais-chances-de-ter-depressao-e-8-vezes-mais-de-nao-dormir-bem.ghtml>. Acesso em: 04 set. 2020.

¹¹ CNC. **Análise Peic**: Endividamento das famílias alcança novo recorde e inadimplência acelera em junho. 2020. Disponível em <http://cnc.org.br/editorias/economia/pesquisas/pesquisa-de-endividamento-e-inadimplenciado-consumidor-peic-junho-0>. Acesso em: 02 set. 2020. p. 3.

Um dos motivos que explica os constantes problemas relativos à cartões de crédito são os altos juros cobrados, chegando ao exorbitante número de 303,4%¹². Certo que esse problema já vem de alguns anos, o Banco Central emitiu algumas instruções tentando controlar a situação, como a Circular 3.512/2010¹³, que limitou ao pagamento da fatura mínima em 15%. Ainda houve a Resolução 4.549/2017¹⁴, que autorizou o consumidor se valer do crédito rotativo ao menos até a próxima fatura. No entanto, tais medidas são insuficientes para evitar que uma parcela da população tenha dívidas impagáveis com uso dessa modalidade de crédito.

3. O SUPERENDIVIDAMENTO

Vistos os fatores e causas que levam a fragilidade do consumidor e consequente superendividamento, podemos defini-lo, nas palavras de Cláudia Lima Marques¹⁵, “como impossibilidade global do devedor-pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, de pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo em um tempo razoável com sua capacidade atual de rendas e patrimônio”. Dentre os seus elementos estão a necessidade de um consumidor pessoa física, uma vez que as pessoas jurídicas de direito privado e empresários já tem a legislação própria¹⁶ para tratar da sua recuperação judicial ou falência; é necessário configurar a impossibilidade subjetiva de adimplemento tanto das dívidas já vencidas quanto das dívidas certas que virão com sua renda dentro de um tempo razoável, indicando a ideia de não ter saída em um médio prazo, necessitando anos para solução.

Na medida em que abre a possibilidade do pagamento em prazo razoável das suas dívidas, evita-se a “morte civil” do consumidor, garantindo assim a possibilidade dele satisfazer

¹² Valor relativo aos juros totais. Taxa de juros do cartão de crédito rotativo cai para 244,5% em maio, diz BC. **Valor Investe**. Disponível em: <https://valorinveste.globo.com/produtos/credito/noticia/2020/06/26/taxa-de-juros-do-cartao-de-credito-rotativo-cai-para-2445percent-em-maio-diz-bc.ghtml>. Acesso em: 08 set. 2020.

¹³ BRASIL. **Circular 3.512/2010**. Dispõe sobre o pagamento do valor mínimo da fatura de cartão de crédito e dá outras providências. Banco Central. Disponível em: <http://www.febraban-star.org.br/Documentos/CIRCULAR3512BACENCartoes.pdf>. Acesso em: 14 set. 2020.

¹⁴ BRASIL. **Resolução 4.549/2017**. Dispõe sobre o financiamento do saldo devedor da fatura de cartão de crédito e de demais instrumentos de pagamento pós-pagos. Banco Central. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50330/Res_4549_v1_O.pdf. Acesso em: 14 set. 2020.

¹⁵ BERTONCELLO, Káren; LIMA, Clarissa Costa; MARQUES, Claudia Lima. **Prevenção e tratamento do superendividamento**. Brasília: DPDC/SDE, 2010. Disponível em: <https://legado.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/imagem/manual-tratamento-do-superendividamento.pdf/view>. Acesso em: 01 set. 2020. p. 17.

¹⁶ Lei 11101/2005. **Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária**. Disponível em: [://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/11101.htm). Acesso em: 14 set. 2020.

suas necessidades básicas e de sua família, garantindo o mínimo existencial¹⁷. Esse mínimo encontra guarida no fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana¹⁸, visando um núcleo essencial para proteger as necessidades básicas do indivíduo e seus dependentes. O direito da proteção ao consumidor também está garantido em sede constitucional tanto no rol dos direitos individuais fundamentais¹⁹ quanto nos princípios que orientam o funcionamento da ordem econômica²⁰, justificando assim a necessidade de proteção do consumidor superendividado.

Doutrinariamente, divide-se o superendividamento entre ativo e passivo²¹. Esse se refere às situações em que o consumidor se encontra em situação de insolvência por motivos alheios à sua vontade, enquanto naquele os consumidores gastaram acima das suas possibilidades, seja porque intencionalmente já sabiam da sua não condição de arcar com as despesas ou devido ao fato de imaginarem ter condição de pagar as suas dívidas e falham nesse cálculo. A proteção ao superendividado abarca o passivo e o ativo inconsciente, excluindo o ativo consciente, devido à ausência de boa-fé desse consumidor.

Para tratamento desse problema, dois sistemas se destacam para solucioná-lo: o *fresh start* e a reeducação²². O primeiro tem matriz anglo-saxônica, presente em países como Estados Unidos e Canadá, e não há uma preocupação com a análise de como o consumidor chegou a essa situação. Nesse sistema, fica previsto um procedimento de liquidação e perdão para as dívidas, renascendo o consumidor para o mercado de crédito.

Por outro lado, com raízes romanísticas e mais presente na Europa, fundado nos valores da dignidade da pessoa humana, parte-se a uma análise dos fatores e condições (individuais e sociais) que levaram ao endividamento permitindo sua reeducação/reabilitação. Nesse modelo, o consumidor estará frente a frente com seus credores, na tentativa de acordo extrajudicial, e na falta deste, parte para as vias judiciais, comprometendo patrimônio e rendimentos futuros do devedor. Ultimamente esses modelos se aproximam, com um incorporando práticas do outro.

¹⁷ CARVALHO, Diógenes Faria de; SILVA, Frederico Oliveira. Superendividamento e mínimo existencial: teoria do *reste à vivre*. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 118. ano 27, p. 363-386. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago, 2018. p. 381-382.

¹⁸ Art. 1º, III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

¹⁹ Art. 5º, XXXII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

²⁰ Art. 170, V, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

²¹ Efig, Antônio Carlos; Polewka, Gabriele; Oyague, Olenka Woolcott. A crise econômica brasileira e o superendividamento da população – Emergência do aprimoramento legislativo para a tutela social. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 101. ano 24. p. 390. São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2015.

²² MACHADO, Wilson Pantoja. O sobreendividamento do consumidor luso-brasileiro. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, a. 2, n. 4, p. 1673-1676, 2016.

4. O PROJETO DE LEI 3515/2015

O referido projeto de lei trata da revisão do Código de Defesa do Consumidor (CDC), que entre outras coisas²³, e com influência da sistemática reabilitadora, trata da prevenção e do tratamento do superendividamento. O projeto não se limita à alterar o CDC, mas também trata de alterar o art. 96 do Estatuto do Idoso, onde esclarece que o a negativa de crédito a idoso motivada pelo superendividamento do idoso não constitui crime. O projeto estabelece um conceito legal, com especial atenção ao mínimo existencial, e com a menção expressa de inclusão das dívidas provenientes de concessão de crédito:

Art. 54-A. Este Capítulo tem a finalidade de prevenir o superendividamento da pessoa natural e de dispor sobre o crédito responsável e sobre a educação financeira do consumidor.

§ 1º Entende-se por superendividamento a impossibilidade manifesta de o consumidor, pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial, nos termos da regulamentação.

§ 2º As dívidas de que trata o § 1º englobam quaisquer compromissos financeiros assumidos, inclusive operações de crédito, compras a prazo e serviços de prestação continuada.²⁴

O projeto prevê várias tutelas na tentativa de conscientização do consumidor para o superendividamento e evitar condutas abusivas por parte do fornecedor. O art. 54-B regula o fornecimento de crédito e venda a prazo no tocante a quantidade e qualidade das informações a serem prestadas, sem prejuízo das informações necessárias devido ao já vigente no art. 52 do CDC²⁵. Será necessário informar o custo total e a descrição dos elementos que compõem (I); tal como a taxa efetiva de juros, juros de mora e encargos que serão devidos em caso de atraso (II); o nome e o endereço, inclusive o eletrônico, do fornecedor (III); o valor total das prestações e tempo da validade da oferta, que deverá ser de no mínimo de 2 dias (IV) e a o direito do

²³ Vários outros projetos foram apensados para serem tratados junto a questão do superendividamento: PL 1.982: proibição da discriminação de clientes bancários que já estiveram inadimplentes junto à instituição financeira; PL 4.405/2016: inclusão do Programa Nacional de Microcrédito Produtivo Orientado – PNMPO, de modo a vedar critério etário na contratação de crédito por idosos, evitando uma exclusão exitosa de crédito; PL 2.825/2019: trata sobre a oferta de financiamento e seguros imobiliários a pessoas maiores de sessenta anos; PL 7.840/2017: auxílio no combate do superendividamento de idosos; PL 7.590/2017: atribui a competência dos Juizados Especiais Cíveis para o procedimento de insolvência de pessoas físicas.

