

MICHAEL CÉSAR **SILVA**
VINÍCIUS LOTT **THIBAU**
ORGANIZADORES

RESPONSABILIDADE CIVIL

DIÁLOGOS ENTRE O DIREITO PROCESSUAL E O DIREITO PRIVADO

ANNIE DANTE **DE MESQUITA** • BRUNO FABRÍCIO **DA COSTA** • CAIO CÉSAR
DO NASCIMENTO **BARBOSA** • CAMILLA RAFAEL **FERNANDES** • CAMILLA
RODRIGUES **CARDOSO** • CLARA SANTOS **FURBINO** • DARLA EDUARDA
FERREIRA **PINTO** • ERICK MATEUS **SILVA** • GLAYDER DAYWERTH PEREIRA
GUIMARÃES • JULIA EMILLY DE SOUZA **LIMA** • JÚLIA MACEDO CAMPOLINA
DINIZ • KATHLEN MÉLLONI GOMES **CRUZ** • LUANA SOARES FERREIRA **CRUZ** •
MARIA TEREZA CASTRO **OZAVA** • MARIZA DE SOUZA **PAIVA** • MATHAUS
MIRANDA **MACIEL** • MICHAEL CÉSAR **SILVA** • RAFAEL MIRANDA **AMAZONAS**
• SOFIA ARAÚJO **PEDERZOLI** • SUZANA GONÇALVES **OLIVEIRA** • THIAGO
LOURES MACHADO MOURA **MONTEIRO** • VÍCTOR SANTIAGO DRUMOND
SILVA • VINÍCIUS GURGEL **ARAÚJO** • VINÍCIUS LOTT **THIBAU**

VOLUME **DOIS**

RESPONSABILIDADE CIVIL

DIÁLOGOS ENTRE O DIREITO PROCESSUAL E O DIREITO PRIVADO

**Editora Dom Helder
Belo Horizonte - MG
2022**

MICHAEL CÉSAR **SILVA**
VINÍCIUS LOTT **THIBAU**
ORGANIZADORES

RESPONSABILIDADE CIVIL

DIÁLOGOS ENTRE O DIREITO PROCESSUAL E O DIREITO PRIVADO

ANNIE DANTE **DE MESQUITA** • BRUNO FABRÍCIO **DA COSTA** • CAIO CÉSAR DO NASCIMENTO **BARBOSA** • CAMILLA RAFAEL **FERNANDES** • CAMILLA RODRIGUES **CARDOSO** • CLARA SANTOS **FURBINO** • DARLA EDUARDA FERREIRA **PINTO** • ERICK MATEUS **SILVA** • GLAYDER DAYWERTH PEREIRA **GUIMARÃES** • JULIA EMILLY DE SOUZA **LIMA** • JÚLIA MACEDO CAMPOLINA **DINIZ** • KATHLEN MÉLLONI GOMES **CRUZ** • LUANA SOARES FERREIRA **CRUZ** • MARIA TEREZA CASTRO **OZAVA** • MARIZA DE SOUZA **PAIVA** • MATHAUS MIRANDA **MACIEL** • MICHAEL CÉSAR **SILVA** • RAFAEL MIRANDA **AMAZONAS** • SOFIA ARAÚJO **PEDERZOLI** • SUZANA GONÇALVES **OLIVEIRA** • THIAGO LOURES MACHADO MOURA **MONTEIRO** • VÍCTOR SANTIAGO DRUMOND **SILVA** • VINÍCIUS GURGEL **ARAÚJO** • VINÍCIUS LOTT **THIBAU**

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

AGEJ – Associação Guimarães de Estudos Jurídicos

Projeto gráfico e diagramação

AGEJ – Associação Guimarães de Estudos Jurídicos

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. Thibau, Vinícius Lott.

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, v.2, 2022.

197 p.

Vários autores.

Inclui referências.

ISBN: 978-85-69921-18-9

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

I. Título. II. Escola Superior Dom Helder Câmara III. Título

CDU: 347.51

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, nas modalidades convencional e integral. Líder do Grupo de Iniciação Científica Processo e Democracia.

*Autores***Annie Dante de Mesquita**

Graduanda em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Integrante do Grupo de Iniciação Científica Processo e Democracia – ano 3, liderado pelo Professor Doutor Vinícius Lott Thibau e secretariado pelo Professor Mestre Thiago Loures Machado Moura Monteiro.

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 da Escola Superior Dom Helder Câmara. Advogado. Secretário do Grupo de Iniciação Científica de Responsabilidade Civil: Desafios e Perspectivas dos Novos Danos na Sociedade Contemporânea.

Caio César do Nascimento Barbosa

Pós-Graduando em Direito, Inovação e Tecnologia, pelo Instituto de Ciências Jurídicas Aplicadas e Escola Superior de Advocacia da OAB/MG, em parceria com a Fundação Mineira de Educação e Cultura (FUMEC). Bacharel em Direito, modalidade Integral, pela Escola Superior Dom Hélder Câmara (ESDHC). Diretor Adjunto do Magis - Portal Jurídico e da Associação Guimarães de Estudos Jurídicos. Colunista da coluna Direito Civil e Contemporaneidade: Novas Perspectivas e Desafios, no Magis - Portal Jurídico. Advogado.

Camilla Rafael Fernandes

Graduanda em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Integrante do Grupo de Iniciação Científica Processo e Democracia – ano 3, liderado pelo Professor Doutor Vinícius Lott Thibau e secretariado pelo Professor Mestre Thiago Loures Machado Moura Monteiro.

Camilla Rodrigues Cardoso

Graduanda em Direito, modalidade integral, pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Integrante do Grupo de Iniciação Científica “Responsabilidade Civil: desafios e perspectivas dos novos danos na Sociedade Contemporânea”, orientado pelo Professor Doutor Michael César Silva e Professor Mestre Bruno Fabrício da Costa.

Clara Santos Furbino

Graduanda em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Integrante do Grupo de Iniciação Científica Processo e Democracia – ano 3, liderado pelo Professor Doutor Vinícius Lott Thibau e secretariado pelo Professor Mestre Thiago Loures Machado Moura Monteiro.

Darla Eduarda Ferreira Pinto

Graduanda em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara (curso integral). Membro do grupo de iniciação científica “Responsabilidade Civil: desafios e perspectivas dos novos danos na Sociedade Contemporânea”. E-mail: darla.direito@gmail.com

Erick Mateus Silva

Graduando em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Integrante do Grupo de Iniciação Científica Processo e Democracia – ano 3, liderado pelo Professor Doutor Vinícius Lott Thibau e secretariado pelo Professor Mestre Thiago Loures Machado Moura Monteiro.

Glayder Daywerth Pereira Guimarães

Pós-graduando em Ciências Jurídicas Aplicadas às Carreiras Policiais pelo Centro Universitário UniBagozzi. Especialista em Direito Digital e Proteção de Dados pelo Centro Universitário UniAmérica. Bacharel em Direito – modalidade Integral – pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Membro do Conselho Executivo da Revista de Direito Magis. Copresidente da Associação Guimarães de Estudos Jurídicos – AGEJ. Diretor Executivo e membro do Conselho Editorial do Magis - Portal Jurídico. Advogado. E-mail: glayderdaywerthpg@live.com

Julia Emilly de Souza Lima

Graduanda em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Integrante do Grupo de Iniciação Científica Processo e Democracia – ano 3, liderado pelo Professor Doutor Vinícius Lott Thibau e secretariado pelo Professor Mestre Thiago Loures Machado Moura Monteiro.

Júlia Macedo Campolina Diniz

Graduanda em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara (curso integral). Membro do grupo de iniciação científica “Responsabilidade Civil: desafios e perspectivas dos novos danos na Sociedade Contemporânea”. E-mail: julia.macedocd@outlook.com

Kathlen Mélloni Gomes Cruz

Graduanda em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Integrante do Grupo de Iniciação Científica Processo e Democracia – ano 3, liderado pelo Professor Doutor Vinícius Lott Thibau e secretariado pelo Professor Mestre Thiago Loures Machado Moura Monteiro.

Luana Soares Ferreira Cruz

Graduanda em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Integrante do Grupo de Iniciação Científica: “Responsabilidade Civil: Desafios e Perspectivas dos Novos Danos na Sociedade Contemporânea”, coordenado pelo Professor Doutor Michael César Silva e secretariado pelo Professor Mestre Bruno Fabrício da Costa.

Maria Tereza Castro Ozava

Graduanda em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Integrante do Grupo de Iniciação Científica Processo e Democracia – ano 3, liderado pelo Professor Doutor Vinícius Lott Thibau e secretariado pelo Professor Mestre Thiago Loures Machado Moura Monteiro.

Mariza de Souza Paiva

Graduanda em Direito, modalidade integral, pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Integrante do Grupo de Iniciação Científica “Responsabilidade Civil: desafios e perspectivas dos novos danos na Sociedade Contemporânea”, orientado pelo Professor Doutor Michael César Silva e Professor Mestre Bruno Fabrício da Costa.

Mathaus Miranda Maciel

Graduando em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Integrante do Grupo de Iniciação Científica “Responsabilidade Civil: desafios e perspectivas dos novos danos na Sociedade Contemporânea”, liderado pelo Professor Doutor Michael César Silva e secretariado pelo Mestre Bruno Fabrício da Costa.

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).

Rafael Miranda Amazonas

Graduando em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Integrante do Grupo de Iniciação Científica Processo e Democracia – ano 3, liderado pelo Professor Doutor Vinícius Lott Thibau e secretariado pelo Professor Mestre Thiago Loures.

Sofia Araújo Pederzoli

Graduanda em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Integrante do Grupo de Iniciação Científica de Responsabilidade Civil: Desafios e Perspectivas dos Novos Danos na Sociedade Contemporânea – Ano 1, liderado pelo professor Doutor Michael César Silva e Mestre Bruno Fabrício da Costa.

Suzana Gonçalves Oliveira

Graduanda em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Integrante do Grupo de Iniciação Científica Processo e Democracia – ano 3, liderado pelo Professor Doutor Vinícius Lott Thibau e secretariado pelo Professor Mestre Thiago Loures Machado Moura Monteiro.

Thiago Loures Machado Moura Monteiro

Professor de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. Advogado. Mestre em Direito Ambiental na Escola Superior Dom Helder Câmara; Pós-graduado em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho, e Direito Previdenciário na Universidade FUMEC; Graduado em Direito na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Secretário do grupo de Iniciação Científica “Processo e Democracia- Ano 3”, liderado pelo professor Doutor Vinícius Lott Thibau. E-mail: thiagoloures.adv@gmail.com.

Victor Santiago Drumond Silva

Graduando em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Integrante do Grupo de Iniciação Científica Processo e Democracia – ano 3, liderado pelo Professor Doutor Vinícius Lott Thibau e secretariado pelo Professor Mestre Thiago Loures Machado Moura Monteiro.

Vinícius Gurgel Araújo

Graduando em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Integrante do Grupo de Iniciação Científica “Responsabilidade Civil: desafios e perspectivas dos novos danos na Sociedade Contemporânea”, liderado pelo Professor Doutor Michael César Silva e secretariado pelo Mestre Bruno Fabrício da Costa.

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, nas modalidades convencional e integral. Líder do Grupo de Iniciação Científica Processo e Democracia.

APRESENTAÇÃO

Esta obra coletiva 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, que apoiou, de modo incondicional, o desenvolvimento das pesquisas formalizadas.

O primeiro desses grupos, *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 da pesquisa o Professor Doutor Vinícius Lott Thibau e, como secretário, o Professor Mestre Thiago Loures Machado Moura Monteiro.

O objetivo pretendido por esta publicação foi apresentar à comunidade acadêmica os resultados parciais das atividades de pesquisa desenvolvidas pelos integrantes dos GIC's durante o ano de 2022.

Com o advento das novas tecnologias no contexto da sociedade hiperconectada e do hiperconsumo, impõe-se a releitura dos modelos vigentes, tendo por arcabouço a normatividade da Constituição brasileira de 1988. Além disso, é indispensável que, na contemporaneidade, as correlações entre responsabilidade civil e direito processual sejam explicitadas, por via de produções acadêmicas críticas.

Nesse cenário, esta obra coletiva pauta-se pela abordagem interdisciplinar das conexões existentes entre o Direito Privado e o Direito Processual, a partir do exame de discussões temáticas doutrinárias e jurisprudenciais, bem como da análise da legislação, com a finalidade de divulgar escritos sobre questões que não podem ser desconsideradas na atualidade.

Coube aos autores dos capítulos publicados a escolha e a delimitação dos assuntos tratados. Cada um dos docentes e discentes assumiu a responsabilidade pelo conteúdo dos seus escritos, assim como pela revisão gramatical e metodológica.

Esperamos que esta obra coletiva seja contributiva, permitindo o desenvolvimento do conhecimento jurídico por uma perspectiva alinhada às bases normativas do Estado Democrático de Direito.

Desejamos a todos uma boa leitura!

Belo Horizonte, novembro de 2022.