²⁴ BRASIL. **Projeto de Lei nº 3.515 de 2015**. Senado Federal. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1408277&filenam e=PL+3515/2015. Acesso em: 01 set. 2020.

²⁵ Art. 52. No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre: I - preço do produto ou serviço em moeda corrente nacional; II - montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros; III - acréscimos legalmente previstos; IV - número e periodicidade das prestações; V - soma total a pagar, com e sem financiamento.

consumidor à liquidação antecipada e não onerosa do débito (V). Todas essas informações deverão estar de forma clara e resumida no próprio contrato e nas faturas ou instrumento apartado de fácil acesso ao consumidor (art. 54-B, §2º).

Em especial preocupação com condutas abusivas de fornecedoras de crédito, o art. 54-C traz limitações à oferta de crédito, independente de seu teor publicitário, e especifica as seguintes condutas: o uso das expressões “sem juros”, “gratuito”, “sem acréscimo”, com “taxa zero”, ou qualquer outra semelhante. Outras condutas vedadas são a finalizar a operação de crédito sem a consulta a serviços de proteção de crédito ou sobre a situação financeira do consumidor, não divulgação dificultosa no tocante a compreensão dos riscos, assédio ou pressão com a finalidade de contratação de fornecimento de produto, serviço ou crédito, seja pessoalmente ou a distância, com menção expressa a proteção de idosos, analfabetos, doentes ou aqueles em estado de vulnerabilidade agravada, e também condicionar o atendimento das pretensões do consumidor a renúncia ou desistência de demandas judiciais, ao pagamento de honorários advocatícios ou a depósitos judiciais.

Na tentativa do mercado de consumo de crédito mais solidário e com abordagem adequada ao consumo mais consciente, o artigo 54-D instituiu uma responsabilidade pré-contratual, com diretrizes a serem observadas pelas instituições fornecedoras de crédito, sob pena da inexigibilidade ou a redução de juros, encargos ou qualquer outro acréscimo. Além disso, será possível dilação do prazo de pagamento previsto no contrato original proporcional a gravidade da conduta do fornecedor e as possibilidades financeiras do consumidor, sem qualquer prejuízo de indenização por danos patrimoniais ou compensação por dano extrapatrimoniais. Entre as condutas exigidas, destaca-se a adequação sobre a informação da natureza, modalidade, custos e consequências do inadimplemento do crédito levando em consideração a condição do consumidor de pagamento e informação acerca do contrato.

O artigo 54-E traz algumas reações possíveis ao consumidor em caso de condutas abusivas por parte das concessionárias de crédito. Nesse sentido, nos casos de o consumidor não ter informações incorretas e o pagamento ser realizado em consignação na folha de pagamento que supere 30% do total líquido, somando todas as dívidas com os credores, poderá requerer em juízo, isolada ou cumulativamente, a ampliação do prazo de pagamento, alteração nas garantias e redução de encargos da dívida ou remuneração do fornecedor. Destaque também para o direito de arrependimento imotivado de 7 dias a partir da celebração ou do recebimento da cópia do contrato, incluindo contratos considerados acessórios²⁶. Os fornecedores facilitarão

²⁶ Art. 54-F, §1º, do Projeto de Lei 3.515/2015.

o exercício desse direito mediante disponibilização de formulário de fácil preenchimento pelo consumidor anexo ao contrato, seja de forma física ou eletrônica.

Sem prejuízo de apontamento de nenhuma das práticas abusivas listadas no art. 39 do CDC²⁷, o projeto de lei aponta outras práticas abusivas em rol exemplificativo, que são: quando o consumidor contesta em até 7 dias antes do vencimento da fatura de compra, fica proibida a cobrança realizada por cartão de crédito até que a discussão esteja resolvida, sem manutenção do valor na fatura e restando ao consumidor o pagamento da parte não contestada; não entrega de cópia da minuta ou do contrato definitivo; óbice das fornecedoras de cartão de crédito em anular, bloquear e restituir compra em caso de utilização de cartão de crédito. Aqui o projeto busca dar ênfase no dever de informação qualificada (no primeiro caso), além de não transferência dos riscos da atividade para o consumidor (no segundo e terceiro casos).

Como forma de busca consensual para acordo de repactuação de dívidas, o projeto traz o art. 104-A, que institui a conciliação no superendividamento. Com a iniciativa do consumidor (em juízo ou aos órgãos públicos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, conforme art. 104-C), será possível reuni-lo com todos os credores, para que ele apresente uma proposta de plano de pagamento com duração máxima de 5 anos. Não será possível aplicar esse plano a dívidas alimentares, fiscais, parafiscais e as que ausente o requisito da boa-fé. Tamanha importância dada a essa audiência, que a ausência injustificada do credor ou procurador com poderes especiais acarreta em suspensão da exigibilidade do débito e interrompe os encargos da mora. Ainda serão suspensas ou extintas as ações judiciais em curso sobre os débitos que serão repactuados, e o consumidor se comprometerá a se abster de comportamentos que agravem a sua situação.

²⁷ Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos; II - recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes; III - enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço; IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços; V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva; VI - executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes; VII - repassar informação depreciativa, referente a ato praticado pelo consumidor no exercício de seus direitos; VIII - colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro); IX - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais; X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços; XII - deixar de estipular prazo para o cumprimento de sua obrigação ou deixar a fixação de seu termo inicial a seu exclusivo critério; XIII - aplicar fórmula ou índice de reajuste diverso do legal ou contratualmente estabelecido; XIV - permitir o ingresso em estabelecimentos comerciais ou de serviços de um número maior de consumidores que o fixado pela autoridade administrativa como máximo.

Em caso de fracasso na tentativa de repactuação das dívidas na audiência de conciliação, o juiz instaurará processo de superendividamento, a requerimento do consumidor, visando a revisão e integração dos contratos para um plano judicial de repactuação das dívidas compulsório, nos termos do art. 104-B. O artigo determina a citação dos credores para em 15 dias para justificar a recusa do plano voluntário. Assim, o juiz poderá nomear administrador (sem que onere as partes) e assim que ele apresente em 30 dias um plano de pagamento. Esse plano deverá assegurar ao menos valor principal devido aos credores com correção monetária, com liquidação total em 5 anos, com possibilidade de carência para o consumidor de no máximo 180 dias da homologação judicial, e terá parcelas mensais iguais e sucessivas.

5. DA RESPONSABILIDADE DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

Nesta parte pretende-se analisar a possibilidade de instituições financeiras serem responsabilizadas pela má concessão de crédito ao consumidor superendividado. Apesar da resistência das instituições financeiras para não responder com base no Código de Defesa do Consumidor (CDC), elas serão enquadradas como fornecedoras de serviços (art. 3º do CDC²⁸), entendimento conforme a ADI 2591.

Aplicando a legislação consumerista, a responsabilidade a se analisar será de modalidade objetiva, que é a regra no CDC, que só excepciona essa modalidade para profissionais liberais e autônomos (art. 14, §2º), os quais serão responsabilizados apenas mediante comprovação de culpa. A responsabilidade objetiva é justificada pela teoria do risco do empreendimento, que afirma que aquele que pretende realizar uma atividade no mercado de consumo acarará com os vícios e acidentes que tiverem como origem sua atividade, ou seja, o fornecedor será um garante daquilo que é ofertado²⁹.

O princípio da boa-fé objetiva será necessário para balizar quais as condutas são esperadas e lícitas e quais aquelas são ilícitas. Como afirma Nelson Rosenvald³⁰, o princípio poderia ser definido como “um modelo de eticização de conduta social, verdadeiro standard jurídico ou regra de comportamento, caracterizado por uma atuação de acordo com determinados padrões sociais de lisura, honestidade e correção, de modo a não frustrar a

²⁸ Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

²⁹ CAVALIERI FILHO; Sergio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2019.

³⁰ FARIAS; Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: contratos** – teoria geral e contratos em espécie. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

legítima confiança da outra parte”. Ela será constatada com base no atos das partes, e não nas suas intenções, com fundamental importância para os deveres anexos, em especial informação, transparência, lealdade e probidade.

Muitas publicidades, na tentativa insaciável de captar mais consumidores, utilizam-se de frases de efeito³¹, tais como “Dinheiro rápido na sua mão”, “Zero anuidade e muitos benefícios que criam uma ilusão sobre o crédito” ou “Contas além da conta? Não deixe que suas contas PESEM no seu orçamento”, visam criar uma ilusão de respostas e soluções rápida e tranquilas. As frases mais frequentes, segundo este estudo, remetem a promessa de juros baixos e alto número de parcelas disponíveis para parcelamento. No entanto, essa postura agressiva por parte das concessionárias de crédito é nociva ao mercado de consumo, principalmente levando em consideração a necessidade de informações claras e precisas³², e não apenas chamativas e ilusórias. A publicidade, portanto, não pode se valer de táticas ludibrias, devendo informar de maneira simples e de fácil identificação, conforme o art. 32 do Código de Defesa do Consumidor.

Esse tipo de abordagem simplista não deve existir também durante as tratativas, uma vez que o fornecedor tem o dever de passar todas informações pertinentes ao negócio jurídico, não somente aqueles do art. 52 do CDC³³, mas também taxas e tributações incidentes. Além disso, é fundamental o consumidor ter a ciência do custo efetivo do contrato, sendo uma forma de transparência perante o consumidor. Uma conduta proba e leal inclui a instituição financeira indicar ao cliente a melhor opção e a maneira mais adequada de contratação.

Desse modo, a falta de informação, tanto qualitativa ou quantitativa, transparência ou outro dever lateral da boa-fé objetiva enseja em responsabilidade do fornecedor, sempre que o dano sofrido tiver como causa a quebra da boa-fé objetiva. O mesmo raciocínio aplica-se nos casos que a publicidade enganosa ou abusiva levar ao consumidor ao superendividamento. Trata-se de uma responsabilidade independente da existência de culpa e extracontratual, existente pelo simples cometimento do ato ilícito.

³¹ IDEC. **Pesquisa de publicidade de crédito**. LIPORACE, Teresa Donato, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://guiadosbancosresponsaveis.org.br/media/495468/relat%C3%B3rio-publicidade-de-cr%C3%A9dito.pdf> . Acesso em: 13 set. 2020.

³² Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

³³ Art. 52: no fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre: I – preço do produto ou serviço em moeda corrente nacional; II – montante de juros de mora e da taxa efetiva anual de juros; III – acréscimos legalmente previstos; IV – número e periodicidade das prestações; V- soma total a pagar, com e sem financiamento.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O superendividamento é um fenômeno que acomete diversos consumidores, de diversas classes sociais e condições econômicas, e que em uma sociedade consumista, um país instável economicamente e de altos juros torna o problema ainda mais notório, sobretudo em um contexto de pandemia. Ao retirar o indivíduo da cadeia de consumo, atinge o seu mínimo existencial, e também prejudica os fornecedores do mercado de consumo, devido a perda de um potencial cliente.

Para proteger o consumidor de boa-fé, deve-se conciliar tanto ao modelo de *fresh start*, para recoloca-lo na cadeia de consumo e o modelo de reeducação, evitando o retorno dos problemas financeiros, e que permita um plano justo de repactuação de dívidas. Nesse sentido, é fundamental a aprovação do Projeto de Lei 3.515/2015, que permitirá tanto de forma acordada, tanto de forma compulsória (na frustração do acordo), que o consumidor possa se reorganizar em prazo sensato e com parcelas que não comprometa a sua dignidade. Além disso, o projeto é fundamental para limitar condutas abusivas das instituições que fornecem crédito, além de trazer mecanismos que contribuem para um consumo consciente, como o direito de arrependimento estendido ao consumo de crédito.

Mas na falta dessa atualização do Código de Defesa do Consumidor, é possível, observadas a boa-fé objetiva e seus deveres anexos de informação, transparência, esclarecimento, probidade e lealdade, responsabilizar o fornecedor pela quebra desses deveres. A responsabilidade objetiva extracontratual terá como fim o ressarcimento dos danos causados ao consumidor pelos seus transtornos (financeiros e sociais) da má concessão de crédito. A proteção do consumidor superendividado será fundamental para complementar a proteção conforme dispõe a Constituição da República.

REFERÊNCIAS

ABDO, Natan Della Valle; FARIA, Gentil de; LUCCA, Marcelo de. **Dever de mitigar o prejuízo e o superendividamento bancário**. Leme: JH Mizuno, 2020.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: A transformação das pessoas em mercadoria**; tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BERTONCELLO, Káren; LIMA, Clarissa Costa; MARQUES, Claudia Lima. Exceção dilatória para os consumidores frente à força maior da pandemia de covid-19: pela urgente aprovação do PL 3.515/2015 de atualização do CDC e por uma moratória aos consumidores. **Revista de Direito do Consumidor**. Vol. 129; Maio/Jun. 2020. Disponível em: <https://revistadedireitodo>

consumidor.emnuvens.com.br/rdc/article/view/1312/1231. Acesso em: 14 set. 2020.

BERTONCELLO, Káren; LIMA, Clarissa Costa; MARQUES, Claudia Lima. **Prevenção e tratamento do superendividamento**. Brasília: DPDC/SDE, 2010. Disponível em: <https://legado.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/imagem/manual-tratamento-do-superendividamento.pdf/view>. Acesso em: 01 set. 2020.

BRASIL. **Circular 3.512/2010**. Dispõe sobre o pagamento do valor mínimo da fatura de cartão de crédito e dá outras providências. Banco Central. Disponível em: <http://www.febrabankstar.org.br/Documentos/CIRCULAR3512BACENCartoes.pdf>. Acesso em: 14 set. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 set. 2020.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em 07 set. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 3.515 de 2015**. Senado Federal. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1408277&filename=PL+3515/2015. Acesso em: 01 set. 2020.

BRASIL. **Resolução 4.549/2017**. Dispõe sobre o financiamento do saldo devedor da fatura de cartão de crédito e de demais instrumentos de pagamento pós-pagos. Banco Central. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50330/Res_4549_v1_O.pdf. Acesso em: 14 set. 2020.

CARVALHO, Diógenes Faria de; SILVA, Frederico Oliveira. Superendividamento e mínimo existencial: teoria do *reste à vivre*. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 118.,ano 27, p. 363-386. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago, 2018.

CAVALIERI FILHO; Sergio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2019.

FARIAS; Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: contratos – teoria geral e contratos em espécie**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CNC. **Análise Peic**: Endividamento das famílias alcança novo recorde e inadimplência acelera em junho. 2020. Disponível em: <http://cnc.org.br/editorias/economia/pesquisas/pesquisa-de-endividamento-e-inadimplenciado-consumidor-peic-junho-0>. Acesso em: 02 set. 2020.

EFING, Antônio Carlos; Polewka, Gabriele; Oyague, Olenka Woolcott. A crise econômica brasileira e o superendividamento da população – Emergência do aprimoramento legislativo para a tutela social. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 101. ano 24. p. 387-433. São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2015.

Endividados têm 4 vezes mais chances de ter depressão e 8 vezes mais de não dormir bem. **Valor Investe**. Disponível em: <https://valorinveste.globo.com/objetivo/organize-as-contas/noticia/2019/05/21/endividados-tem-4-vezes-mais-chances-de-ter-depressao-e-8-vezes-mais-de-nao-dormir-bem.ghtml>. Acesso em: 04 set. 2020.

Endividamento das famílias bate novo recorde em agosto e inadimplência é a maior em 10 anos, aponta CNC. **GI**. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/09/03/endividamento-das-familias-bate-recorde-em-agosto-e-inadimplencia-e-a-maior-em-10-anos-aponta-cnc.ghtml>. Acesso em: 05 set. 2020.

IBGE. **Pesquisa de Orçamentos Familiares: 2017-2018: Primeiros Resultados. 2017-2018.** Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101670.pdf>. Acesso em: 01 set. 2020.

IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua - PNAD Contínua.** Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/9171-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-mensal.html?=&t=destaques>. Acesso em: 03 set. 2020.

IDEC. **Pesquisa de publicidade de crédito.** LIPORACE, Teresa Donato, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://guiadosbancosresponsaveis.org.br/media/495468/relat%C3%B3rio-publicidade-de-cr%C3%A9dito.pdf>. Acesso em: 13 set. 2020.

MACHADO, Wilson Pantoja. *O sobreendividamento do consumidor luso-brasileiro.* **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, a. 2, n. 4, p. 1655-1700, 2016.