Michael César Silva

Vinicius Lott Thibau

SUMÁRIO

SOBRE OS AUTORES	V
APRESENTAÇÃO	XI
SUMÁRIO	XIII

Capítulo 1*Vinicius Lott Thibau*

TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA E RESPONSABILIDADE CIVIL	1
1. Considerações iniciais	1
2. CPC/15 e as hipóteses de responsabilização civil da parte no âmbito temático da tutela provisória de urgência	2
3. Tutela provisória de urgência, responsabilidade civil objetiva e o dano processual	6
4. Considerações finais	10
Referências	10

Capítulo 2*Glcyder Daywerth Pereira Guimarães**Michael César Silva**Caio César do Nascimento Barbosa*

REFLEXÕES ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL À LUZ DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA	13
1. Considerações iniciais	13
2. Hiperconexão e sociedade de hiperconsumo	15
3. O indivíduo na mira dos fornecedores: dados dos consumidores no comércio contemporâneo	18
4. Um novo marco protetivo para o Brasil: lei geral de proteção dos dados	21
5. A boa-fé na lei geral de proteção de dados	23
6. Considerações finais	25
Referências	27

Capítulo 3

Thiago Loures Machado Moura Monteiro

(IN)COMPATIBILIDADE DAS JURISPRUDÊNCIAS AXIOLÓGICAS COM O PROCESSO DEMOCRÁTICO EM AÇÕES DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR ACIDENTE DE TRABALHO	29
1. Considerações iniciais	29
2. Responsabilidade civil do empregador em acidentes de trabalho	30
2.1. Indenização por dano emergente	32
2.2. Indenização por lucros cessantes	32
2.3. Indenização por pensão vitalícia	32
2.4. Indenização por dano moral	33
2.5. Indenização por dano estético	33
3. As lacunas axiológicas no direito do trabalho	33
4. (in)compatibilidade entre lacunas axiológicas e processo democrático	36
5. Considerações finais	37
Referências	38

Capítulo 4

Luana Soares Ferreira Cruz

Bruno Fabrício da Costa

Michael César Silva

A ILICITUDE DA OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA: UMA ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA SOCIEDADE DO HIPERCONSUMO	39
1. Considerações iniciais	39
2. Da origem da obsolescência programada à ilicitude da estratégia mercadológica	40
3. A responsabilidade civil frente à obsolescência programada	45
4. Considerações finais	51
Referências	52

Capítulo 5

Bruno Fabrício Costa

Michael Cesar Silva

Sofia Araújo Pederzoli

RESPONSABILIDADE CIVIL EM PROCEDIMENTOS ESTÉTICOS	55
1. Considerações iniciais	55
2. A relação médico-paciente	56
3. Boa-fé objetiva	58
4. Cirurgias estéticas	61
5. Obrigação de meio e de resultado	62
6. A imputação de responsabilidade	64
7. Considerações finais	67
Referências	68

Capítulo 6

Darla Eduarda Ferreira Pinto

Júlia Macedo Campolina Diniz

HERANÇA DIGITAL: A SUCESSÃO POST MORTEM DO ESPÓLIO DIGITAL	73
1. Considerações iniciais	73
2. A herança digital	74
3. O direito brasileiro e a herança digital	76
4. Das possíveis violação dos direitos da personalidade e sua responsabilização	77
5. A analogia e a herança digital	78
6. Considerações finais	80
Referências	81

Capítulo 7

Camilla Rafael Fernandes

Victor Santiago Drumond Silva

DANOS À CONSTRUÇÃO IDENTITÁRIA: A RESPONSABILIDADE CIVIL APLICADA À ESCASSEZ INFORMACIONAL DE PRODUTOS PARA CONSUMAÇÃO ALIMENTÍCIA	83
1. Considerações iniciais	83
2. Construção sócio identitária da alimentação em embate à primazia do lucro	84

3. O ato de informar	86
4. Panorama a respeito do posicionamento do direito em relação à temática	89
5. Considerações finais	91
Referências	92

Capítulo 8

Annie Dante de Mesquita

Rafael Miranda Amazonas

RESPONSABILIDADE CIVIL ESTATAL E A RESPONSABILIZAÇÃO PESSOAL DO JUIZ DIANTE DA LACUNA AXIOLÓGICA	95
1. Considerações iniciais	95
2. Panorama histórico da responsabilidade civil	96
2.1. Responsabilidade civil do estado e a teoria do risco administrativo	98
3. A responsabilidade civil e pessoal do juiz	103
3.1. Responsabilidade civil do magistrado quando este se vê diante de uma lacuna axiológica	105
4. Considerações finais	107
Referências	108

Capítulo 9

Julia Emilly de Souza Lima

Kathlen Mélloni Gomes Cruz

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: UM EMBATE ENTRE O CONTRADITÓRIO E A CELERIDADE PROCESSUAL NAS DECISÕES JUDICIAIS EX OFFICIO NO ÂMBITO DAS LACUNAS AXIOLÓGICAS	109
1. Considerações iniciais	109
2. O poder judiciário no Brasil: uma relação entre a democracia e a confiança frente às decisões judiciais ex officio	111
2.1. A motivação nas decisões judiciais	114
2.2. A democracia, confiança e as decisões ex officio	115
3. A responsabilidade civil do estado por atos do poder judiciário	117
4. As decisões ex officio contribuindo para reforçar as lacunas axiológicas e a possibilidade de responsabilização estatal	118

5. A celeridade processual de encontro aos princípios constitucionais e o papel do juiz	120
6. Considerações finais	123
Referências	124

Capítulo 10

Maria Tereza Castro Ozava

Suzana Gonçalves Oliveira

O PROBLEMA DO PRECEDENTE COMO MECANISMO DE SUPRIR AS LACUNAS DA LEI	127
1. Considerações iniciais	127
2. O conceito de dano	129
3. Dano moral	131
4. Os critérios para fixação do dano moral e a sua subjetividade	132
5. O problema dos precedentes para satisfação da lacuna	134
6. Considerações finais	136
Referências	137

Capítulo 11

Mathaus Miranda Maciel

Vinícius Gurgel Araújo

O NOVO PANÓPTICO: DIREITO À DESCONEXÃO E DANO EXISTENCIAL	139
1. Considerações iniciais	139
2. Direito à desconexão	140
3. Do teletrabalho	141
4. Direito francês - a possibilidade de aplicação no ordenamento jurídico brasileiro	143
5. Da responsabilidade civil e do dano existencial pela violação do direito à desconexão	146
6. Considerações finais.....	149
Referências	150

Capítulo 12

Clara Santos Furbino

Erick Mateus Silva

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANOS AMBIENTAIS, AÇÃO CIVIL PÚBLICA E LEGITIMADOS ATIVOS SOB A ÓTICA DO PROCESSO DEMOCRÁTICO	153
1. Considerações iniciais	153
2. O meio ambiente jurídico e o dano ambiental	154
3. Responsabilidade civil do estado e efetivação	156
4. Legitimados ativos da ação civil pública sob a ótica do processo democrático	158
5. Considerações finais	160
Referências	161

Capítulo 13

Camilla Rodrigues Cardoso

Mariza de Souza Paiva

RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E WRONGFUL CONCEPTION	163
1. Considerações iniciais	163
2. Aspectos conceituais e terminológicos do nascimento indesejado	164
3. Wrongful conception e os procedimentos de esterilização eletiva	165
4. Responsabilidade civil do médico pelo nascimento indesejado	168
5. Wrongful conception à luz dos danos materiais e imateriais	172
5.1. Dano material	172
5.2. Dano moral	173
5.3. Dano existencial	174
5.4. Dano estético	175
6. Considerações finais	176
Referências	177

TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA E RESPONSABILIDADE CIVIL

1

Vinicius Lott Thibau

Sumário: 1. Considerações iniciais; 2. CPC/15 e as hipóteses de responsabilização civil da parte no âmbito temático da tutela provisória de urgência; 3. Tutela provisória de urgência, responsabilidade civil objetiva e o dano processual; 4. Considerações finais; Referências.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em 16 de março de 2015, foi publicada a Lei nº 13.105, que instituiu o Código de Processo Civil brasileiro. A codificação que completou, em março de 2022, seis anos de vigência, trata da tutela provisória no Livro V de sua Parte Geral.

De acordo com o Código de Processo Civil, tutela provisória é gênero, do qual são espécies as tutelas de urgência e da evidência. A tutela de urgência pode assumir o *status* de tutela antecipada ou de tutela cautelar, sendo pleiteada de modo antecedente ou incidental, conforme as especificidades que devam ser observadas.

Todas as espécies de tutela provisória lidam, de modo diferenciado, com o tempo procedimental. Existindo a necessidade de enfrentamento de um perigo de dano ou de um risco à utilidade do que, usualmente, denomina-se processo (art. 300 a 310 do CPC), bem como sempre que esteja identificada uma hipótese legalmente demarcada que possibilite a distribuição do tempo procedimental de maneira diversa da que é tradicionalmente estabelecida (art. 311 do CPC), é autorizado o pedido de tutela provisória.

Em outros termos: segundo as disposições do Código de Processo Civil, pela tutela de urgência ou da evidência, possibilita-se a antecipação do tempo da decisão, ainda que o pronunciamento judicial apresente caráter temporário ou provisório. A concessão e a efetivação de uma tutela de urgência antecipada ou cautelar instalam, portanto, uma situação de vantagem para uma das partes, mas, por outro lado, também podem provocar dano a ser suportado pela parte adversa.

É, nesse sentido, que o art. 302 do Código de Processo Civil dispõe sobre a responsabilidade civil no âmbito temático da tutela provisória de urgência, que será examinada por este escrito.

2 CPC/15 E AS HIPÓTESES DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DA PARTE NO ÂMBITO TEMÁTICO DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA

Ao abordar a responsabilização civil da parte no âmbito temático da tutela provisória de urgência, o art. 302 do Código de Processo Civil de 2015 reproduz, em parte, o que dispunha o art. 811 do Código de Processo Civil de 1973, que tratava da responsabilidade civil ligada aos procedimentos cautelares.

Em parte porque, abordando, expressamente, a responsabilidade civil também relativa à tutela antecipada, tal qual afastando alguns equívocos atinentes à codificação anterior, o Código de Processo Civil de 2015 não poderia simplesmente replicar o conteúdo normativo da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

É possível afirmar que o disposto no art. 302 do Código de Processo Civil de 2015 supera, em qualidade, a determinação do art. 811 do Código de Processo Civil de 1973. Entretanto, a normatização da responsabilidade civil no âmbito temático da tutela provisória de urgência ainda se apresenta frágil, ao estabelecer que:

Art. 302. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se:
I - a sentença lhe for desfavorável;
II - obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias;
III - ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal;
IV - o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.
Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível.¹

A primeira hipótese de responsabilização civil da parte no âmbito da tutela provisória de urgência encampa a situação de não confirmação, pela sentença, da decisão sobre a tutela provisória de urgência concedida e efetivada. De acordo com Daniel Amorim Assumpção Neves,² a expressão sentença desfavorável deve compreendida em sentido amplo, de modo a

¹ 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.

² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**: volume único. 12. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019.

englobar tanto a sentença definitiva quanto a sentença terminativa, já que, nas duas modalidades, não se identifica êxito para o autor.

Daí, a sentença pode ser considerada desfavorável porque deixou de examinar o mérito (art. 485 do Código de Processo Civil) ou porque, analisando o mérito, não acolheu o pedido formulado pela parte que obteve e efetivou a tutela provisória de urgência.

Para Daniel Amorim Assumpção Neves, não obstante o “dispositivo mencionar apenas a sentença favorável, a regra também é aplicável à decisão interlocutória de mérito proferida no art. 356 do CPC”.³ Assim sendo, melhor teria sido, então, a adoção, pelo Código de Processo Civil, da expressão pronunciamento judicial decisório em substituição ao termo sentença desfavorável. É que, com base na norma disposta no art. 203 do Código de Processo Civil, a sentença é uma das espécies de pronunciamento do juiz, não se confundindo com a decisão interlocutória e com o despacho.

Seja como for, na literatura especializada, desde a vigência da codificação de 1973, discute-se se a sentença desfavorável que ora se faz referida pelo art. 302, I, do Código de Processo Civil, deve ou não estar transitada em julgado para que a responsabilização civil da parte possa se impor.

Daniel Amorim Assumpção Neves entende que não, embora, nesse caso, reconheça a necessidade de que a liquidação do dano alegado por quem foi prejudicado pelo deferimento e pela efetivação da tutela sumária deva ser provisória, bem como provisório deva ser o cumprimento da decisão que fixa o valor devido pelo dano causado.⁴ Em sentido contrário, entendendo ser obrigatório o trânsito em julgado da decisão, posiciona-se, com destaque, Galeno Lacerda.⁵

As asserções formalizadas por ambos são consistentes, embora fixadas mediante a ausência de enfrentamento detido de um importante problema: é compatível com a caracterização da ação como direito público, subjetivo, autônomo e abstrato a responsabilização civil da parte que obteve e incrementou uma tutela provisória de urgência e, em momento posterior, teve contra si uma sentença desfavorável?

A questão se apresenta relevante porque, conforme elucida Rosemiro Pereira Leal, pela teorização da ação como direito público, subjetivo, autônomo e abstrato, que foi concebida

³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**: volume único. 12. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 510.

⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**: volume único. 12. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019.

⁵ LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 8, t. 1.

por Degenkolb, na Alemanha, e Plosz, na Hungria, no final do século XIX, anunciou-se a ação “como direito incondicionado de movimentar a jurisdição, pouco importando o reconhecimento do direito material alegado”.⁶ Assim considerando, a responsabilização civil da parte que propõe uma ação e obtém uma decisão provisória favorável que não é confirmada pela sentença não estaria a encampar proposições arcaicas sobre a ação?

Trata-se de um tema que merece exame em momento posterior, tendo em vista os estreitos limites deste escrito. Por ora, parece suficiente o registro do problema, que precede a análise do disposto no art. 302, II, do Código de Processo Civil, que prevê a responsabilização civil da parte quando esta obtiver, liminarmente, a tutela provisória de urgência em caráter antecedente, mas não disponibilizar os meios necessários à citação da parte contrária, no prazo de cinco dias.

De acordo com José Manoel de Arruda Alvim Netto, com base na hipótese do art. 302, II, do Código de Processo Civil, a responsabilização civil da parte é fundada no argumento de que, “se o réu ainda não integrou o polo passivo da demanda e já tem contra si uma tutela provisória, tem seguramente toda a urgência de tomar ciência dos autos e oferecer defesa. Se o autor der causa à demora nesse procedimento, é ele quem responde pelo atraso”.⁷

Sobre o assunto, é de se destacar que a parte que se aproveita da tutela de urgência não pode ser civilmente responsabilizada pela demora na citação da parte contrária a que não der causa. Por isso, cabe à parte que obteve uma tutela provisória liminar, em caráter antecedente, possibilitar o incremento da citação de seu adversário, fornecendo os dados necessários para que tal se dê, no prazo de cinco dias. Após tornar viável a realização do ato de comunicação, porém, passa-se, exclusivamente, ao órgão judiciário o dever de implementação da atividade citatória, que deve ser realizada por uma das modalidades previstas no art. 246 e seguintes do Código de Processo Civil.

Em relação à tutela provisória de urgência, logo, cabe à parte que teve em seu favor deferida, liminarmente, uma tutela antecipada ou uma tutela cautelar, em caráter antecedente, propiciar a realização da citação da parte contrária e, após, diligenciar-se pela não cessação da eficácia da tutela obtida, consoante determina a norma disposta no art. 302, III, do Código de Processo Civil.

⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 14. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 218.

⁷ 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, p. 711.

É que referida cessação de eficácia erige-se como mais uma hipótese de responsabilização civil da parte no âmbito temático da tutela provisória de urgência e ocorrerá quando estiver presente alguma das situações previstas nos arts. 303, § 2º, e 309, do Código de Processo Civil, que enunciam:

Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

§ 1º. Concedida a tutela antecipada a que se refere o caput deste artigo:

I - o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar;

II - o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do art. 334;

III - não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335.

§ 2º. Não realizado o aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo, o processo será extinto sem resolução do mérito.

Art. 309. Cessa a eficácia da tutela concedida em caráter antecedente, se:

I - o autor não deduzir o pedido principal no prazo legal;

II - não for efetivada dentro de 30 (trinta) dias;

III - o juiz julgar improcedente o pedido principal formulado pelo autor ou extinguir o processo sem resolução de mérito.