MACHADO, Wilson Pantoja. **Superendividamento: a responsabilidade pré-contratual do credor.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de; CARVALHO, Diógenes Faria de. Vulnerabilidade comportamental do consumidor: porque é preciso proteger a pessoa superendividada. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 104, ano 25, p. 181-201. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2016. Disponível em: <https://revistadedireitodoconsumidor.emnuvens.com.br/rdc/article/view/611>. Acesso em: 08 set. 2020

Taxa de juros do cartão de crédito rotativo cai para 244,5% em maio, diz BC. **Valor Investe.** Disponível em: <https://valorinveste.globo.com/produtos/credito/noticia/2020/06/26/taxa-de-juros-do-cartao-de-credito-rotativo-cai-para-2445percent-em-maio-diz-bc.ghtml>. Acesso em: 08 set. 2020.

TELEMEDICINA E COVID-19: BREVES PONDERAÇÕES À LUZ DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

14

Bianca Izabella Carvalho Dos Reis

Mariza de Souza Paiva

Sumário: 1. Considerações iniciais; 2. Breves noções sobre a Telemedicina. 2.1 Aspectos históricos da telemedicina. 2.2 A Telemedicina no contexto da pandemia do COVID-19. 2.3 Os desafios trazidos à Responsabilidade Civil pelo implemento da telemedicina; 3. Responsabilidade Civil. 3.1 Responsabilidade Civil do médico. 3.2 As regras de conduta na atividade médica. 3.3 Responsabilidade Civil médica no exercício da Telemedicina; 4. Considerações finais; 5. Referências.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Desde o avanço da proliferação do SARS-Cov-2, conhecido como Covid-19, o mundo se encontra diante da maior crise sanitária do século. Até o presente momento¹, mais de 50 milhões de pessoas foram contaminadas pelo vírus, e mais de 1 milhão faleceram em razão de complicações provenientes dessa contaminação², em todo o mundo.

O vírus, que é facilmente transmitido através do contato próximo entre pessoas ou partículas contaminadas, tem alto potencial em causar graves síndromes respiratórias. Diante dessa situação, a humanidade teve de readequar seu estilo de vida afim de respeitar as medidas de isolamento para evitar que o vírus se propagasse ainda mais. Assim sendo, a necessidade de implementação de novas tecnologias que permitissem eliminar a distância geográfica, nas mais diversas áreas da vida humana, se tornou premente.

No âmbito das novas tecnologias aplicadas à saúde, é imprescindível examinar a implementação da telemedicina no atual contexto pandêmico, com vista a proporcionar o atendimento médico necessário aos pacientes, sem que um ou outro se exponham ao risco de contaminação.

¹ 25 de setembro de 2020

² Organização Pan-Americana de Saúde. **Folha informativa- COVID 19 (doença causada pelo novo coronavírus)**. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875. Acesso em: 11 nov. 2020.

No entanto, a prática da telemedicina, considerando o seu caráter remoto, traz algumas questões essenciais ao direito, especialmente no que tange a imputação de Responsabilidade Civil ao profissional médico. É nesse sentido que se faz necessária a análise desse instituto para compreender como melhor aplicar essa nova tecnologia no Brasil, de forma a promover o devido atendimento e evitar ao máximo a geração de danos.

2. BREVES NOÇÕES SOBRE A TELEMEDICINA

Em tempos pandêmicos, muito se discute acerca de como viabilizar o atendimento médico sem que seja necessário que profissionais e pacientes sofram riscos de contaminação. O grande desafio dos sistemas de saúde é atingir o equilíbrio entre a oferta e a demanda, garantindo acesso a uma atenção responsável, integral, resolutiva, com equidade e de qualidade³. Neste sentido, a telemedicina é um importante e valioso instrumento, visto que pode promover o amplo acesso a um diagnóstico sem que seja necessário o contato físico presencial com a mesma qualidade, pois, como apontam Rosângela Caetano *et al* (2020)⁴:

A telemedicina apresenta vários benefícios para a logística da saúde, a exemplo da redução da duração do atendimento médico e dos custos com o deslocamento, tanto de pacientes como de profissionais da saúde, além da melhoria na assistência de saúde em áreas remotas, ao permitir que os médicos não especializados dessas áreas tenham contato com profissionais especializados.

Dessa forma, é essencial examinar essa prática para garantir que ela seja implementada da melhor forma possível, conforme o ordenamento jurídico brasileiro.

2.1. Aspectos históricos da telemedicina

A história da telemedicina no mundo tem seus relatos em meados do século XIX, na Idade Média, durante as pragas que devastaram o continente. Tendo em vista o iminente risco de contaminação, médicos buscavam prescrever diagnósticos verbalmente com o auxílio do que hoje podemos chamar de agente comunitário, cada qual, sob uma margem do rio. Deste modo,

³ ARAÚJO ASSIS, Marluce Maria; ABREU DE JESUS, Washington Luiz. Acesso aos serviços de saúde: abordagens, conceitos, políticas e modelo de análise. *Ciência & Saúde Coletiva*. v. 17, n. 11, 2012, p. 2865-2875.

⁴ CAETANO, Rosângela; GUEDES, Ana Cristina Carneiro de Menezes; PAIVA, Carla Cardi Nepomuceno de; RIBEIRO, Gizele da Rocha; SANTOS, Daniela Lacerda; SILVA, Angélica Baptista; SILVA, Rondinelli Mendes. **Desafios e oportunidades para telessaúde em tempos de pandemia pela COVID-19: uma reflexão sobre os espaços e iniciativas no contexto brasileiro**. Disponível em: <http://cadernos.ensp.fiocruz.br/csp/artigo/1069/desafios-e-oportunidades-para-telessaude-em-tempos-da-pandemia-pela-covid-19-uma-reflexao-sobre-os-espacos-e-iniciativas-no-contexto-brasileiro/autores>. Acesso em 10 jun. 2020.

o agente descrevia os eventuais sintomas que enfermos sentiam e o médico buscava orientar a melhor e mais viável conduta a ser tomada. Porém, apenas após a criação da telegrafia e do telégrafo que a ideia de Telemedicina foi impulsionada, visto a possibilidade de transmissão de orientações entre diversos lugares.

Ao final do século XIX, com a criação do rádio (oriunda do código Morse), houve a expansão deste instrumento devido a ascensão das Guerras Mundiais, quando médicos prestavam a distância atendimento aos soldados feridos no campo de batalha. Em um contexto mais atual e global, a telemedicina ganha relevância pelo amplo desenvolvimento da comunicação sem-fio associado à evolução dos telefones celulares e computadores, por meio de ligações, vídeo-chamadas e imagens.

Sendo um dos pontos de destaque para a divulgação da Telemedicina a Declaração de Tel Aviv, no ano de 1999, durante a 51ª Assembleia Geral de Associação Médica, estabeleceram-se cinco modalidades para o emprego da Telemedicina, sejam eles: a) televigilância; b) teleintervenção; c) teleassistência; d) teleconsulta / interação entre dois médicos.

A televigilância⁵ também conhecida como telemonitoramento, consiste na utilização de meios eletrônicos para gerir a interação entre o médico e o paciente. Essa modalidade possibilita que o médico tenha a constata atualização de dados do paciente, visto que podem ser utilizados desde um smartphone, como também relógios e acessórios que monitoram batimentos cardíacos, pressão arterial, dentre outros.

A teleintervenção⁶, apesar de não estar expressamente prevista na Declaração de Tel Aviv, é entendida como a possibilidade de intervenção por meio de cirurgias à distância, um elo entre robótica e informação, onde o robô reproduz as instruções dadas pelo cirurgião. Podendo também ser aplicada para exames médicos via telediagnóstico.

Quanto à teleassistência⁷, trata-se da interação médico-paciente prestada à distância, quando estes se encontram geograficamente distantes, ocorrendo a assistência de modo remoto. Tal possibilidade pode ser utilizada de amplos modos, basta que haja um dispositivo tecnológico acessível.

⁵ Item 5.2 da Declaração de Tel Aviv, adotada pela 51ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial em Tel Aviv, Israel, outubro de 1999.

⁶ Item 2 da Declaração de Tel Aviv, adotada pela 51ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial em Tel Aviv, Israel, outubro de 1999.

⁷ Item 5.1 da Declaração de Tel Aviv, adotada pela 51ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial em Tel Aviv, Israel, outubro de 1999.

Por fim, ao que tange a teleconsulta⁸ e a teleinterconsulta⁹, a primeira trata-se da conexão direta entre o médico e o paciente, mas sem o contato físico ou presencialmente via dispositivo de telecomunicação (celular vídeo-chamada). Já a segunda, se dá entre a interação entre dois ou mais médicos, no qual pelo menos um deste deve estar fisicamente presente com o paciente, onde o médico especialista passará as informações para os demais realizarem o devido procedimento.

Porém, apesar da existência dessas modalidades, ao que se refere o atual cenário da pandemia do Covid-19 no Brasil, o Conselho Federal de Medicina¹⁰ apenas autoriza a utilização de três modalidades, conforme descreve José Faleiros Júnior, Rafaella Nogarolli e Caroline Amadori Cavet¹¹:

1a) Teleorientação, que é a orientação do paciente à distância “para que os profissionais da medicina realizem à distância a orientação e o encaminhamento de pacientes em isolamento”; 2a) Telemonitoramento, que é o ato realizado “sob orientação e supervisão médica para monitoramento ou vigência à distância de parâmetros de saúde e/ou doença”; e 3a) Teleinterconsulta, que é exclusivamente para “troca de informações e opiniões entre médicos, para auxílio diagnóstico e terapêutico”.

Como se observa, existe certa preocupação com o uso da Telemedicina no Brasil por parte do Conselho Federal de Medicina, pois apesar de ser um meio para promover o acesso à saúde, também possui particularidades próprias, em especial neste momento pandêmico.

2.2. A Telemedicina no contexto da pandemia do Covid-19

Em março de 2020, a OMS declarou “situação de pandemia” em decorrência ao novo coronavírus (SARS-CoV-2), também conhecida como “Covid-19”, que por sua vez, é uma doença altamente contagiosa, e que até o presente momento não possui tratamento específico eficaz baseada em uma forte evidência científica.

Sabe-se que, até então, o meio mais eficaz de diminuir e conter a disseminação do vírus em massa é pelo isolamento do paciente associado ao uso de equipamento de proteção individual pelo profissional de saúde. Tais medidas conjuntamente com as iniciativas de

⁸ Item 5.3 da Declaração de Tel Aviv, adotada pela 51ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial em Tel Aviv, Israel, outubro de 1999.

⁹ Item 5.4 da Declaração de Tel Aviv, adotada pela 51ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial em Tel Aviv, Israel, outubro de 1999.

¹⁰ BRASIL. **Ofício do Conselho Federal de Medicina** 1756/2020. Disponível em: https://portal.cfm.org.br/image/s/PDF/2020_oficio_telemedicina.pdf. Acesso em: 30 mai. 2020.

¹¹ CAVET, Caroline Amadori; JUNIOR, José Luiz de Moura Faleiros; NOGAROLLI, Rafaella. Telemedicina e proteção de dados: reflexões sobre a pandemia da Covid-19 e os impactos jurídicos da tecnologia aplicada à saúde. **Revista dos Tribunais** – v. 1016, 2020.

controle da propagação do vírus na população como o uso de máscara, distanciamento social e a não aglomeração são primordiais neste momento.

A quarentena, embora seja um método antigo, se mostra extremamente eficaz no controle do avanço de enfermidades. Além disso, o aumento na capacidade de testar indivíduos contaminados permite a redução de casos secundários através de medidas mais rigorosas de quarentena nos contactantes¹². Deste modo, a telemedicina por seu viés inovador ganhou destaque por oferecer a devida assistência ao acesso à saúde, respeitando o distanciamento social exigido, pois alcança consideráveis números de pessoas, podendo estas se localizarem em lugares remotos.

Efetivamente, as primeiras experiências com a telemedicina em território nacional ocorreram na década de 1990, e desde então vem evoluindo e se consolidando no país com o apoio das instituições universitárias brasileiras. Todavia, o primeiro acontecimento relevante ao tema ocorreu apenas anos depois, no ano de 2005, com o programa “Institutos do Milênio”, conforme explica Chao Luung Wen¹³:

O primeiro marco foi o lançamento da Telemedicina como demanda induzida no Edital de 2005 do Programa “Institutos do Milênio”. Isso foi importante e indicativo de que o CNPq (Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico) entendia que a Telemedicina era uma área estratégica de pesquisa e que necessitava ser incentivada nas instituições universitárias. Naquele ano, foi aprovado o Projeto de Telemedicina “Estação Digital Médica” (EDM-Milênio), que contou com um consórcio formado por nove instituições para ampliar e consolidar a Telemedicina no Brasil. Para tal objetivo, foram desenvolvidos ambientes de tutoração eletrônica e ambulatórios virtuais; estabeleceram-se diversas parcerias; promoveu-se treinamento nas instituições e em órgãos governamentais como o Ministério da Saúde e fomentou-se o surgimento de novos núcleos.

Como se observa, a Telemedicina deu seus primeiros passos no Brasil sorrateiramente, o que não acontece no presente momento, pois no cenário atual provocado pelo status pandêmico da Covid-19, houve a necessidade da implantação da Telemedicina de modo imediato e amplo por todo o território, a fim de regulamentar sobre seu uso e aplicação.

Assim, através da Portaria MS nº467/2020, no dia 20 de março de 2020, permitiu-se o uso da Telemedicina com caráter temporário e excepcional para atender exclusivamente o estado de Emergência Pública de Importância Nacional (ESPIN), ocasionado pelo novo Coronavírus (2019-nCov).

Originalmente, o viés da portaria é oriundo do art. 1º da Resolução CFM nº 1643/2002, do Conselho Federal de Medicina, que apresenta a telemedicina como “[...] o exercício da

¹² GUNER, R., HASANOGLU, I. & AKTAS, F. (2020). **COVID-19: Prevention and control measures in community.** Turk J Med Sci., 50: 571-577.

¹³ WEN CL. **Telemedicina e saúde** – Um panorama no Brasil. Informática Pública 2008; (2):07 – 15.

Medicina através da utilização de metodologias interativas de comunicação audiovisual e de dados, com o objetivo de assistência, educação e pesquisa em Saúde.” Já a Organização Mundial de Saúde (OMS) considera Telemedicina como: “a prestação de serviço de saúde onde a distância é fator crítico, por todos os profissionais de saúde que usam tecnologias de informação e de comunicação para a troca de informações válidas para diagnóstico, tratamento e prevenção de doenças e lesões; pesquisa e avaliação para a continuidade da educação dos prestadores de cuidados de saúde, tudo no interesse do avanço da saúde dos indivíduos e das suas comunidades”¹⁴.

Prontamente, ao entrar em vigor a Portaria 467/2020, ficaram dispostas as ações de telemedicina, que visam “regulamentar e operacionalizar as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional prevista no art. 3º da Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020”¹⁵. A implementação levou em consideração o teor da Declaração de Tel Aviv acerca das responsabilidades e normas éticas na utilização da Telemedicina, que por sua vez, foi assinada pelo Ex-Ministro de Estado da Saúde, Luiz Henrique Mandetta que, nos usos de suas atribuições¹⁶, definiu e delimitou a abrangência, bem como o objetivo, e o caráter do uso desta modalidade:

“Art. 1º Esta Portaria dispõe, **em caráter excepcional e temporário, sobre as ações de Telemedicina, com o objetivo de regulamentar e operacionalizar as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional** prevista no art. 3º da Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, decorrente da epidemia de coronavírus (COVID-19).” [grifamos]

¹⁴ World Health Organization (2010). **Telemedicine: Opportunities and developments in Member States - Introduction: Overview of telemedicine Report on the second global survey on eHealth.** Global Observatory for eHealth series. Disponível em: http://www.who.int/goe/publications/goe_telemedicine_2010.pdf. Acesso em: 20 out. 2020.

¹⁵ BRASIL. **Portaria Nº467, de 20 de março de 2020.** Dispõe, em caráter excepcional e temporário, sobre as ações de Telemedicina, com o objetivo de regulamentar e operacionalizar as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional previstas no art. 3º da Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, decorrente da epidemia de COVID-19. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-467-de-20-de-marco-de-2020-249312996>. Acesso em: 15 set. 2020.

¹⁶ **Constituição Federal.** Art. 87. Os Ministros de Estado serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos.

Parágrafo único. Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei:

I - exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência e referendar os atos e decretos assinados pelo Presidente da República;

II - expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos;

III - apresentar ao Presidente da República relatório anual de sua gestão no Ministério;

IV - praticar os atos pertinentes às atribuições que lhe forem outorgadas ou delegadas pelo Presidente da República. Art. 88. A lei disporá sobre a criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001).

Lei nº 13.979. Art. 7º. O Ministério da Saúde editará os atos necessários à regulamentação e operacionalização do disposto nesta Lei.