Parágrafo único. Se por qualquer motivo cessar a eficácia da tutela cautelar, é vedado à parte renovar o pedido, salvo sob novo fundamento.⁸

Como se extrai dos dispositivos indicados, a norma do art. 303, § 2º, do Código de Processo Civil, é aplicável à tutela antecipada em caráter antecedente, enquanto que a disposição do art. 309 do Código de Processo Civil diz respeito à tutela cautelar em caráter antecedente. As regras não se direcionam à tutela da evidência, que, além de não ser uma tutela de urgência, somente pode ser pleiteada de modo incidental, segundo a norma do art. 311 do Código de Processo Civil.

Por fim, ao determinar que a parte que obteve a tutela provisória de urgência deve ser responsabilizada pelos danos que causar ao adversário, se o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor, o art. 302, IV, do Código de Processo Civil apresenta-se não só mal redigido, mas inócuo.

Como observa Cassio Scarpinella Bueno, a redação do inciso IV, do art. 302, do Código de Processo Civil, está presa ao texto do art. 811 do Código de Processo Civil de 1973 e “dá a entender que o reconhecimento da prescrição e da decadência depende de pedido

⁸ 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.

(alegação) da parte, o que não é correto e não se confunde com o necessário contraditório, que deve ocorrer antes da pronúncia respectiva”.⁹

Além disso, se a sentença que decide, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição resolve mérito (art. 487, II, do Código de Processo Civil) e é desfavorável à parte que obteve a tutela provisória de urgência por via de um juízo de cognição sumária, a hipótese de responsabilização da parte constante no art. 302, IV, do Código de Processo Civil, já está inclusa na situação descrita no art. 302, I, do Código de Processo Civil, não apresentando, portanto, qualquer relevância jurídica.

Daí, quanto às hipóteses legais impositivas da responsabilização civil da parte, bastaria a normatização disposta no art. 302, I, II e III, do Código de Processo Civil. Baseando-se nessas situações, já é possível abordar a espécie de responsabilidade civil que atua no âmbito temático da tutela provisória de urgência, assim como analisar de que forma essa se relaciona com a reparação do dano processual.

3 TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA, RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E O DANO PROCESSUAL

O art. 302 do Código de Processo Civil, por seu parágrafo único, estabelece que, uma vez civilmente responsabilizada a parte no âmbito temático da tutela provisória de urgência, a indenização deverá ser liquidada nos autos em que a tutela antecipada ou a tutela cautelar tiver sido concedida, sempre que se possível.

Sobre isso, Humberto Theodoro Júnior afirma que:

O prejudicado pela tutela de urgência infundada ou frustrada não precisa propor ação de indenização contra o requerente para obter o reconhecimento de seu direito e a condenação do responsável. [...] A fonte da obrigação, na espécie, é a própria lei, que a faz assentar sobre dados objetivos, que prescindem de acerto em ação condenatória apartada.

A obrigação, todavia, depende, para tornar-se exequível, de dois requisitos:

- (a) a ocorrência de prejuízo efetivo causado pela execução da tutela de urgência; e
- (b) a determinação do *quantum* desse prejuízo.

Antes, pois, de executar o requerente da medida, a parte prejudicada terá de promover a competente liquidação, pelo procedimento comum (art. 509, II).

Essa modalidade de liquidação se faz necessária justamente porque a apuração do prejuízo se dá originariamente à base de fatos novos, quais sejam, os que concretamente virão demonstrar em que consistiu o prejuízo e em quanto montou ele. Liquidado o dano, a execução se processará conforme o rito de quantia certa.

Em nenhuma circunstância se exigirá prova de culpa ou dolo do promovente da tutela de urgência. A responsabilidade civil, na espécie, é puramente objetiva, de sorte que

⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 222.

seus fundamentos são apenas a lesão do requerido, a frustração da medida [...] nos termos do art. 302 e o nexo causal entre a medida e o dano.¹⁰

Na dogmática processual, é predominante o posicionamento explicitado por Humberto Theodoro Júnior. Compreende-se que, no âmbito temático da tutela provisória de urgência, as disposições relativas à responsabilidade civil objetiva é que devem ser aplicadas, não se exigindo a instauração de ação condenatória para a responsabilização da parte ou até mesmo menção expressa a esta responsabilização pela sentença. Não se cogita sobre a necessidade de demonstração da ocorrência de culpa ou dolo da parte para a sua responsabilização civil, bastando, para tanto, que estejam presentes uma das condutas descritas nos incisos do art. 302 do Código de Processo Civil, um prejuízo gerado à parte que teve contra si deferida e efetivada a tutela de urgência e o nexo de causalidade entre a conduta da parte e o dano gerado ao adversário.¹¹

Ao examinar o tema, contudo, Daniel Mitidiero interrogou o entendimento que predomina na literatura especializada. Isso porque, para o autor, nem sempre a responsabilidade civil atuante no âmbito temático da tutela provisória de urgência deve ser a objetiva, sendo necessário atentar-se para cada uma das hipóteses dispostas nos incisos do art. 302 do Código de Processo Civil:

[...] é certo que nas hipóteses dos incs. II e III do art. 302 pode-se falar em responsabilidade objetiva. No entanto, nas hipóteses dos incs. I e IV a responsabilidade tem de ser *subjetiva* (Ovídio Baptista da Silva, *Do Processo Cautelar*, Forense; Fábio Gomes, *Responsabilidade Objetiva e Antecipada de Tutela*, Livraria do Advogado; Rafael Abreu, “A Responsabilidade pela Fruição da Tutela Antecipada Cassada”. *O Processo Civil no Estado Constitucional*, JusPodivm; ainda, o nosso *Antecipação da Tutela – Da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória* cit). Isso porque, se a tutela provisória é necessária e devida, conforme a apreciação sumária do juízo, torná-la posteriormente indevida e atribuir responsabilidade objetiva pela sua fruição implica ignorar efetiva *existência* da decisão que anteriormente a concedeu. Em outras palavras, significa desconsiderar o juízo sumário, como se nunca houvesse existido, apagando-o *retroativamente*. É claro que o juiz pode considerar inexistente o direito antes reconhecido como provável. Não pode, contudo, apagar a existência do juízo sumário. O juízo exauriente substitui o juízo sumário, mas não apaga a sua existência. Nesses casos, a *responsabilidade civil pela fruição da antecipação da tutela depende de alegação e prova de dolo ou culpa*, porque

¹⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 673-674, v. 1.

¹¹ Nesse sentido, confira, especialmente, as produções de NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997; LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 8, t. 1; BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**: volume único. São Paulo: Saraiva, 2015; 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; MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de direito processual civil moderno**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**: volume único. 12. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019.

amparada em um legítimo exercício do poder estatal. Só há responsabilidade objetiva diante da sentença de improcedência quando a *tutela provisória é obtida de forma injustificada*, isto é, com violação à ordem jurídica (por exemplo, com base em prova falsa).¹²

No ano de 2020, o Superior Tribunal de Justiça, por sua Quarta Turma, pronunciou-se a respeito da questão, abordando a responsabilidade civil estabelecida no âmbito temático da tutela cautelar prevista no Código de Processo Civil de 1973, cuja normatização foi reproduzida, em parte, pelo Código de Processo Civil de 2015.

Na oportunidade, entendeu-se pela responsabilização civil objetiva da parte que tem em seu favor deferida uma tutela cautelar preparatória, promove a sua efetivação e, em momento posterior, obtém uma sentença terminativa desfavorável. A extensa ementa do julgado foi redigida nos seguintes termos:

RECURSO ESPECIAL (ART. 105, INC. III, “a”, CF/88) - AÇÃO CONDENATÓRIA - DANOS DECORRENTES DA EXECUÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR - INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS QUE JULGARAM IMPROCEDENTE O PEDIDO, SOB O FUNDAMENTO DE AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO. INSURGÊNCIA DA DEMANDANTE.

Hipótese: Possibilidade de responsabilização da parte por prejuízos decorrentes do deferimento de cautelar preparatória, consubstanciada na retenção de embarcação por longo período, dada a posterior extinção do processo principal sem julgamento de mérito por força de cláusula compromissória arbitral.

1. Na origem, a discussão afeta ao pleito condenatório decorrente da execução da medida cautelar limitou-se, em inegável desvirtuamento dos contornos jurídicos da matéria, ao reexame dos pressupostos de concessão da tutela de urgência deferida, tendo sido inadmitida a responsabilização da requerente em virtude de que, ao tempo do deferimento da tutela, verificava-se justa causa para o pedido cautelar e verossimilhança nas alegações da parte.

1.1 As medidas cautelares somente são concedidas se verificados plausibilidade jurídica e perigo de dano, motivo pelo qual, caso tais circunstâncias pudessem afastar a responsabilidade pelos prejuízos advindos do seu cumprimento, os respectivos requerentes jamais seriam responsabilizados, ou seja, a disciplina legal pertinente seria inócua.

1.2 Os ônus pelos danos decorrentes da medida cautelar relacionam-se com circunstâncias posteriores à decisão liminar, sobretudo, no que tange à confirmação ou não do direito de pronto salvaguardado, que nunca se viabiliza, por óbvio, se não o perseguir a parte requerente da tutela de urgência, razão pela qual a norma processual lhe impõe um dever a esse respeito.

2. É entendimento desta Corte Superior que, por força da responsabilidade processual objetiva disciplinada nos artigos 811 c/c 808 do Código de Processo Civil de 1973, baseada na assunção do risco pela parte requerente, os danos causados com a execução de cautelar devem ser indenizados uma vez cessada a eficácia da medida pela extinção do processo principal, com ou sem julgamento do mérito.

2.1 Na hipótese, a ora recorrida, embora aparentemente cercada de boas razões quando do requerimento cautelar, não deu o devido prosseguimento ao caso, pois, após a extinção do processo sem julgamento de mérito por força da cláusula compromissória, não há notícia de que tenha instaurado a jurisdição arbitral, conforme adremente ajustado. Descumpriu, assim, dever processual de provocar, no foro competente, um

¹² MITIDIERO, Daniel. 1. Responsabilidade pelo dano oriundo da tutela de urgência. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (Coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 785.

juízo definitivo de mérito a respeito do direito outrora acautelado liminar e provisoriamente.

2.2 No que tange, ademais, ao nexo de causalidade, não há como desconsiderar, como causa invencível da retenção da embarcação, a força da ordem judicial que a determinou, a qual, mesmo impugnada, restou mantida por longo interregno.

2.3 Concluir pelo afastamento do dever de reparação caracterizaria subversão, não apenas da literalidade dos arts. 808 e 811 do CPC/73, mas da própria lógica em que se fundam as decisões precárias do sistema de tutelas provisórias, mantido, em essência, no diploma processual em vigor.

3. Recurso especial parcialmente provido para reconhecer o dever de indenizar e determinar a devolução dos autos ao Juízo de piso, para que proceda à liquidação por arbitramento.¹³

Como se exprime, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça não recepciona a argumentação de Daniel Mitidiero. Acolhe o entendimento de que a responsabilidade civil no âmbito temático da tutela provisória de urgência é sempre objetiva, fundando-se na lógica risco-proveito. Poderá, assim, implicar reparação material e compensação moral, independentemente da demonstração de existência de culpa ou dolo da parte que efetivou a tutela antecipada ou cautelar deferida, bem como de eventual reparação do dano processual.

De conseguinte, se, além de incorrer em alguma das hipóteses previstas nos incisos do art. 302 do Código de Processo Civil, a parte litigar de má-fé, será também condenada ao pagamento de multa, a indenizar a parte adversária pelos prejuízos que esta sofreu, assim como a pagar os honorários advocatícios de sucumbência e as despesas que esta efetuou (art. 81 do Código de Processo Civil).

Isso deverá ocorrer, com base no art. 80 do Código de Processo Civil, quando a parte deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; alterar a verdade dos fatos; utilizar o processo para conseguir objetivo ilegal; opor resistência injustificada ao andamento do processo; proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; provocar incidente manifestamente infundado; ou interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

Assim é que, a despeito da imprecisão do significado normativo relativa a muitas dessas hipóteses, é de se afirmar que, segundo o art. 81, § 3º, do Código de Processo Civil, a condenação pela prática de ato de litigância de má-fé ocorrerá de ofício ou a requerimento, sendo o valor da indenização fixado pelo juiz ou, se não for possível mensurá-lo imediatamente, determinado por via de liquidação a ser instalada nos autos em que foi apurada a prática do ato que viola a boa-fé.

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.641.020 - RJ (2011/0240769-4). Relator: Ministro Marco Buzzi – Quarta Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 15 set. 2020.

Ao que parece, portanto, é possível a instalação de único procedimento de liquidação à fixação do “quantum debeatur” relacionado à responsabilização civil da parte que incorre em uma das hipóteses previstas no art. 302, I a IV, do Código de Processo Civil, e relativo ao dano processual provocado pela parte que comete alguma das condutas descritas no art. 80, I a VII, da mesma codificação.

Para que tal ocorra, no entanto, é indispensável que se trate da mesma modalidade de liquidação decisória, uma vez que a liquidação por arbitramento é cabível quando estabelecido pela sentença, convencionado pelas próprias partes ou imposto pela taxionomia do objeto da liquidação (art. 509, I, do Código de Processo Civil) e a liquidação pelo procedimento comum é autorizada quando há necessidade de alegar e provar fato novo (art. 509, II, do Código de Processo Civil).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma análise consistente da responsabilidade civil no âmbito temático da tutela provisória de urgência não pode ser desconsiderada na atualidade dos estudos de direito processual.

Isso porque, a partir das normas do Código de Processo Civil, o deferimento e a efetivação de uma tutela antecipada ou cautelar instalam uma situação de vantagem para uma das partes quanto ao tempo da decisão, mas, por outro lado, também podem gerar prejuízo a ser suportado pelo adversário.

A abordagem realizada explicitou que, não obstante relevante, o regramento da responsabilidade civil no âmbito temático da tutela provisória de urgência é deficiente e, em alguns pontos, controverso quanto ao conteúdo.

REFERÊNCIAS

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.

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: 26 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.641.020 - RJ (2011/0240769-4). Relator: Ministro Marco Buzzi – Quarta Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 15 set.

2020. Disponível em:
https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=116229795&num_registro=201102407694&data=20201023&tipo=5&formato=PDF.
Acesso em: 26 jul. 2022.

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

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 8, t. 1.

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

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de direito processual civil moderno**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MITIDIERO, Daniel. 1. Responsabilidade pelo dano oriundo da tutela de urgência. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (Coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 785.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**: volume único. 12. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 1.