Deste modo, a Telemedicina foi implementada no Brasil como medida alternativa, temporária e emergencial, visando auxiliar o sistema de saúde ao combate da crise sanitária promovida pela pandemia. Diante de tal cenário, a Deputada Federal Adriana Ventura (NOVO/SP) propôs ao Senado o projeto de Lei nº 696, de 2020, pretendendo a utilização e livre exercício da telemedicina durante a pandemia de covid-19 para amenizar a situação caótica em que se encontravam os hospitais e centros de saúde¹⁷.

E assim, em 15 de abril de 2020, o projeto foi sancionado com vetos e se tornou a Lei nº 13.989. Em seu art. 1º, como já era previsto na Portaria 467/2020, autorizou-se o uso da telemedicina de forma temporária enquanto perdurar a crise ocasionada pelo Coronavírus. Do mesmo modo, o art. 2º reitera tal entendimento, apontando o caráter emergencial para emprego deste mecanismo. No art. 3º tem-se uma sucinta conceituação do conceito de telemedicina¹⁸. Já no art. 4º é salientado o dever do médico no informe ao paciente sobre todas as limitações deste uso, inclusive destacando a impossibilidade da prática de procedimentos físicos durante a consulta. O art. 5º discorre sobre a ética necessária ao utilizar esse mecanismo, pois assim como no atendimento presencial há uma relação de confidencialidade, e dever de prestação ao um atendimento sério e de qualidade. Por fim, ao que tange o art. 6º, tem-se que a competência para a regulamentação da telemedicina após o período de pandemia é exclusiva do Conselho Federal de Medicina, observado os termos do art. 5º, incisos II e XIII, da Constituição Federal, na qual a matéria deve ser regulada em lei.

E, em que pese o advento da Portaria nº 467/2020 e da própria Lei nº 13.989/2020 ao uso pleno da telessaúde no combate ao novo Coronavírus, este se mostra limitado, vez que, embora as consultas online sejam mais céleres se comparadas às tradicionais consultas presenciais, elas não necessariamente diagnosticam a Covid-19. Ademais, nem sempre as tecnologias envolvidas a Telemedicina são apropriadas, a exemplos de pacientes de possuem distúrbios cognitivos (doenças como o Alzheimer ou em casos de AVC), pois por vezes não são capazes de utilizar esses meios.

¹⁷ SENADO. Senado aprova uso da telemedicina durante pandemia de covid-19. **Senado Notícias**, 31 de junho de 2020. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/03/31/senado-aprova-uso-da-telemedicina-durante-pandemia-de-covid-19>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

¹⁸ 15 de abril de 2020. Dispõe sobre o uso da telemedicina durante a crise causada pelo coronavírus (SARS- CoV-2). Art. 3º Entende-se por telemedicina, entre outros, o exercício da medicina mediado por tecnologias para fins de assistência, pesquisa, prevenção de doenças e lesões e promoção de saúde

2.3. Os desafios trazidos à Responsabilidade Civil pelo implemento da Telemedicina

O exercício da telemedicina implica uma grande transformação digital dos cuidados à saúde. Ainda que o atendimento médico ocorra de maneira remota, não se escusam os profissionais de respeitarem os limites legais impostos pelo Código de Ética Médica, bem como os padrões normativos e éticos usuais do atendimento presencial¹⁹. A relação médico-paciente deve ser sempre pautada através da confiança e do respeito mútuo, onde exista a independência técnica de opinião e de conduta e do princípio da autonomia, que outorga ao paciente o direito de ser respeitado em sua privacidade, como salienta Genival Veloso²⁰. Nessa perspectiva, os mesmos direitos assegurados aos pacientes que se prestam ao atendimento médico presencial, devem ser resguardados no que tange à teleconsulta.

A prestação de assistência médica envolve a transmissão de dados pessoais do paciente ao profissional que lhe está prestando esse serviço. Esses dados correspondem, geralmente, ao histórico médico da família, bem como o do próprio paciente, seus hábitos, se faz uso contínuo de algum medicamento, orientação sexual, dentre outros. A Lei Geral de Proteção de Dados no art. 5º, II, preceitua que os dados referentes à saúde são considerados dados pessoais sensíveis²¹. Além disso, o mesmo diploma traz em seu bojo a noção de fundamental o direito de intimidade e de privacidade da pessoa natural, assegurada a titularidade de seus dados pessoais, conforme o art. 17²². É nesse sentido que surge a preocupação com a segurança de dados das plataformas digitais utilizadas para a realização da consulta.

Conforme ditames do art. 4º da portaria 467/2020²³, o atendimento realizado por médico ao paciente por meio de tecnologia da informação e comunicação deverá ser registrado em prontuário clínico contendo: os dados clínicos necessários para a condução do caso, que

¹⁹ BRASIL. **Lei 13.989, de 15 de abril de 2020**. Dispõe sobre o uso da telemedicina durante a crise causada pelo coronavírus (SARS-CoV-2). Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L13989.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20uso%20da,SARS%2DCoV%2D2D2\)..](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L13989.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20uso%20da,SARS%2DCoV%2D2D2)..) Acesso em: 30 mai. 2020.

²⁰ FRANÇA, Genival Veloso. Telemedicina: breves considerações ético-legais. **Revista Bioética**, v.8, n. 1, p. 107-126. 2009.

²¹ BRASIL. Lei 13.709, de 14 de agosto de 2014. **Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)**. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 30 mai. 2020.

²² BRASIL. Lei 13.709, de 14 de agosto de 2014. **Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)**. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 30 mai. 2020.

²³ BRASIL. **Portaria Nº467, de 20 de março de 2020**. Dispõe, em caráter excepcional e temporário, sobre as ações de Telemedicina, com o objetivo de regulamentar e operacionalizar as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional previstas no art. 3º da Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, decorrente da epidemia de COVID-19. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-467-de-20-de-marco-de-2020-249312996>. Acesso em: 15 set. 2020.

deverá ser preenchido em cada contato com o paciente; a data, hora e a tecnologia utilizada para o atendimento; e o número do Conselho Regional Profissional e sua unidade de federação. Assim sendo, os dados sensíveis do paciente deverão ser armazenados com a devida segurança e utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger essas informações de eventuais acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas que envolvam sua destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão²⁴.

Ainda em referência à segurança de dados armazenados em prontuários digitais, é essencial trazer à baila a importância de um Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE), por meio do qual o paciente expressa sua permissão consciente a respeito da coleta, armazenamento e transmissão de seus dados, bem como quanto à autorização referente à submissão ao tratamento não presencial²⁵. Entretanto, importa salientar que mesmo com o consentimento do paciente, o médico não deixa de ser responsável pelos maus resultados advindos desse procedimento, seja na conclusão do diagnóstico, do tratamento ou das intervenções realizadas, quando comprovado o descumprimento dos seus deveres de conduta²⁶ e verificado o dano concreto e real.

É indiscutível que com o avanço das tecnologias aplicadas à saúde a medicina se reinventa, trazendo inúmeros desafios aos profissionais da área. Dentre esses desafios, surge o de assegurar a qualidade técnica das consultas e dos procedimentos, visando sempre a promoção do bem estar do paciente e a prevenção de danos. No que toca à prática da telemedicina, a ausência do contato físico com o paciente implica, conseqüentemente, na ausência do exame físico, procedimento de suma importância para a efetivação de um diagnóstico correto, que guia as formas de abordagem terapêuticas. Nessa acepção, mostra-se imprescindível a conscientização por parte do paciente em prover o máximo de informações pertinentes para que o profissional consiga suprir a falta do exame físico, bem como a conscientização por parte do médico do seu dever de atualização, que o permita dar a sua opinião de maneira correta e fundamentada acerca do quadro de saúde de seu paciente.

À vista de todos os pontos discutidos, é razoável afirmar que a problemática da telemedicina, no âmbito da Responsabilidade Civil médica, se desenvolve em duas questões

²⁴ BRASIL. Lei 13.709, de 14 de agosto de 2014. **Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)**. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 30 mai. 2020.

²⁵ CAVET, Caroline Amadori; JUNIOR, José Luiz de Moura Faleiros; NOGAROLI, Rafaella. Telemedicina e proteção de dados: reflexões sobre a pandemia da Covid-19 e os impactos jurídicos da tecnologia aplicada à saúde. **Revista dos Tribunais** – v. 1016, 2020.

²⁶ FRANÇA, Genival Veloso. Telemedicina: breves considerações ético-legais. **Revista Bioética**, v.8, n. 1, p. 107-126. 2009.

principais: (1) o manuseio dos dados do paciente; e (2) a adequação profissional da saúde ao meio remoto, de maneira a evitar eventual dano proveniente de erro de diagnóstico pela carência do exame físico.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL

Atualmente, o ordenamento jurídico brasileiro está pautado em um Estado de Direitos Fundamentais. Por isso, no que tange à saúde e a vida, o Direito deve sempre atuar com muita cautela na solução de casos em que esses bens sofreram algum tipo de dano. À vista disso, o estudo aprofundado da Responsabilidade Civil Médica é de fundamental importância. Destarte, com o desenvolvimento das novas tecnologias do século XXI, novos desafios são trazidos a todo o momento a essa esfera do Direito, que deve sempre tentar acompanhar as mudanças da sociedade. Sendo assim, compreender e solucionar esses novos desafios implica analisar os elementos e funções da Responsabilidade Civil no âmbito do exercício profissional da medicina.

3.1. Responsabilidade Civil do médico

Para Carlos Roberto Gonçalves,²⁷ a responsabilidade destina-se a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial, provocado pelo autor do dano, por meio de uma contraprestação. Assim, surge a função reparatória, que tem por finalidade repor o ofendido ao estado anterior à eclosão do dano, que ocorrerá por meio da transferência ao patrimônio do ofensor as consequências do evento lesivo.²⁸ Nesse giro, o sujeito que viola determinada norma, cometendo um ato ilícito, vê-se exposto a reparar os danos causados pela sua conduta. O art. 944 do Código Civil²⁹ determina que essa reparação deverá ser feita conforme a extensão do dano sofrido.

No âmbito do exercício da medicina, considera-se como responsabilidade profissional, o elenco de obrigações a que está sujeito o médico e cujo o não cumprimento o leva a sofrer as consequências impostas normativamente pelos diplomas legais.³⁰

²⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 4: responsabilidade civil. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 21.

²⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**, volume 3 – 2. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 22.

²⁹ BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 30 mai. 2020.

³⁰ FRANÇA, Genial Veloso de. **Direito Médico**. – 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 247.

Tem-se como elementos configuradores da Responsabilidade Civil: a culpa, o dano, o ato ilícito e o nexo causal.

Em relação ao elemento culpa, a lei 10.406, em seu art. 927, parágrafo único, determina expressamente que a obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, só será aplicada nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.³¹ Em outras palavras, esse dispositivo estabelece a imputação da responsabilidade na modalidade subjetiva como regra geral, ou seja, que depende da demonstração de culpa pelo agente. Ademais, cabe ressaltar também que, pela natureza do exercício profissional da medicina, os médicos são considerados profissionais liberais, exercendo suas atividades com autonomia. Isso quer dizer que a Responsabilidade Civil na área médica rege-se pelo Código de Defesa do Consumidor, que em seu art. 14, §4º prevê que a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.³² Entretanto, vale salientar que em se tratando de obrigação de resultado, verificado o dano, nexo causal e ato ilícito, incide a responsabilidade objetiva.

O dano, por sua vez, indispensável para gerar o dever de indenizar, deve ser real, efetivo e concreto. Nos ditames do Código Civil, o legislador tratou esse tema de forma ampla, mencionando unicamente o dano material. Entretanto, vislumbra-se plenamente possível a imputação de responsabilidade civil médica pelo dano moral, estético e até mesmo pela perda de uma chance.

Ademais, o Código Civil traz também, em seu art. 186, a definição de ato ilícito como sendo a ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, que viola direito e causa dano a outrem, ainda que exclusivamente moral.³³ Dessa forma, compete à Responsabilidade Civil a reparação de danos injustos resultantes da violação de um dever geral de cuidado.³⁴

Por fim, o nexo causal é um dos elementos que mais exige cautela. Na análise do caso concreto, em razão do aparecimento das denominadas concausas, nem sempre é fácil identificar

³¹ BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 30 mai. 2020.

³² BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm. Acesso em: 30 mai. 2020.

³³ BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 30 mai. 2020.

³⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**, volume 3 – 2. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 122.

a verdadeira causa do dano.³⁵ Contudo, entende-se por nexos causal a relação de causalidade entre o ato ilícito e o dano produzido.

O instituto da Responsabilidade Civil é parte integrante do direito obrigacional, sendo que a principal consequência da prática de um ato ilícito é a obrigação que acarreta de reparar o dano.³⁶ Como salientado anteriormente, a obrigação de reparar o dano proveniente de um ato ilícito no exercício da atividade médica depende da comprovação de culpa do profissional, em razão da sua natureza subjetiva.

No âmbito do exercício profissional da medicina, a relação médico-paciente configura uma obrigação de meio, em que não se assume o dever de se chegar a determinado resultado, mas apenas o de se portar com diligência e atenção.³⁷ No entanto, há entendimento diverso no que toca à prática das cirurgias plásticas com fins estéticos, em que é plenamente possível afirmar que a natureza da obrigação se torna de resultado.

O vínculo contratual entre médico e paciente é estabelecido por meio de um contrato de prestação de serviço, que consiste na oferta de um bom tratamento. Nesse sentido, o profissional deverá utilizar de todos os seus esforços, conhecimentos, meios e condutas, para cumprir com a obrigação firmada.

Para a imputação da responsabilidade aos profissionais médicos, não basta que o serviço tenha sido apenas defeituoso, é imprescindível a concretização de um dano real e efetivo ao paciente. De acordo com Genival Veloso França:³⁸

Para caracterização da responsabilidade médica basta a voluntariedade de conduta e que ela seja contrária às regras vigentes e adotadas pela prudência e pelos cuidados habituais, que exista o nexo de causalidade e que o dano esteja bem evidente. As regras de conduta arguidas na avaliação da responsabilidade médica são relativas aos deveres de informação, de atualização, de vigilância e de abstenção de abuso.

Assim sendo, cabe examinar as regras de conduta que regem o exercício da atividade médica.

³⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 4: responsabilidade civil. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 328.

³⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 4: responsabilidade civil. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 23.

³⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**, volume 3 – 2. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 767.

³⁸ FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. – 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 249.

3.2. As regras de conduta na atividade médica

No exercício da medicina, a apuração de eventual negligência, imprudência ou imperícia do médico está condicionada ao descumprimento das regras de conduta, que se pautam, principalmente, no dever de informação, de atualização, de vigilância, de abstenção ao abuso e de confidencialidade.

O dever de informação se manifesta, principalmente, em dois momentos: (1) a prestação de informação correta e adequada ao seu paciente sobre o diagnóstico, condutas, intervenções e tratamentos a serem aplicados, bem como os seus riscos e consequências; e (2) o registro de todas as informações pertinentes ao processo médico em um prontuário, que deve ser elaborado com muita cautela. Assim sendo, o paciente tem direito ao diagnóstico correto e claro, bem como o de acessar o seu prontuário a qualquer momento. Ademais, esse dever garante ao paciente sua autonomia, na medida que deve anuir, por meio do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, com todo o procedimento médico a ser realizado.

O dever de atualização diz respeito ao estudo do profissional acerca dos novos conhecimentos científicos e técnicas inovadoras. O dever de vigilância está relacionado ao cuidado médico em relação ao seu paciente, de forma que o profissional não pode apresentar conduta omissiva, tanto pelo abandono do paciente, quanto pela restrição de um tratamento ou retardo no encaminhamento necessário.³⁹ O dever de abstenção de abuso exige do profissional a devida cautela na realização dos procedimentos médicos, concernente ao respeito dos cuidados e técnicas geralmente exigidas.

No que tange ao dever de confidencialidade, o Código de Ética Médica traz em seu capítulo I, XI: “O médico guardará sigilo a respeito das informações de que detenha conhecimento no desempenho de suas funções, com exceção dos casos previstos em lei”.⁴⁰ Destarte, o art. 73⁴¹ veda que o médico revele fato que tenha conhecimento em virtude do exercício da sua profissão, salvo motivo justo, dever legal ou consentimentos, por escrito, do paciente. Ainda, o art. 85⁴² impede o médico de permitir o manuseio e o conhecimento dos

³⁹ FRANÇA, Genial Veloso de. **Direito Médico**. – 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 252.

⁴⁰ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM- Brasil). **Código de ética médica**. Resolução nº 1.246/88. Brasília: Tablóide, 1990.

⁴¹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM- Brasil). **Código de ética médica**. Resolução nº 1.246/88. Brasília: Tablóide, 1990.

⁴² CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM- Brasil). **Código de ética médica**. Resolução nº 1.246/88. Brasília: Tablóide, 1990.

prontuários por pessoas não obrigadas ao sigilo profissional quando sob sua responsabilidade. Dessa forma, o profissional tem a obrigação legal de confidenciar os dados de seu paciente.