REFLEXÕES ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL À LUZ DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

2

Gláider Daywerth Pereira Guimarães

Michael César Silva

Caio César do Nascimento Barbosa

Sumário: 1. Considerações iniciais; 2. Hiperconexão e sociedade de hiperconsumo; 3. O indivíduo na mira dos fornecedores: dados dos consumidores no comércio contemporâneo; 4. Um novo marco protetivo para o Brasil: lei geral de proteção dos dados; 5. A boa-fé objetiva na lei geral de proteção de dados; 6. Considerações finais; Referências.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No contexto da sociedade contemporânea, diante do advento de novas tecnologias, da sociedade hiperconectada e do hiperconsumo, se verificou, nos últimos anos, no âmbito internacional e nacional intenso debate sobre a necessidade de criação de legislações relacionadas à regulamentação eficaz da proteção de dados.

Nessa conjuntura, o estudo propõe analisar crítica e dialeticamente os impactos da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) no contexto das relações virtuais de consumo, sob a perspectiva do princípio da boa-fé objetiva.

Pretende-se, portanto, averiguar o método de aplicação da boa-fé objetiva nas relações jurídicas de consumo à luz da LGPD, bem como da aplicação da Responsabilidade Civil na hipótese de inobservância do princípio retromencionado.

Nessa toada, objetiva-se examinar a sociedade contemporânea sob o prisma do modelo da sociedade de hiperconsumo, de modo a evidenciar suas características elementares.

Nesse cenário constata-se que o alto grau de utilização de aparatos tecnológicos, sobretudo, *smartphones*, computadores, *tablets* e IoT's permite aos fornecedores a obtenção de dados dos consumidores por diversas vias.

Constata-se, ademais, que o comércio se difere substancialmente do modelo anterior, pautado, principalmente, na publicidade em grandes canais de comunicação, de modo que, o

fornecedor paulatinamente alcançou métodos inovadores para realização de vendas, sendo os dados pessoais um dos principais elementos que impactam na efetivação das relações virtuais de consumo.

Logo, o consumidor encontra-se na mira dos fornecedores, sendo os dados pessoais dos consumidores elevados a um novo patamar, se convertendo em mercadoria e método de efetivação de publicidade direcionada para posteriores contratações. Destaca-se que, usualmente, os consumidores concedem suas informações, sem mesmo ter noção do que tais dados representam, ou mesmo sua utilização.

Nessa conjuntura, diversos países identificaram a necessidade em se editar uma legislação específica para a proteção de dados dos indivíduos. Em 2018 a União Europeia implementou o GDPR (*General Data Protection Regulation*), no mesmo ano os Estados Unidos da América editaram o CCPA (*California Consumer Privacy Act*) e o Brasil editou a Lei nº 13.709/2018, renomeada em 2019 para Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais designa o Princípio da boa-fé objetiva como parâmetro às relações virtuais de consumo, garantindo, de tal modo, a observância de suas figuras parcelares e deveres anexos, notadamente, a informação, proteção, cuidado, lealdade e cooperação, dentre outros.

Ante a inobservância do Princípio da boa-fé objetiva, nas relações virtuais de consumo, impõe-se a Responsabilidade Civil, de modo a reestabelecer a normalidade das relações jurídicas havidas e proporcionar a reparação em vista de uma violação dos dados pessoais. Ressalta-se que a figura da violação positiva do contrato, também, é vislumbrável diante a transgressão dos deveres anexos de conduta.

A pesquisa adequa-se à vertente metodológica jurídico-sociológica. No tocante ao modelo de investigação, de acordo com a classificação proposta por Witker¹ e Gustin,² escolheu-se a categoria jurídico-projetiva. Ademais, afirma-se que se trata de uma pesquisa eminentemente teórica, de acordo com a técnica de análise do conteúdo, que se demonstra possível mediante a análise de conteúdo da doutrina e da legislação pertinente.

Por fim, o estudo buscar lançar luzes sobre a controvérsia e propor eventuais soluções, com o desígnio de permitir a efetiva da aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados no âmbito das relações virtuais de consumo.

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. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

2 HIPERCONEXÃO E SOCIEDADE DE HIPERCONSUMO

Hodiernamente vivencia-se um período singular na história do mundo, sendo que, a evolução tecnológica ocorre em uma velocidade nunca vista. O surgimento dos meios digitais propiciou alterações na sociedade, no meio de comunicação e, até mesmo, no modo de vida das pessoas.

A sociedade contemporânea - plural, complexa e assimétrica - sofreu inúmeras alterações, mudanças estruturais desencadeadas pelas novas tecnologias que surgiram com o decurso do tempo. As novas tecnologias propiciaram uma metamorfose cultural em um curto espaço de tempo, modificando de forma singular a vida das pessoas.³

É perceptível que as modificações no mundo, advindas das novas tecnologias, alteraram substancialmente o modo de vida das pessoas, de tal modo que, mesmo as relações interpessoais viram-se afetadas. Falar em tecnologia, hoje, envolve até mesmo certo truísmo, na medida em que, os indivíduos se veem imersos em um mundo tecnológico.

Nessa toada, sustentam Dirceu Pereira Siqueira e Danilo Henrique Nunes acerca da revolução digital:

A revolução digital propiciou um contexto no qual as pessoas estão aptas a exercer uma comunicação muito mais dinâmica e célere com as outras pessoas (segundo elemento - Comunicação Digital), o que não ocorria em épocas anteriores, com a comunicação por cartas ou mesmo com a comunicação pelos telefones fixos, por exemplo. As novas opções de comunicação digital alteraram significativamente o modo como as pessoas se comunicam na atualidade. Uma vez que todos contemplam oportunidades de se comunicar e colaborar com qualquer pessoa, em qualquer momento e em qualquer lugar, é necessário versar sobre as decisões apropriadas para cada momento e opção advinda da comunicação digital.⁴

Destarte, no âmbito digital, se verifica o fenômeno da hiperconexão, de modo que, a comunicação se altera, torna-se facilitada, célere e dinâmica. Os limites físicos da comunicação inexistem nesse cenário, sendo até mesmo possível que um indivíduo se comunique com outro, ainda que se encontrem em países distintos.⁵

³ GUIMARÃES, Glayder Daywerth Pereira; SILVA, Michael César. Fake News à luz da responsabilidade civil digital: o surgimento de um novo dano social. **Revista Jurídica da FA7**. Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 101, jul./dez. 2019.

⁴ SIQUEIRA, Dirceu Pereira; NUNES, Danilo Henrique. Conflitos digitais: cidadania e responsabilidade civil no âmbito das lides cibernéticas. **Revista Jurídica da FA7**. Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, v. 15, n.2, p.130, 2018.

⁵ GUIMARÃES, Clayton Douglas Pereira; SILVA, Michael César. Repercussões do exercício da liberdade de expressão e da disseminação de fake news no contexto da sociedade da informação. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LOBO, Fabíola Albuquerque; ANDRADE, Gustavo (Coords.). **Liberdade de expressão e relações privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 205-206.

Atualmente, se torna difícil pensar em um mundo no qual a conexão não integre a vida dos indivíduos, seja nas amizades, no trabalho, ou mesmo nos relacionamentos, o mundo tecnológico propicia uma ampliação e simplificação.

Yuval Noah Harari admite uma alteração no tocante as relações interindividuais propiciada pelo cenário digital:

Durante milhões de anos, os humanos adaptaram-se a viver em pequenos bandos de não mais de algumas dezenas de pessoas. Mesmo hoje em dia, para a maioria de nós é impossível conhecer de fato mais de 150 indivíduos, não importa quantos amigos no Facebook alardeamos ter. Sem esses grupos, os humanos sentem-se solitários e alienados.⁶

Conjuntamente aos avanços tecnológicos e comunicacionais, constata-se que a globalização se maximiza, dando início a um processo de intercâmbio cultural, linguístico e econômico. Nessa linha de intelecção, Elias Jacob de Menezes Neto reconhece que:

A globalização, ao invés de um processo terminado, está acontecendo neste exato instante, através da intensificação das relações sociais globais que conectam locais distantes de modo que muitos acontecimentos locais são determinados por eventos que ocorrem em lugares remotos.⁷

De modo complementar, Anthony Giddens afirma que “a transformação local é parte da globalização tanto quanto a extensão lateral das conexões sociais através do tempo e do espaço” (Tradução Nossa).⁸ A globalização, nesse sentido, se caracteriza como um evento contínuo e incessante, de grandes proporções, utilizado para especificar a atual fase do sistema capitalista, possibilitando, de modo ímpar, trocas e integrações entre indivíduos e entre Estados.

A sociedade contemporânea, além de marcada pela tecnologia é também caracterizada pelo alto consumo, sendo descrita por determinados autores como uma sociedade de consumo e, por outros, como uma de hiperconsumo.

Gilles Lipovetsky deslinda sobre o termo Sociedade de Consumo:

[...] A expressão aparece pela primeira vez nos anos 1920, populariza-se nos anos 1950-60, e seu êxito permanece absoluto em nossos dias, como demonstra seu amplo uso na linguagem corrente, assim como nos discursos mais especializados. A ideia de sociedade de consumo soa agora como uma evidência, aparece como uma das figuras mais emblemáticas da ordem econômica e da vida cotidiana das sociedades contemporâneas.⁹

⁶ HARARI, Yuval Noah. **21 lições para o século 21**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 84.

⁷ MENEZES NETO, Elias de. As novas configurações da soberania em uma sociedade hiperconectada. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, v. 19, n. 3, p. 75, set./dez. 2018.

⁸ No original: “Local transformation is as much a part of globalization as the lateral extension of social connections across time and space”. (GIDDENS, Anthony. *The Globalizing of Modernity*. In: HELD, D.; MCGREW, A. **The Global Transformations Reader: An Introduction to the Globalizing Debate**. 2. ed. Cambridge: Polity, 2003, p.60)

⁹ LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade do hiperconsumo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p.14.

Importa ressaltar que contemporaneamente não mais se vive o paradigma da sociedade de consumo, mas, em verdade, experiencia-se uma sociedade de hiperconsumo.¹⁰ Enquanto o primeiro modelo se caracterizava pelo consumo massificado, pelo marketing inovador e, sobretudo, por marcas, a sociedade de hiperconsumo redefine o consumo, atribuindo aos produtos características que se conectam intimamente ao consumidor.

Acerca a redesignação dos objetos, José Gaspar Nayme Novelli estabelece que: “em síntese, a busca de diferenciação – esta sim objeto maior do consumo – se baseia em símbolos, não nos bens em si e nos seus valores de uso e de necessidades específicas, mas na qualidade que personaliza o indivíduo por detrás do consumidor”.¹¹

Nota-se que os objetos assumem novo sentido na vida das pessoas, não representando somente utilidades, mas carregando consigo um significado, isto é, os objetos deixam de ser somente coisas e passam a ser parte integrante do que é a pessoa. Nesse contexto, o objeto descreve o indivíduo e exprime para a sociedade toda uma gama de características sobre aquele sujeito.

Na *sociedade de hiperconsumo* torna-se evidente a permeabilidade da mercantilização em todas as ambiências da vida social e individual. Os lazeres e as perspectivas hedonistas consubstanciam a mola propulsora desse novo modo de consumir, cada vez mais desligado da representação para o outro para ligar-se de modo potencializado a si mesmo. Em verdade, a centralização dos lazeres na *sociedade de hiperconsumo* representa a pedra fundamental para a compreensão de sua estrutura e seus efeitos. A subjetivação do consumo nada mais é que uma feérica busca pela concretização de experiências ainda desconhecidas. A novidade é o combustível do *hiperconsumidor*, é com ela que esse novo “*homo consumericus*” tentará renovar, de modo cíclico e incessante, o *agora*.¹²

Complementarmente aponta Zygmunt Bauman:

Na sociedade de consumidores, ninguém pode se tornar sujeitos sem primeiro virar mercadoria, e ninguém pode manter segura sua subjetividade sem reanimar, ressuscitar e recarregar de maneira perpétua as capacidades esperadas e exigidas de uma mercadoria vendável. A “subjetividade” do “sujeito”, e a maior parte daquilo que essa subjetividade possibilita ao sujeito atingir, concentra-se num esforço sem fim para ela própria se tornar, e permanecer, uma mercadoria vendável. A característica

¹⁰ LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal**: ensaio sobre a sociedade do hiperconsumo. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p.14.

¹¹ NOVELLI, José Gaspar Nayme. **Confiança Interpessoal na sociedade de Consumo**: a Perspectiva Gerencial. 2004. 242 f. Tese (Doutorado em Administração) – Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade. Universidade de São Paulo. São Paulo, São Paulo, p. 50.

¹² FACHIN, Luiz Edson. Da Felicidade Paradoxal à Sociedade de Riscos: Reflexões sobre Risco e Hiperconsumo. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues (Coords.). **Sociedade de Risco e Direito Privado**: Desafios normativos, Consumeristas e Ambientais. São Paulo: Atlas, 2013, v. 1, p. 385.

mais proeminente da sociedade de consumidores – ainda que cuidadosamente disfarçada e encoberta- é a *transformação dos consumidores em mercadorias*.¹³

Na sociedade de hiperconsumo, o indivíduo deixa de simplesmente consumir e acaba, ele mesmo, se transformando em uma vitrine de mercadorias. Celulares, relógios, ternos, sapatos, da alimentação à vestimenta, cada faceta do consumo humano passa a descrever características dos indivíduos, os quais se agrupam de acordo com as preferências mercadológicas.

Deste modo, a sociedade contemporânea, em suas multifaces, se modificou substancialmente com o advento dos meios tecnológicos digitais, dando início a um período de hipercomunicação e transfronteirismo digital. Tal alteração no âmago da coletividade possibilitou que a sociedade de consumo se transformasse em uma sociedade de hiperconsumo, marcada por uma crise identitária na qual indivíduos se transfiguram em mercadorias.

3 O INDIVÍDUO NA MIRA DOS FORNECEDORES: DADOS DOS CONSUMIDORES NO COMÉRCIO CONTEMPORÂNEO

A inserção dos meios tecnológicos digitais modificou a sociedade em grande medida, de modo que, paulatinamente se incorporaram ao cotidiano dos indivíduos. Se a duas décadas poucas pessoas tinham acesso à internet, nos dias de hoje, a maior parte dos indivíduos conta com algum método de conexão à rede mundial de computadores.

Se houve época em que um computador era percebido pelo povo como uma máquina colossal, cujo modo de operar seria dificilmente assimilado, logo se passou a uma nova etapa do fenômeno tecnológico. A introdução dos “computadores pessoais” no mercado, entre os anos 80 e 90, libertaram a informática dos centros especializados, das universidades e das grandes empresas. Atualmente, crianças e jovens, por meio dos jogos virtuais, rapidamente se familiarizam com as máquinas, deixando claras algumas demarcações entre esta e as gerações passadas. De repente, computadores nas escrivaninhas e nos quartos das crianças se tornaram quesito “obrigatório” em todas as famílias.¹⁴

Interessante relembrar que os celulares, tal como os conhecemos hoje, até a década passada não contavam com tantas funções, servindo, mormente, para a realização de chamadas e envio de mensagens de texto. Nos anos de 2010 até 2020 os celulares, rapidamente, se

¹³ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 20.

¹⁴ RUARO, Regina Linden; RODRIGUEZ, Daniel Piñeiro. O Direito à proteção de dados pessoais na sociedade da informação. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n.36, p.183, jan./jun. 2010.

converteram em objetos com incontáveis capacidades, dentre elas, destaca-se a comunicação facilitada com a internet, dando origem ao atual fenômeno dos *smartphones*.

A utilização massificada da internet possibilitou o desenvolvimento de um ambiente digital com célere disseminação de informações e dados, sobre o assunto declaram Maria Eugenia Finkelstein e Claudio Finkelstein:

Com o desenvolvimento da tecnologia e intensificação dos fluxos de informação, surgem novas possibilidades de armazenamento, utilização e manipulação de informações pessoais, refletindo em mudanças no conceito de direito à privacidade, de modo que a informação que antes era dispersa, torna-se organizada. Riscos que envolvem a violação à privacidade e à personalidade dos cidadãos na sociedade da informação crescem exponencialmente, como a possibilidade de uso indevido dos dados pessoais, cadastro e classificação dos indivíduos, propagandas de marketing invasivas, publicidade comportamental, vigilância estatal, utilização indevida da Big Data, coleta de dados através da Internet das coisas, entre outros.¹⁵

Nesse cenário, a privacidade em ambiente virtual demonstra-se mais facilmente violada. De modo que, o consumidor queda, deste modo, na mira dos fornecedores, não para a mera efetivação de um contrato, mas para a captação de seus dados. No século XXI os dados passam a ser o novo petróleo.

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.¹⁶

A utilização de dados constitui parte elementar da utilização da internet, sendo que, o aperfeiçoamento de mecanismos, sites, programas e aplicativos dependem em grande medida dos dados coletados para prover uma melhor experiência ao usuário. Destaca-se que a problemática se manifesta nos casos de coleta indevida de dados, ou da má utilização dos dados coletados.

No âmbito de uma sociedade de hiperconsumo e hiperconectada, os dados dos indivíduos adquirem importância inestimável para os fornecedores de produtos e serviços, sendo instrumento por meio do qual podem descobrir características dos eventuais

¹⁵ FINKELSTEIN, Maria Eugênia; FINKELSTEIN, Claudio. Privacidade e Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. **Revista de Direito Brasileira**. Florianópolis, v. 23, n. 9, p. 285, maio/ago., 2019.

¹⁶ 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.2, maio./ago., 2019.

consumidores e realizar, deste modo, publicidades direcionadas, objetivando a maximização do número de contratos efetivados.

Dantes a edição de uma Lei de Proteção de Dados o cenário no Brasil apresentava uma série de abusos, sendo que, tão somente, o Código de Defesa do Consumidor e o Marco Civil da Internet tratavam da proteção de dados, entretanto, de forma esparsa. Na conjuntura posta, as informações dos usuários eram constantemente captadas por diversos meios, sendo que eram utilizadas para publicidade direcionada e, até mesmo, para a comercialização, criando verdadeiros mercados de dados de consumidores.

As informações do internauta, na presente realidade da sociedade informacional brasileira são então valorizadas no mercado virtual, pois enquanto ausente à regulação legal, são tratadas como insumo do lucrativo mercado na Internet, que enaltece o potencial econômico da perda de privacidade. Nesse sentido, surgem as atrativas redes sociais, como o Facebook, com suas manobras publicitárias, para deixar o usuário à vontade, inserindo suas informações.¹⁷

Nota-se que a boa-fé objetiva consubstanciada no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor não era aplicada pormenorizadamente na proteção de dados pessoais, razão pela qual se viu a necessidade de se regulamentar tal temática com uma lei específica.

Em ambiente virtual, o internauta, encontra-se em uma posição extremamente desvantajosa em relação aos agentes que captam dados, haja vista grande parte das pessoas sequer saberem a relevância da proteção dos dados, a razão pela qual dados são coletados e, mesmo, quais são os dados coletados. Havendo, neste sentido, clara vulnerabilidade técnica, própria assimetria de informações.

Adriano Marteleto Godinho, Genásio Rodrigues Queiroga Neto e Rita de Cásia de Moraes Tolêdo utilizam os direitos da personalidade para explicam determinadas características do ambiente virtual e da captação de dados pessoais:

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

¹⁷ ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de; CARVALHEIRO, Larissa Nunes. A proteção de dados pessoais na sociedade informacional brasileira: o direito fundamental a privacidade entre a autorregulação das empresas e a regulação protetiva do internauta. **Revista do Direito Público**. Universidade Estadual de Londrina, Londrina, v. 9, m. 1, p. 217, jan./abr., 2014.

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. 2, 2020.

O direito à privacidade passa por um processo de ressignificação diante das alterações sociais vivenciadas nas últimas décadas, de modo que, as gerações que nasceram a partir da revolução tecnológica já não compreendem tal direito em sua inteireza como as gerações anteriores. A série de violações à privacidade em ambiente digital criou uma falsa percepção de que neste cenário tais ofensas são possíveis e, até mesmo, costumeiras.

É necessário que se perceba que a efetivação dos direitos fundamentais em sua plenitude é requisito para o desenvolvimento da personalidade dos indivíduos e da sociedade como um todo, sendo estes os direitos básicos de todos os cidadãos para que possam desenvolver sua individualidade.

Estamos diante da verdadeira reinvenção da proteção de dados – não somente porque ela é expressamente considerada como um direito fundamental autônomo, mas também porque se tornou uma ferramenta essencial para o livre desenvolvimento da personalidade. A proteção de dados pode ser vista como a soma de um conjunto de direitos que configuram a cidadania do novo milênio.¹⁹

A relevância da proteção de dados é intrínseca a seu objeto, visto se relacionar objetivamente ao direito à privacidade e ao processo de individualização dos indivíduos. Nesta toada, evidencia-se a relevância de uma lei específica de proteção de dados a qual trata, em maior grau da própria personalidade da pessoa humana.

4 UM NOVO MARCO PROTETIVO PARA O BRASIL: LEI GERAL DE PROTEÇÃO DOS DADOS

A regulação sobre a proteção de dados teve seu marco em 2016 com a edição da GDPR (*General Data Protection Regulation*) – RGPD (Regulamento Geral de Proteção de Dados) – na Europa e, em 2018, com sua aplicabilidade, acontecimentos que modificaram significativamente a coleta de dados por todo o mundo.

Os rastros são detectados no mundo tecnológico por meio de dados que são trafegados por meio da rede mundial de computadores. Para buscar dinamizar esse instantâneo tráfego de dados, a União Europeia se reuniu e editou o GDPR, ou seja, um Regulamento Geral de Proteção de Dados em 2018, visando dinamizar o tratamento dos dados pessoais sensíveis dos cidadãos no âmbito dos países integrantes da EU e conferir maior proteção aos dados pessoais que circulam no ambiente digital.²⁰

¹⁹ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância**: privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 14.

²⁰ GUNTHER, Luiz Eduardo; COMAR, Rodrigo Thomazinho; RODRIGUES, Luciano Ehlke. A Proteção e o tratamento dos dados pessoais sensíveis na era digital e o direito à privacidade: os limites da intervenção do Estado. **Revista Relações Internacionais no Mundo Atual**. Unicuritiba, Curitiba, v. 2, n. 27, p. 28, abr./jun. 2020.

Complementarmente, Guilherme Magalhães Martins e José Luiz de Moura Faleiros Júnior asseveram que:

Na esteira da iniciativa europeia – formalmente nomeada de Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) – editada em 27 de abril de 2016 e implementada em 25 de maio de 2018, promulgou-se, no Brasil, a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, já alterada antes mesmo do início de sua vigência pela Medida Provisória nº 869, de 27 de dezembro 2018, posteriormente convertida na Lei nº 13.853, de 08 de julho de 2019, que, entre várias modificações, consolidou a nomenclatura epigrafada no texto atual da norma: “Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)”.²¹

A despeito de ambas as legislações se originarem de Ordenamentos Jurídicos de tradições dispare, em inúmeros aspectos a LGPD do Brasil se inspirou no RGPD Europeu para determinar suas regras, podendo, até mesmo, ser considerada uma adaptação da lei europeia para o Ordenamento Jurídico pátrio.

Portanto, a LGPD se apresenta como um diploma protetivo altamente inovador, que privilegia a noção principiológica e protetiva ao levar em consideração a desproporção técnica e informacional entre indivíduos e agentes que realizam a coleta de dados ou seu tratamento.

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, legitimada. 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.²²

O princípio da finalidade se encontra intimamente correlacionado ao princípio da boa-fé objetiva, de modo que estabelece aos agentes que realizam a coleta e tratamento de dados a transparência no tocante ao motivo da coleta e do tratamento de dados, de modo a garantir o indivíduo com informações claras e suficientes para que compreenda a motivação e, assim, possa optar em ceder, ou não, seus dados.

Tal princípio fora utilizado pela primeira vez no Brasil enquanto decorrência do princípio de boa-fé objetiva – a impor patamares de lealdade e transparência em toda e qualquer relação jurídica –, quando, em um caso concreto, um indivíduo teve a informação dos seus ganhos divulgados por uma loja sem a sua autorização e, em razão disso, viu majorado o valor da pensão de alimentos que prestava. Ajuizada ação

²¹ MARTINS, Guilherme Magalhães; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. Segurança da informação e governança como parâmetros para a efetiva proteção de dados pessoais. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 78, p.158, out./dez. 2020. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2026467/Guilherme_Magalh%C3%A3es_Martins_%26_Jos%C3%A9_Luiz_de_Moura_Faleiros_J%C3%BAnior.pdf. Acesso em: 29 jul. 2022.

²² MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais: uma análise à luz da lei geral de proteção de dados (lei 13.709/18). **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, v. 19, n. 3, p. 163-164, set./dez. 2018.

pelo lesado, houve condenação do estabelecimento comercial ao pagamento de dez salários – mínimos, a título de reparação.²³

Chiara Spadaccini de Teffé e Mario Viola por sua vez asseveram que:

A finalidade da coleta dos dados deve ser sempre previamente conhecida, seja qual for a base legal utilizada. Essa diretriz diz respeito à relação entre os dados colhidos e a finalidade perseguida pelo agente. Apresenta relação também com o princípio da utilização não abusiva e com a recomendação de eliminação ou transformação em dados anônimos das informações que não sejam mais necessárias. Defende-se que, a depender do tipo de informação, seria possível desmembrar o consentimento em algumas categorias, com requisitos menos ou mais rígidos, conforme a natureza dos interesses. Isso viria através da lógica do consentimento granular.²⁴

Constata-se que a concepção segundo a qual, em detrimento do ordenamento jurídico confere-se à vontade força absoluta, resta, há muito, superada, de modo que, hodiernamente, entende-se que a vontade deve ser analisada sob o prisma da boa-fé objetiva, de modo a garantir o equilíbrio contratual, a transparência, a prestação informacional e o agir em consonância com um *standard* comportamental por todas as partes.²⁵

5 A BOA-FÉ OBJETIVA NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

A boa-fé objetiva se estabelece como um dos princípios de maior relevância no Ordenamento Jurídico brasileiro, de modo que sua aplicabilidade se estabelece como a primeira, e talvez a principal, frente de defesa e proteção dos contratantes. Logo, o referido princípio opera de modos diversos, se ramificando em subprincípios e impondo deveres de lealdade e cooperação em uma relação jurídica.

Nessa toada a boa-fé objetiva, conjuntamente aos artigos 187 e 422 do Código Civil, bem como dos artigos 4º, III e 51, IV do Código de Defesa do Consumidor, encontra-se estabelecida no âmbito da proteção de dados o artigo 6º da LGPD,²⁶ o qual determina que as atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a Boa-fé.

²³ 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. 6, 2020.

²⁴ TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; VIOLA, Mario. Tratamento de dados pessoais na LGPD: estudo sobre as bases legais. **Revista Ciilistica**. Rio de Janeiro, a. 9, n. 1, 2020, p.11.

²⁵ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **O direito pela perspectiva da autonomia privada: relação jurídica, situações jurídicas e teoria do fato jurídico na segunda modernidade**. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2014.

²⁶ Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades; II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento; III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados; IV - livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais; V - qualidade dos dados: garantia, aos titulares,

Complementarmente, ainda no artigo 6º da LGPD, foram elencados outros princípios que operam como desdobramentos dos deveres da boa-fé objetiva, dentre os quais a finalidade, adequação, necessidade, transparência, prevenção, dentre outros.

Uma questão, contudo, se coloca à frente: uma possível utilização da boa-fé apenas por retórica, perdendo sua definição, tal qual aconteceu na aplicação do Código de Defesa do Consumidor pelos tribunais. Quando da aplicação da lei consumerista, frente à necessidade de proteção do consumidor, os magistrados acabaram utilizando demasiadamente o princípio, “adquirindo ali um valor meramente confirmatório, decorativo, sem precisão de conteúdo”, pois já haviam dispositivos na lei capazes de alcançar a proteção do consumidor. Desta forma, trazendo à LGPD, quando dados que cumpriram seu objetivo são reutilizados, não seria necessário recorrer à responsabilidade pós-contratual, mas à violação ao princípio da finalidade. Ou na hipótese de qual melhor sistema de segurança para armazenar determinada informação, não se socorreria dos deveres anexos ao contrato, mas no princípio da segurança (art. 6º, VII) e na adoção de medidas técnicas (art. 46).²⁷

A despeito da superutilização e aplicação indevida do princípio da boa-fé objetiva pelos tribunais brasileiros em inúmeras ocasiões, ressalta-se de modo incontestável sua força normativa cogente no sentido de nortear a conduta das partes de uma relação jurídica a observar os preceitos éticos-jurídicos comportamentais que não ocasionem a frustração da legítima expectativa despertada na contratação.

Em se tratando de dados pessoais, a boa-fé é fundamental no equilíbrio dos interesses envolvidos, porque há o temor produzido por não se conhecer quem os solicita, tampouco se tem como avaliar os riscos advindos do que se fará com os dados coletados, uma vez que podem ser usados de forma lícita, mas também de forma ilícita.²⁸

A boa-fé objetiva, notadamente, em se tratando da coleta e tratamento de dados se apresenta como um princípio estruturante de todas as relações jurídicas, pois no contexto de uma sociedade hiperconectada, a coleta de dados se torna inevitável, sendo imprescindível

de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento; VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial; VII - segurança: utilização de medidas 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 difusão; VIII - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais; IX - não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos; X - responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas. (BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 14 nov. 2022.)