3.3. Responsabilidade Civil médica no exercício da Telemedicina

Como narrado, a telemedicina trouxe alguns pontos nodais ao instituto da Responsabilidade Civil médica, especialmente no que diz respeito à responsabilidade a ser imputada ao médico pelo vazamento de dados sensíveis do paciente, e a responsabilidade desse profissional pelo dano proveniente de um erro de diagnóstico.

A Lei Geral de Proteção de Dados trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro uma preocupação premente com a proteção dos dados pessoais da pessoa natural, o tendo como um direito fundamental, como dito anteriormente. Com vista à maior promoção desse direito, o diploma legal estabeleceu como regra a necessidade de consentimento do titular desses dados para que ocorra a sua transmissão, que deve seguir uma série de princípios elencados pelo legislador. Além desses princípios, os art. 44 e 46 determinam que os agentes de tratamento devem observar os deveres de segurança, que se desrespeitados incidem em responsabilização.

É plenamente possível afirmar que o exercício da telemedicina traz em si o risco de disseminação dos dados sensíveis do paciente, e que no âmbito de aplicação da LGPD, a imputação de responsabilidade procura minimizar esse risco. Pela dicção do art. 42, entende-se que a responsabilidade pela quebra de sigilo desses dados possui natureza objetiva, e poderá ser solidária quando o operador deixar de cumprir as obrigações da legislação ou quando não seguir as instruções lícitas do controlador⁴³. Ademais, o art. 43 estabelece que os agentes de tratamento só não serão responsabilizados nas hipóteses elencadas no dispositivo, entendidas como um rol *numerus clausus* (taxativo). Destarte, caso haja o vazamento de dados sensíveis de um paciente, poderá o médico responder de maneira objetiva pelos danos que lhe forem causados.

Noutro norte, no que toca ao erro de diagnóstico, a regra é de que o médico responderá pelo dano provocado ao paciente de forma subjetiva, ou seja, caso seja comprovada culpa pela negligência, imprudência ou imperícia quanto ao descumprimento das normas de conduta. Na prática da telemedicina, essa questão deverá ser analisada com muita cautela, principalmente

⁴³ BRASIL. Lei 13.709, de 14 de agosto de 2014. **Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)**. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 30 mai. 2020.

no que tange ao dever de atualização do profissional, que tem a obrigação de estar apto a fornecer um diagnóstico correto diante da ausência do exame físico.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o advento da pandemia causada pelo vírus SARS-Cov-2, Covid-19, a discussão acerca do acesso à saúde foi novamente repensada, pois era necessário permitir o acesso da população aos serviços de saúde, mas sem que estes corresse riscos de se contaminar com o novo vírus. Além disso, era preciso manter o distanciamento social exigido pelas autoridades.

Nesta perspectiva, tem-se na Telemedicina a possibilidade da população consultar profissionais da saúde, visando até mesmo à prevenção e tratamento ao vírus de forma rápida e adequada, sem que haja a exposição do paciente nos hospitais ou clínicas, assim como evita que o médico tenha contato com um possível indivíduo contaminado.

Ocorre que, em solo nacional a Telemedicina se dá como algo ainda inicial, operando apenas de modo temporário e excepcional como serviço essencial enquanto perdurar o cenário emergencial causado pela pandemia, pois, apesar de ser meio para a democratização do acesso à saúde, ainda precisa ser devidamente regulamentada, vez que, sua breve regulamentação se deu às pressas.

Além disso, a telemedicina à luz da Responsabilidade Civil Médica encontra diversas problemáticas, inclusive ao que tange à recente Lei Geral de Proteção de Dados, pois, tal lei visa à proteção dos dados pessoais da pessoa natural e assim, os dados do paciente merecem especial atenção, podendo o médico ser responsabilizado de forma objetiva pelo vazamento dessas informações.

Além disso, têm-se ainda as clássicas problemáticas envoltas ao erro de diagnósticos no exercício da telemedicina que, assim como na medicina tradicional, precisa ser apurada a responsabilidade do médico, sendo devida a reparação/indenização contra aquele que causar danos, se verificada culpa por parte desse profissional.

Não se esquece também do dever ético envolto ao tema, ao que se mostra imperioso o respeito à autonomia do paciente por meio do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, do mesmo modo que é fundamental a discriminação dos procedimentos a serem feitos no paciente.

Por fim, entende-se que a Telemedicina, por ser o *upgrade* de viés tecnológico da medicina tradicional, carece de especial atenção. Não se pode obliviar a importância deste instrumento, muito menos descartá-lo em momento pós pandêmico, pois apesar de possuir

certas particularidades, problemas e limitações, é fonte para o acesso à saúde no país, além do que, possui diversas modalidades que podem e devem ser ajustada à realidade do paciente.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO ASSIS, Marluce Maria; ABREU DE JESUS, Washington Luiz. Acesso aos serviços de saúde: abordagens, conceitos, políticas e modelo de análise. **Ciência & Saúde Coletiva**. v. 17, n. 11, 2012, p. 2865-2875.

BRASIL. **Ofício do Conselho Federal de Medicina 1756/2020**. Disponível em: https://portal.cfm.org.br/images/PDF/2020_oficio_telemedicina.pdf. Acesso em: 30 mai. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 30 mai. 2020.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 30 mai. 2020.

BRASIL. Lei 13.709, de 14 de agosto de 2014. **Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)**. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 30 mai. 2020.

BRASIL. **Lei 13.989, de 15 de abril de 2020**. Dispõe sobre o uso da telemedicina durante a crise causada pelo coronavírus (SARS- CoV-2). Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L13989.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20uso%20da,SARS%2DCoV%2D2\)..](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L13989.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20uso%20da,SARS%2DCoV%2D2)..) Acesso em: 30 mai. 2020.

BRASIL. **Portaria Nº467, de 20 de março de 2020**. Dispõe, em caráter excepcional e temporário, sobre as ações de Telemedicina, com o objetivo de regulamentar e operacionalizar as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional previstas no art. 3º da Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, decorrente da epidemia de COVID-19. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-467-de-20-de-mar-co-de-2020-249312996>. Acesso em: 15 set. 2020.

CAETANO, Rosangela; GUEDES, Ana Cristina Carneiro de Menezes; PAIVA, Carla Cardi Nepomuceno de; RIBEIRO, Gizele da Rocha; SANTOS, Daniela Lacerda; SILVA, Angélica Baptista; SILVA, Rondinelli Mendes. **Desafios e oportunidades para telessaúde em tempos de pandemia pela COVID-19**: uma reflexão sobre os espaços e iniciativas no contexto brasileiro. Disponível em: <http://cadernos.ensp.fiocruz.br/csp/artigo/1069/desafios-eoportunidades-para-telessaude-em-tempos-da-pandemia-pela-covid-19-uma-reflexao-sobre-os-espacos-e-iniciativasno-contexto-brasileiro/autores>. Acesso em 10 jun. 2020.

CAVET, Caroline Amadori; JUNIOR, José Luiz de Moura Faleiros; NOGAROLI, Rafaella. Telemedicina e proteção de dados: reflexões sobre a pandemia da Covid-19 e os impactos jurídicos da tecnologia aplicada à saúde. **Revista dos Tribunais** – v. 1016, 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM- Brasil). **Código de ética médica**. Resolução nº 1.246/88. Brasília: Tablóide, 1990.

DECLARAÇÃO DE TEL AVIV, adotada pela 51ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial em Tel Aviv, outubro de 1999.

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

FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**. – 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FRANÇA, Genival Veloso. Telemedicina: breves considerações ético-legais. **Revista Bioética**, v.8, n. 1, p. 107-126. 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 4: responsabilidade civil. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

GUNER, R., Hasanoglu, I. & Aktas, F. (2020). COVID-19: **Prevention and control measures in community**. Turk J Med Sci., 50: 571-577.

Organização Pan-Americana de Saúde. **Folha informativa- COVID 19 (doença causada pelo novo coronavírus)**. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875. Acesso em: 11 nov. 2020.

SENADO. Senado aprova uso da telemedicina durante pandemia de covid-19. **Senado Notícias**, 31 de junho de 2020. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/03/31/senado-aprova-uso-datelemedicina-durante-pandemia-de-covid-19>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

WEN CL. **Telemedicina e saúde** – Um panorama no Brasil. *Informática Pública* 2008; (2):07 – 15.

World Health Organization (2010). **Telemedicine: Opportunities and developments in Member States - Introduction: Overview of telemedicine Report on the second global survey on eHealth**. Global Observatory for eHealth series. Disponível em: http://www.who.int/goe/publications/goe_telemedicine_2010.pdf. Acesso em: 20 out. 2020.