²⁷ KREPKE, André Felipe. A boa-fé na LGPD e seus possíveis espaços de atuação. **Magis – Portal Jurídico**. 27 fev. 2022. Disponível em: <https://magis.agej.com.br/a-boa-fe-na-lgpd-e-seus-possiveis-espacos-de-atuacao/>. Acesso em: 29 set. 2022.

²⁸ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O princípio da boa-fé na Lei Geral de Proteção de Dados. **Conjur**. 9 mar 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-09/direito-civil-atual-principio-boa-fe-lgpd>. Acesso em: 24 fev. 2022.

que o titular dos dados possua conhecimento dessa coleta e tratamento, assim como de como esse processo ocorrerá, garantindo-lhe informações suficientes para que compreenda todas as questões relativas à coleta e tratamento de seus dados.

Nesse interim, o artigo 9º da LGPD,²⁹ determina o dever específico de informação no tocante aos procedimentos adotados para a coleta e tratamento dos dados, de modo a garantir transparência e informações suficientes ao titular que poderá, assim, concordar com a coleta de seus dados ou desistir de realizar qualquer tipo de atividade com o agente de tratamento dos dados.

Por fim, segundo estabelecem os artigos 46 e 47 da Lei Geral de Proteção de Dados,³⁰ o princípio da boa-fé objetiva impõe aos agentes envolvidos na coleta e tratamento dos dados a adoção de procedimentos de segurança no tratamento desses dados, garantindo ao titular que terceiros não tenham acesso a essas informações sem sua anuência.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade contemporânea perpassou uma série de mudanças nas últimas décadas, as quais a transfiguraram de modo significativo, convertendo-a no que hoje se denomina uma

²⁹ Art. 9º O titular tem direito ao acesso facilitado às informações sobre o tratamento de seus dados, que deverão ser disponibilizadas de forma clara, adequada e ostensiva acerca de, entre outras características previstas em regulamentação para o atendimento do princípio do livre acesso: I - finalidade específica do tratamento; II - forma e duração do tratamento, observados os segredos comercial e industrial; III - identificação do controlador; IV - informações de contato do controlador; V - informações acerca do uso compartilhado de dados pelo controlador e a finalidade; VI - responsabilidades dos agentes que realizarão o tratamento; e VII - direitos do titular, com menção explícita aos direitos contidos no art. 18 desta Lei. § 1º Na hipótese em que o consentimento é requerido, esse será considerado nulo caso as informações fornecidas ao titular tenham conteúdo enganoso ou abusivo ou não tenham sido apresentadas previamente com transparência, de forma clara e inequívoca. § 2º Na hipótese em que o consentimento é requerido, se houver mudanças da finalidade para o tratamento de dados pessoais não compatíveis com o consentimento original, o controlador deverá informar previamente o titular sobre as mudanças de finalidade, podendo o titular revogar o consentimento, caso discorde das alterações. § 3º Quando o tratamento de dados pessoais for condição para o fornecimento de produto ou de serviço ou para o exercício de direito, o titular será informado com destaque sobre esse fato e sobre os meios pelos quais poderá exercer os direitos do titular elencados no art. 18 desta Lei. (BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 14 nov. 2022.)

³⁰ 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. § 1º A autoridade nacional poderá dispor sobre padrões técnicos mínimos para tornar aplicável o disposto no caput deste artigo, considerados a natureza das informações tratadas, as características específicas do tratamento e o estado atual da tecnologia, especialmente no caso de dados pessoais sensíveis, assim como os princípios previstos no caput do art. 6º desta Lei. § 2º As medidas de que trata o caput deste artigo deverão ser observadas desde a fase de concepção do produto ou do serviço até a sua execução.

Art. 47. Os agentes de tratamento ou qualquer outra pessoa que intervenha em uma das fases do tratamento obriga-se a garantir a segurança da informação prevista nesta Lei em relação aos dados pessoais, mesmo após o seu término.

(BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 14 nov. 2022.)

sociedade hiperconectada e uma sociedade de hiperconsumo. Os conceitos de hiperconexão e de hiperconsumo são essenciais na caracterização da sociedade contemporânea, pois representam duas estruturas que a definem sob um prisma socioeconômico.

Múltiplas foram as alterações e evoluções tecnológicas que afetaram a vida das pessoas ao longo dos séculos, todavia, quando analisadas como um todo, as últimas duas décadas, são, indubitavelmente, o período no qual se verifica em maior número e grau essas mudanças. A acelerada evolução das tecnologias comunicacionais ligadas a internet permitiu que indivíduos estivessem conectados uns com os outros a todos os momentos de modo instantâneo e facilitado.

Se por um lado essa é uma grande vantagem, por outro expõe todos esses indivíduos a uma nova gama de riscos até então nunca imaginados na proporção atual. Os dados se tornaram essenciais para a utilização das tecnologias, dados geográficos, gostos, buscas em provedores de pesquisa, o estilo de música que determinada pessoa gosta, todas informações passaram a ser analisadas por fornecedores nesse novo cenário, de modo a buscar a maximização de seus lucros na sociedade hiperconectada.

Ao passo que os referidos dados foram coletados o indivíduo se viu mais propenso a consumir, especialmente, por meio do comércio eletrônico, ferramenta que usualmente cria um *profiling* de seus usuários para compreender seus gostos e, assim, realizar posteriormente publicidades direcionadas a essas pessoas.

A própria pessoa humana, pouco a pouco se tornou uma vitrine do que consome, de modo que marcas se tornam símbolos e totens de sua própria personalidade. Consumir, cada vez mais se torna uma atividade inerente ao próprio exercício da personalidade, sendo que aqueles que não consomem são renegados e afastados do convívio por meio das ferramentas sociais.

No contexto de uma sociedade hiperconectada e hiperconsumista marcada, sobretudo, pelo alto grau de tecnologias que permeiam o cotidiano, *os dados se convertem em um ativo valioso* para fornecedores de produtos e serviços. Nesse diapasão as normativas estabelecidas pela LGPD se prestam a garantir a pessoa humana com instrumentos protetivos suficientes para compreender a coleta e tratamento de seus dados e, assim, permitir que opte em ter, ou não, seus dados coletados e tratados.

Nesse contexto, boa-fé objetiva se estabelece como um princípio central da Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD e do Ordenamento Jurídico brasileiro, como um todo, ao impor a observância de um *padrão ético-jurídico mínimo* com o intuito de não frustrar a legítima expectativa dos demais contratantes e evitar lesões aos interesses das partes. Assim, garantindo

um *standard* comportamental de lisura pautado em valores morais e éticos da sociedade (honestidade, retidão, lealdade) que impelem as partes a um agir razoável, proporcional e, não abusivo.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de; CARVALHEIRO, Larissa Nunes. A proteção de dados pessoais na sociedade informacional brasileira: o direito fundamental a privacidade entre a autorregulação das empresas e a regulação protetiva do internauta. **Revista do Direito Público**. Universidade Estadual de Londrina, Londrina, v. 9, n.1, p. 209-226, jan./abr. 2014.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 14 nov. 2022.

FACHIN, Luiz Edson. Da Felicidade Paradoxal à Sociedade de Riscos: Reflexões sobre Risco e Hiperconsumo. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues (Coords.). **Sociedade de Risco e Direito Privado: Desafios normativos, Consumeristas e Ambientais**. São Paulo: Atlas, 2013, v. 1, p. 380-393.

GIDDENS, Anthony. The Globalizing of Modernity. In: HELD, D.; MCGREW, A. **The Global Transformations Reader: An Introduction to the Globalizing Debate**. 2. ed. Cambridge: Polity, 2003, p. 60-66.

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.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia; FINKELSTEIN, Claudio. Privacidade e Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. **Revista de Direito Brasileira**. Florianópolis, v. 23, n. 9, p. 284-301, mai./ago. 2019.

GUIMARÃES, Glayder Daywerth Pereira; SILVA, Michael César. Fake News à luz da responsabilidade civil digital: o surgimento de um novo dano social. **Revista Jurídica da FA7**. Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 99-114, jul./dez. 2019.

GUNTHER, Luiz Eduardo; COMAR, Rodrigo Thomazinho; RODRIGUES, Luciano Ehlke. A Proteção e o tratamento dos dados pessoais sensíveis na era digital e o direito à privacidade: os limites da intervenção do Estado. **Revista Relações Internacionais no Mundo Atual**. Unicuritiba, Curitiba, v. 2, n. 27, p. 25-41, abr./jun. 2020.

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

HARARI, Yuval Noah. **21 lições para o século 21**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

KREPKE, André Felipe. A boa-fé na LGPD e seus possíveis espaços de atuação. **Magis – Portal Jurídico**. 27 fev. 2022. Disponível em: <https://magis.agej.com.br/a-boa-fe-na-lgpd-e-seus-possiveis-espacos-de-atuacao/>. Acesso em: 29 set. 2022.

LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal**: ensaio sobre a sociedade do hiperconsumo. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

MARTINS, Guilherme Magalhães; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. Segurança da informação e governança como parâmetros para a efetiva proteção de dados pessoais. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 78, p.157-164, out./dez. 2020. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2026467/Guilherme_Magalh%C3%A3es_Martins_%26_Jos%C3%A9_Luiz_de_Moura_Faleiros_J%C3%BAnior.pdf. Acesso em: 29 jul. 2022.

MENEZES NETO, Elias de. As novas configurações da soberania em uma sociedade hiperconectada. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, v. 19, n. 3, p. 65-98, set./dez. 2018.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais: uma análise à luz da lei geral de proteção de dados (lei 13.709/18). **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, v. 19, n. 3, p.159-180, set./dez. 2018.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **O direito pela perspectiva da autonomia privada**: relação jurídica, situações jurídicas e teoria do fato jurídico na segunda modernidade. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2014.

NOVELLI, José Gaspar Nayme. **Confiança Interpessoal na sociedade de Consumo**: a Perspectiva Gerencial. 2004. 242 f. Tese (Doutorado em Administração) – Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade. Universidade de São Paulo. São Paulo, São Paulo.

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.

RUARO, Regina Linden; RODRIGUEZ, Daniel Piñeiro. O Direito à proteção de dados pessoais na sociedade da informação. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 36, p. 178-199, jan./jun. 2010.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; NUNES, Danilo Henrique. Conflitos digitais: cidadania e responsabilidade civil no âmbito das lides cibernéticas. **Revista Jurídica da FA7**. Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, v. 15, n. 2, 2018, p. 127-138.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; VIOLA, Mario. Tratamento de dados pessoais na LGPD: estudo sobre as bases legais. **Revista Civilística**. Rio de Janeiro, a. 9, n. 1, p. 1-38, 2020.

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

(IN)COMPATIBILIDADE DAS JURISPRUDÊNCIAS AXIOLÓGICAS COM O PROCESSO DEMOCRÁTICO EM AÇÕES DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR ACIDENTE DE TRABALHO

3

Thiago Loures Machado Moura Monteiro

Sumário: 1. Considerações iniciais; 2. Responsabilidade civil do empregador em acidentes de trabalho; 2.1. Indenização por dano emergente; 2.2. Indenização por lucros cessantes; 2.3. Indenização por pensão vitalícia; 2.4. Indenização por dano moral; 2.5. Indenização por dano estético; 3. As lacunas axiológicas no direito do trabalho; 4. (in)compatibilidade entre lacunas axiológicas e processo democrático; 5. Considerações finais; Referências.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Direito do Trabalho possui como um de seus princípios estruturantes, o princípio da proteção, que parte do pressuposto que o trabalhador necessita de uma proteção especial, já que na relação jurídica entre empregado e empregador, o empregado apresenta-se como parte hipossuficiente, uma vez que em regra depende do labor para subsistência sua e de sua família, sendo conceitualmente definido pela legislação, como aquele que é subordinado ao empregador. Todavia, para parte significativa da doutrina processual trabalhista, essa premissa protetiva deve transcender o direito material, e alcançar o direito processual.

Nessa senda, não basta ao julgador, por exemplo, restringir a aplicação dos métodos de integração para casos de lacunas normativas, quando ocorre de fato a ausência de lei específica, e o juiz tem o dever de julgar, conforme art. 140 do CPC, posto que se existir norma no caso concreto, mas o julgador perceber que a norma existente gera um resultado injusto, deve ele considerar a existência de uma lacuna valorativa, chamada de lacuna axiológica, o que lhe autoriza a usar de um método de integração para o julgamento, como por meio de analogia.

De modo que decisões reiteradas pelos Tribunais, em que se utilizam lacunas axiológicas como argumento para utilização da integração, são chamadas de jurisprudências

axiológicas, portanto, são julgados lastreados em juízos de valores sobre conceitos subjetivos como o conceito de justo para o magistrado.

Tal prática precisa ser analisada à luz do processo democrático, para verificar sua compatibilidade, ou não, com o paradigma do Estado Democrático de Direito, em vigor no Brasil, desde o advento da Constituição Federal de 1988. Sendo que dentre os casos em tramite na Justiça do Trabalho, os casos que envolvem responsabilidade civil do empregador, por acidente de trabalho, ganham maior destaque, pelos elevados valores de condenação que costumam resultar, gerando impacto econômico grande em empresas e segmentos empresariais, de modo que a jurisprudência axiológica representa inclusive um obstáculo significativo para o planejamento de contenção de danos de uma empresa, já que ela acarreta enorme imprevisibilidade para o provimento jurisdicional.

Assim, pela presente pesquisa pretende-se responder ao seguinte problema: A utilização das lacunas axiológicas em ações de responsabilidade civil do empregador, por acidente de trabalho, mostra-se compatível com o processo democrático?

Para responder ao problema proposto, apresenta-se os seguintes objetivos específicos: Analisar como a responsabilidade civil do empregador configura-se, na Justiça do Trabalho; compreender os diversos pedidos que podem ser formulados diante da responsabilidade civil do empregador, por um acidente de trabalho típico; apresentar a classificação de lacunas e sua relação na Justiça do Trabalho; indicar exemplos de jurisprudências axiológicas na Justiça do Trabalho; verificar a compatibilidade das lacunas axiológicas com o Estado Democrático de Direito. Como metodologia, utiliza-se abordagem qualitativa, pelo método hipotético-dedutivo, através da técnica de pesquisa bibliográfica.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR EM ACIDENTES DE TRABALHO

O Brasil adota como regra geral para definir a configuração da responsabilidade civil, ou seja, do dever de indenizar, a teoria subjetiva para responsabilização. Segundo a teoria subjetiva, mostra-se necessário para concluir pelo dever de indenizar, a comprovação de conduta culposa do réu, além da prova de dano ao ofendido e nexos causal entre a conduta culposa do réu, e o dano causado ao ofendido. Em regra, esta também é a regra geral aplicável ao processo do trabalho, conforme art. 7º, inciso XXVIII da CF/88.

Em paralelo, a teoria objetiva para configuração da responsabilidade civil exige menos requisitos, ao dispensar a necessidade de comprovação de conduta culposa do réu, bastando que se comprove a existência do dano e do nexo causal em relação ao réu.

Contudo, a luz do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, tal teoria só seria aplicável em caso de previsão expressa na lei, ou em caso de atividade risco. De forma que na Justiça do Trabalho, a interpretação da atividade econômica desenvolvida como atividade de risco, para autorizar a responsabilização pela teoria objetiva, mostra-se extremamente comum, partindo da presunção de assunção dos riscos pelo empregador.

Tal presunção decorre do princípio da alteridade, com amparo legal do art. 2º da CLT, em que define-se que o empregador é quem assume todos os riscos inerentes ao negócio, de forma que jurisprudencialmente não é raro encontrar situações em que a responsabilidade civil é configurada, independente da existência de culpa do empregador, pela aplicação da teoria objetiva, por considerar a atividade econômica desenvolvida como atividade de risco.

A título de exemplo, menciona-se a súmula nº 68 do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, a qual dispõe que a atividade de cobrador de transporte coletivo, é considerada como atividade de risco, em face da frequência de assaltos nos transportes públicos, aplicando-se, portanto, a teoria objetiva para configuração da responsabilidade civil. Tal enunciado sumular serve para ilustrar a ampla margem de interpretação existente, para classificar uma atividade como de risco, tendo em vista o princípio da alteridade.

Além do acidente de trabalho típico, que é aquele acidente que acontece durante a jornada de trabalho, existem outros eventos equiparados ao acidente de trabalho típico, para fins de responsabilidade civil, com base na Lei 8.213/90, como a doença ocupacional, e ainda outros eventos que se equiparam no âmbito previdenciário, como o acidente de trajeto. Contudo, em razão do recorte metodológico, a presente pesquisa desdobrará os efeitos apenas em relação ao acidente de trabalho típico. Nessa senda, em sequência aborda-se os principais pedidos decorrentes da responsabilidade civil do empregador, em um acidente de trabalho típico.

Contudo, antes de adentrar aos tipos de pedidos que podem ser formulados no âmbito da responsabilidade civil do empregador, importante esclarecer que no âmbito das indenizações por danos materiais, aplica-se o direito comum, com sua previsão lastreada no Código Civil, em razão de lacuna normativa da CLT sobre o tema, o que autoriza a aplicação subsidiária do Código Civil, com amparo no art. 8º, § 1º da CLT. Já em relação as indenizações por danos extrapatrimoniais, como a indenização por dano moral e por dano estético, aplica-se a CLT, nos artigos 223-A até 223-G, que regulamentam as indenizações por dano extrapatrimonial, no Direito do Trabalho.

2.1 Indenização por dano emergente

O art. 949 do Código Civil dispõe que as despesas com tratamento, ou outro prejuízo sofrido, em caso de lesão ou outra ofensa à saúde, são responsabilidade do ofensor.

Assim, as despesas advindas de impactos do acidente de trabalho típico, como por consultas médicas, exames complementares, cirurgias, remédios, custos de deslocamento, entre outras, podem ser cobradas do empregador, quando confirmada a sua responsabilidade civil. Importante ressaltar que tais danos devem ser comprovados documentalmente, para ser pleiteada indenização precisa sobre os danos emergentes.

2.2 Indenização por lucros cessantes

O mesmo art. 949 do Código Civil, dispõe que o ofensor também é responsável pelo pagamento de lucros cessantes ao ofendido, até o fim da sua convalescença. Nesse sentido, o trabalhador ainda pode pleitear a indenização por valores que ele razoavelmente deixou de ganhar, em virtude do acidente de trabalho típico que sofreu.

Logo, exemplificando a indenização, o lucro médio de um empregado em atividade autônoma, exercida fora do horário de trabalho, que ele tenha ficado impedido de exercer, em razão de convalescença decorrente do acidente de trabalho típico, pode ser cobrado do empregador, em decorrência da existência da responsabilidade civil.

2.3 Indenização por pensão vitalícia

Além da indenização pelo dano emergente, e pelo lucro cessante, conforme art. 950 do Código Civil, o ofendido pode pleitear o pagamento de indenização pela importância do trabalho para que se inabilitou, ou pela proporção da redução de capacidade laboral que sofreu, até o fim da convalescença, de modo que o parágrafo único do mesmo artigo ainda dispõe que o ofendido pode exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez. Ressaltando que o percentual de redução de capacidade laborativa é apurado por meio de perícia médica, nomeada pelo juiz do trabalho.

Desse modo, exemplificando a referida indenização, se o trabalhador tem uma redução definitiva da capacidade laborativa, de 20%, em razão de um acidente de trabalho típico, pode pleitear a indenização referente a pensão vitalícia mensal de 20% sobre o salário na época do

acidente, ou o valor a vista, com base no parágrafo único do art. 950, tendo como parâmetro final em caso de dano definitivo, a expectativa de vida pelo IBGE.

2.4 Indenização por dano moral

Com a redação do art. 114, inciso IV da CF/88, define-se que a Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar, o pedido de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrente da relação de trabalho. O art. 223-E da CLT indica a responsabilidade do empregador, na proporção de sua ação ou omissão, sobre danos de natureza extrapatrimoniais, como o dano moral. Ressaltando ainda, que conforme art. 223-F da CLT, as indenizações por danos extrapatrimoniais podem ser cobradas de forma cumulada com indenizações por danos materiais.

O valor da indenização é arbitrado pelo juiz, diante das circunstâncias do caso concreto, mas tem os valores máximos arbitrados em relação de proporção com o salário do ofendido, para evitar enriquecimento sem causa, conforme art. 223-G, §1º da CLT. Todavia, importante ressaltar que tal dispositivo está com sua constitucionalidade discutida perante o STF, por relacionar uma proporção direta do valor extrapatrimonial de um ser humano, com sua faixa salarial, desviando o foco do motivo que enseja a indenização no caso concreto.

2.5 Indenização por dano estético

O dano estético apresenta-se como espécie do gênero dano extrapatrimonial, de modo que é aplicável geralmente em caso de acidente de trabalho que gera seqüela associada a uma cicatriz definitiva no trabalhador, sendo o valor arbitrado pelo juiz, aplicando-se no caso, a mesma ressalva sobre a possível inconstitucionalidade do art. 223-G, §1º da CLT, conforme explicado no tópico anterior.

3 AS LACUNAS AXIOLÓGICAS NO DIREITO DO TRABALHO

De acordo com o art. 140 do CPC, o juiz não pode se valer da lacuna, como argumento para se esquivar da função de julgar o caso concreto. Assim, diante da existência de lacuna, o julgador se valerá de um dos métodos de integração, para resolver o caso concreto. O art. 8º da CLT, em seu caput, indica diversos métodos de integração que podem ser utilizados na Justiça

do Trabalho, como: analogia, direito comparado, princípios gerais do Direito, costumes, jurisprudência, equidade, dentre outros.

Inicialmente, ao pensar em lacunas como exemplo para integração, é comum lembrar de um conceito remetendo a simples ausência de norma, mas essa é apenas a lacuna normativa, a doutrina apresenta classificações variadas sobre os tipos de lacunas existentes. Sendo adotado como referência conceitual para a presente pesquisa, a conceituação de Maria Helena Diniz, que divide as lacunas em: lacunas normativas; lacunas ontológicas e lacunas axiológicas.

Quanto a lacuna normativa, ela configura-se “[...] quando se tiver ausência de norma sobre determinado caso [...]”¹, já a lacuna ontológica por sua vez, ocorre “[...] se houver norma, mas ela não corresponder aos fatos sociais, quando, p. ex., o grande desenvolvimento das relações sociais, o progresso técnico acarretarem o ancilamento da norma positiva [...]”², e por fim, a lacuna axiológica, objeto de estudo na presente pesquisa, configura-se “[...] no caso se ausência de norma justa, ou seja, quando existe um preceito normativo, mas, se for aplicado, sua solução será insatisfatória ou injusta.”³.

Como demonstrado alhures, a própria forma como a aplicação da teoria objetiva, para configurar a responsabilidade civil na Justiça do Trabalho, já costuma ser carregada de cunho valorativo, todavia na fase de execução os exemplos relativos as lacunas axiológicas tornam-se mais presentes ainda, tendo em vista a busca da efetividade, como explica Carlos Henrique Bezerra Leite ao afirmar que:

É, pois, na Justiça do Trabalho que o princípio da máxima efetividade da tutela jurisdicional encontra solo fértil para ampla aplicação, mormente na fase de cumprimento de sentença que contenha obrigação por quantia certa (em geral, créditos de natureza alimentícia). Eis aí a aproximação do direito processual ao direito material, propiciando o acesso à jurisdição justa.⁴

Inicialmente, com o julgado abaixo demonstra-se a opção do julgador ao utilizar do CPC, para simplesmente intimar o executado para o pagamento, e não citar como determina o art. 800 da CLT, por entender ser algo mais adequado e justo para as execuções trabalhistas, desde a época de vigência do antigo CPC:

AGRAVO DE PETIÇÃO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA TRABALHISTA. ART. 475-J DO CPC. LACUNA ONTOLÓGICA E AXIOLÓGICA DA CLT. PROCESSO SINCRÉTICO. CPC. Se a norma processual trabalhista, a despeito da literalidade, comete omissão ontológica e axiológica, cabe ao intérprete constitucional

¹ DINIZ, Maria Helena. **Lacunas no direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 95.

² DINIZ, Maria Helena. **Lacunas no direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 95.

³ DINIZ, Maria Helena. **Lacunas no direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 95.

⁴ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. As recentes reformas do CPC e as lacunas ontológicas e axiológicas do processo do trabalho: necessidade de heterointegração do sistema processual não-penal brasileiro. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília, vol. 73, nº 1, p. 98-106, jan/mar 2007, p. 106.

seguir a direção da fonte que o conduz a uma releitura capaz de dar efetividade e concretude aos auspícios da justa pacificação, fins do processo, e do anseio social de duração razoável do processo, arco e flecha da prevalência dos fins sociais da lei e efetividade das decisões judiciais pondo fim à dualidade do processo cognitivo (Recurso desprovido).⁵

Perceba-se que no caso acima indicado, não houve declaração de inconstitucionalidade pelo controle difuso, mas tão somente detrimento de uma norma, por considerar a mesma injusta ao caso concreto.

Outro exemplo, diz respeito a aplicação da multa do art. 523 do CPC, caso o executado não pague a execução no prazo indicado. A CLT, no artigo 800, afirma que o executado será citado para o pagamento, sob pena de penhora, assim a CLT deixa claro a consequência pelo descumprimento do prazo: a penhora ser realizada, contudo o CPC prevê a multa de 10% sobre o valor da execução. Assim, com base na existência de lacuna axiológica, alguns Tribunais determinam a aplicação da referida multa, conforme se verifica no julgado abaixo:

MULTA DO § 1º DO ART. 523 DO CPC/2015 (ART. 475-J DO CPC DE 1973). APLICABILIDADE NO PROCESSO DO TRABALHO. DIÁLOGO DAS FONTES. A norma inserta no § 1º do art. 523 do CPC/2015 (art. 475-J do CPC de 1973) configura medida objetiva de efetivação do acesso à justiça, pois desestimula a interposição de recursos protelatórios, tornando concreta a disposição contida no art. 5º, LXXVIII, da CF, que tem por escopo a entrega da prestação jurisdicional em tempo razoável, o que exige a reinterpretação do art. 769 da CLT conforme a Constituição, possibilitando, assim, o reconhecimento das lacunas ontológicas e axiológicas da CLT, bem como o diálogo das fontes dos subsistemas do Direito Processual Civil e do Direito Processual do Trabalho.⁶

Novamente destaca-se que não há declaração de inconstitucionalidade, mas a decisão é tomada na existência da lacuna valorativa, configurando-se verdadeira jurisprudência axiológica, na medida em que acaba sendo confirmada por outros Tribunais e varas do trabalho.

Nesse sentido, Mauro Schiavi defende que a norma processual tida como injusta, deve ser afastada em razão da existência de lacuna axiológica, ao dispor que:

Desse modo, diante de norma processual prevista pela Lei n. 13.467/17 que seja manifestamente injusta no caso concreto, viole frontalmente princípio constitucional, ou do processo trabalhista, desfigure o fundamento do processo trabalhista, ou implique em grave entrave ao acesso à justiça do economicamente fraco, deverá decretar a existência da lacuna axiológica, e buscar na Lei Processual Comum, solução mais justa ao caso concreto.⁷

⁵ ESPÍRITO SANTO. Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região. Acórdão de julgamento de agravo de petição. Número do processo: 0065600-71.2011.5.17.0005. Relatora: Juíza Sônia das Dores Dionísio. **Diário de Justiça Eletrônico**: 15 out. 2015.

⁶ ESPÍRITO SANTO. Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região. Acórdão de julgamento de agravo de petição. Número do processo: 01098004820115170011. Relator: Desembargador Carlos Henrique Bezerra Leite. **Diário de Justiça Eletrônico**: 30 nov. 2016.

⁷ SCHIAVI, Mauro. **A reforma trabalhista e o processo do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2018, p. 56-57.

Percebe-se até o momento que a doutrina processual trabalhista, parece não perceber qualquer incompatibilidade sistêmica do processo democrático, para com a aplicação das lacunas axiológicas, de modo que tais pontos de possíveis incompatibilidades serão abordados em sequência.

4 (IN)COMPATIBILIDADE ENTRE LACUNAS AXIOLÓGICAS E PROCESSO DEMOCRÁTICO

Desde 1988, o Brasil instituiu formalmente o Estado Democrático de Direito, contudo a legislação infraconstitucional parece não ter absorvido por completo, a essência democrática emanada pelo devido processo legal, em conceber direitos como ao contraditório e ampla defesa, como direitos fundamentais para a ordem democrática. Por devido processo legal, no âmbito do processo democrático, significa dizer, “[...] conjunto de procedimentos e atos procedimentais legiferativamente criados e regidos pelo devido processo para operar, fiscalizar e assegurar direitos e deveres contidos no discurso constitucional.”⁸

A correlação da ampla defesa e contraditório, que são contidos expressamente como direitos constitucionais, com a fiscalidade plena das decisões judiciais, faz-se necessária, tendo em vista que a única forma de assegurar que o Poder Judiciário respeite o direito das partes, como ao contraditório e a ampla defesa é por meio de garantir uma fiscalidade plena de suas decisões.

Nessa senda, o déficit democrático na utilização das lacunas axiológicas pela Justiça do Trabalho, evidencia-se, uma vez que “[...] espaços deliberativos que não contam com o devido balizamento processual (inclusão e fiscalização democrática pelas partes interessadas e legítimas) não se legitimaram com o necessário status de Direito Democrático.[...]”⁹. Uma vez que sem a referida fiscalidade plena, não seria possível controlar os conceitos metafísicos do magistrado, que envolve a escolha dos valores usados para considerar a existência da lacuna axiológica, o que compromete até a refutação segura da decisão, tendo em vista que a fiscalidade das decisões garante “[...] a todos uma refutabilidade argumentativa como

⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 14. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2018, p. 61.

⁹ CARVALHO, João Carlos Salles de. **Pedagogia judicial e processo democrático**: a fala processual como exercício de cidadania. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p. 137.

testabilidade (falseabilidade) permanente de eficiência sistêmica a prevenir dogmatizações decisórias fundadas na razão a priori dos operadores do ordenamento jurídico vigente”¹⁰

Ademais, considerar a possibilidade de o magistrado afastar a validade de uma norma, por entender ela como injusta no caso concreto, viola expressamente o princípio da legalidade, previsto no art. 5º, inciso II da CF/88, o que já inviabiliza a compatibilidade da utilização das lacunas axiológicas, com o processo democrático, tendo em vista que:

A nossa Constituição de 1988 (art. 5º, II) adotou integralmente o princípio da legalidade como pressuposto da operacionalização institucional do processo, tal como se vê dos itens LIV e LV do art. 5º. Assim, o devido processo não existe fora da legalidade e a jurisdição é atividade estatal só legítima pela tutela do processo.¹¹

Desse modo, no cenário exposto, sobre as jurisprudências axiológicas que estão presentes nos tribunais trabalhistas, norteando a discussão sobre a responsabilidade civil do empregador em acidentes de trabalho, desde a interpretação ampliada do conceito de atividade risco, até detalhes processuais no curso da execução, pode-se afirmar que elas tornam o processo do trabalho imprevisível.

De modo que a imprevisibilidade decorre da utilização das lacunas axiológicas, uma vez que a validade da legislação vigente, não depende apenas de sua constitucionalidade, mas também depende de ser coerente, com o conceito de justo que o magistrado tiver, em determinado caso concreto, o que gera enorme insegurança jurídica para as partes envolvidas, absolutamente incompatível com o devido processo legal, em um Estado Democrático de Direito.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, na Justiça do Trabalho, a responsabilidade civil do empregador em acidentes de trabalho, costuma-se configurar pela teoria objetiva, quando a Justiça entende que a atividade desenvolvida era de risco para o empregado. De modo que uma vez configurada, o empregador é responsável pelo pagamento de diversas indenizações, tanto no gênero de indenizações por danos materiais, como o dano emergente, o lucro cessante, e a pensão vitalícia, e ainda pelo pagamento de indenizações por dano extrapatrimonial, como a indenização por dano moral e por dano estético.

¹⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 214.

¹¹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 14. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2018, p. 99.

Ao longo do processo para apuração da responsabilidade civil, e na sua respectiva fase de execução, um fenômeno mostra-se presente pela jurisprudência: a utilização de lacunas axiológicas, como motivo para que o julgador afaste a validade de norma vigente que considera injusta no caso concreto, geralmente em favor do empregado, em razão de influência do princípio da proteção ao trabalhador, como parte hipossuficiente da relação de emprego.

Em que pese seja uma prática comum nos tribunais trabalhistas, a pesquisa evidenciou déficits democráticos na utilização reiterada de tais lacunas axiológicas, uma vez que ela compromete direitos processuais fundamentais ao processo democrático, como ao contraditório, a ampla defesa, e a fiscalidade plena das decisões judiciais, bem como ao princípio da legalidade, tendo em vista que as decisões são tomadas baseadas no senso subjetivo de Justiça na mente do magistrado, podendo validar decisões contrárias a legislação vigente, o que compromete a essência do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, João Carlos Salles de. **Pedagogia judicial e processo democrático: a fala processual como exercício de cidadania**. Belo Horizonte: D' Plácido, 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Lacunas no direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região. Acórdão de julgamento de agravo de petição. Número do processo: 0065600-71.2011.5.17.0005. Relatora: Juíza Sônia das Dores Dionísio. **Diário de Justiça Eletrônico**: 15 out. 2015. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trt-17/414894825>.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região. Acórdão de julgamento de agravo de petição. Número do processo: 01098004820115170011. Relator: Desembargador Carlos Henrique Bezerra Leite. **Diário de Justiça Eletrônico**: 30 nov. 2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trt-17/411105707>.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 14. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2018.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. As recentes reformas do CPC e as lacunas ontológicas e axiológicas do processo do trabalho: necessidade de heterointegração do sistema processual não-penal brasileiro. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília, vol. 73, nº 1, p. 98-106, jan/mar 2007.

SCHIAVI, Mauro. **A reforma trabalhista e o processo do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2018.

A ILICITUDE DA OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA: UMA ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA SOCIEDADE DO HIPERCONSUMO

4

Luana Soares Ferreira Cruz

Bruno Fabrício da Costa

Michael César Silva

Sumário: 1. Considerações iniciais; 2. Da origem da obsolescência programada à ilicitude da estratégia mercadológica; 3. A responsabilidade civil frente à obsolescência programada; 4. Considerações finais; Referências.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Sabe-se que o consumo é condição vital para o desenvolvimento socioeconômico das gerações, posto que é capaz de garantir melhores condições de vida, educação, lazer e saúde, sendo pois, fator rotineiro no dia-a-dia das relações sociais. Todavia, após a expansão dos meios de produção, gerada pela globalização do mercado, consolidou-se uma sociedade pautada no consumo de massa.

Neste cenário, as relações dos consumidores para com os seus produtos foram modificadas, isso porque, a posse passou a se configurar como um status importante no meio social, efetivando-se, dessa maneira, uma sociedade que pode ser classificada como do “hiperconsumo”. Sob essa ótica, a presente pesquisa se propõe, inicialmente, a discorrer sobre a origem da prática mercadológica da obsolescência programada, reconhecida na sociedade do hiperconsumo, e de sua possível configuração como conduta ilícita.

Soma-se, ainda, a esta conjuntura, a estruturação de um mercado insustentável, consolidado sob a égide do lucro inesgotável, da finitude dos bens naturais e da publicidade abusiva. Nesse âmbito é que se torna possível a verificação da estratégia ora investigada, na medida em que essa, ao se configurar como conduta ilícita, torna indispensável a reflexão acerca dos riscos, essencialmente, sociais e ambientais causados pela obsolescência planejada.

Assim, a problemática deste ensaio se tipifica pela análise da não imputação da responsabilidade civil frente à obsolescência programada. Ademais, o presente estudo tem por objetivo a reflexão acerca da viabilidade da modificação desse entendimento para obstar as atuais ofensas que a referida estratégia configura em relação ao direito dos consumidores e ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Para tanto, o presente artigo optou pela adoção da vertente metodológica jurídico-sociológica, analisando a aplicação da estratégia da obsolescência programada na sociedade do hiperconsumo. No tocante à investigação, foi escolhido o tipo jurídico-projetivo, descrito por Witker e Gustin.¹

Por fim, infere-se que se trata de um estudo teórico, que se concretizou mediante uma pesquisa jurisprudencial e doutrinária. Dessa forma, sem a pretensão de esgotar as reflexões acerca da temática, defende-se a ilicitude desta e a necessidade de se traçar um modelo de responsabilidade civil que atue em prol do equilíbrio das relações de consumo e do meio ambiente.

2 DA ORIGEM DA OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA À ILICITUDE DA ESTRATÉGIA MERCADOLÓGICA

Entende-se por obsolescência programada a prática assumida por fornecedores de produtos, pela qual, intencionalmente, promove-se uma limitação da vida útil de bens² que, tradicionalmente, deveriam possuir maior durabilidade. Este fenômeno, que pode ser compreendido como uma estratégia mercadológica, segundo Parecer do Comitê Econômico e Social Europeu,³ acarreta a degradação do produto em análise antes de sua degradação natural, a ponto de gerar perda de valor e utilidade por razões diversas ao uso corriqueiro do bem. Deste modo, por questões conectadas a um suposto progresso técnico ou a modificações de tendências, o mercado sugere a solução: descarte.

Tem-se, nesse âmbito, o cenário ideal para a consolidação de uma sociedade marcada pelo consumo insustentável e irracional, que, hoje, desdobra-se na chamada sociedade do

¹ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 3a. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

² EFING, Antônio Carlos; PAIVA, Leonardo Lindroth. Consumo e Obsolescência Programada: Sustentabilidade e Responsabilidade do Fornecedor. **Revista de Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo**. Curitiba, Jul/Dez. 2016, p. 128.

³ CESE. Comitê Econômico e Social Europeu. Parecer do Comitê Econômico e Social Europeu sobre o tema Por um consumo mais sustentável: O ciclo de vida dos produtos industriais e informação do consumidor a bem de uma confiança restabelecida. **Jornal Oficial da União Europeia**. Relator: Thierry LIBAERT. Correlator: Jean Pierre HABE, 2013, C.67/25.

hiperconsumo, identificada pelo estudo filosófico do francês Gilles Lipovetsky em sua obra “Felicidade Paradoxal - Ensaio sobre a Sociedade do Hiperconsumo”.⁴

Isso devido ao fato de que, com origem norte-americana, a obsolescência programada passou a ser defendida, especialmente, como alternativa para a superação da Grande Depressão em 1929, sendo concebida, portanto, como ato benéfico para a sociedade. Nessa linha de intelecção, entendia-se que o fato de se planejar uma vida útil reduzida para produtos comumente usufruídos estimularia o consumo social e, conseqüentemente, promoveria a recuperação econômica dos Estados Unidos. Deste modo, acreditava-se na criação de uma receita reserva à disposição de diversos atores econômicos, isto é, “o governo, por meio de impostos; os fabricantes, pela receita da venda de novos produtos; e as pessoas, com a garantia de salários”.⁵

Todavia, a boa intenção conectada ao surgimento do conceito também se tornou obsoleta, na medida em que não se contempla mais a obsolescência como um remédio para as conseqüências e efeitos de uma crise econômica, mas como um problema social e ambiental.⁶ Nessa perspectiva, aponta-se que, atualmente, a prática se conecta a atos de persuasão perigosos, visto que o excesso de publicidade combinado com a redução planejada da vida útil, geram uma necessidade de troca antecipada do produto, pautada na tríade da posse de recursos financeiros suficientes - ou não -, status social e uma suposta felicidade paradoxal, exercida pelo consumo individual, como preleciona Lipovetsky:⁷

Quanto mais se consome, mais se quer consumir: a época da abundância é inseparável de um alargamento indefinido da esfera das satisfações desejadas e de uma incapacidade de eliminar os apetites de consumo, sendo toda saturação de uma necessidade acompanhada imediatamente por novas procuras. Daí a tradicional pergunta: a que se deve essa escalada sem fim das necessidades? O que é que faz correr incansavelmente o consumidor?

Pelo narrado, há de se analisar se seriam os fornecedores dos produtos consumíveis os responsáveis pela escalada incansável dos consumidores, por intermédio da adoção da obsolescência. Com esse objetivo, infere-se que o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 3º, ensina que “fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção,

⁴ LIPOVETSKY, Gilles. **A Felicidade Paradoxal - Ensaio sobre a Sociedade do Hiperconsumo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

⁵ CORNETTA, William. **Obsolescência. Tomo Direitos Difusos e Coletivos**. Edição, 1 de julho de 2020. Enciclopédia Jurídica PUCSP, 2020, p. 7.

⁶ CORNETTA, William. **Obsolescência. Tomo Direitos Difusos e Coletivos**. Edição, 1 de julho de 2020. Enciclopédia Jurídica PUCSP, 2020, p.5

⁷ LIPOVETSKY, Gilles. **A Felicidade Paradoxal - Ensaio sobre a Sociedade do Hiperconsumo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 38.

montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.⁸

Logo, quando se compreende a estratégia analisada, entende-se que o fornecedor se caracteriza tanto por aquele que produz o produto com a vida útil reduzida, como por aquele que o comercializa. Deste modo, em face da proteção ao direito do consumidor, torna-se possível a análise deste ato empresarial, que acarreta graves consequências ao ser e ao meio ambiente, como de responsabilidade do fornecedor.

Isso pois, apesar de não existir no ordenamento jurídico brasileiro uma proibição explícita e direta contra a referida conduta mercadológica, a legislação consumerista traça uma perspectiva de proteção e reparação integral ao consumidor por eventuais defeitos nos produtos ou serviços adquiridos.

Assim, a obsolescência, que pode se manifestar de diversas formas, seja em a) sentido restrito, b) indireto, c) por incompatibilidade ou d) pela forma psicológica,⁹ pode ser, hoje, concebida como ilícita, visto que fere os princípios regentes da relação consumerista, em especial, o dever de informação, na hipótese em que a redução da vida útil dos produtos não é acompanhada de uma justificativa exclusivamente técnica, perpassada de forma a esclarecer o consumidor da alteração.¹⁰

Podendo se manifestar, portanto, sob a forma de vício oculto, correlacionado com a ideia de durabilidade, a obsolescência planejada acaba por ferir as legítimas expectativas do

⁸ BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 11 de setembro de 1990.

⁹ A obsolescência programada em sentido restrito consiste em prever uma duração de vida reduzida para o produto, caso necessário introduzindo um dispositivo interno que determine o fim da vida do aparelho após um certo número de utilizações.

— A obsolescência indireta, liga-se à impossibilidade de reparar um produto por falta de peças adequadas ou porque a reparação se revela impossível.

— Já a obsolescência por incompatibilidade faz com que o consumidor tenda mais a comprar um novo produto do que a reparar um antigo, em parte devido ao prazo e ao preço da reparação.

Por fim, a obsolescência psicológica, é aquela ligada às campanhas publicitárias das empresas que procuram tornar os produtos existentes obsoletos na mente dos consumidores (grifos nossos) - CESE. Comitê Econômico e Social Europeu. Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre o tema Por um consumo mais sustentável: O ciclo de vida dos produtos industriais e informação do consumidor a bem de uma confiança restabelecida. **Jornal Oficial da União Europeia**. Relator: Thierry LIBAERT. Correlator: Jean Pierre HABE, 2013, C.67/25.

¹⁰ RIVABEM, Fernanda Schaefer; GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. Obsolescência Programada: entre a legalidade e a abusividade da conduta. Notas a partir das decisões do STJ. **Revista IBERC**. 7 set./dez. 2021, p. 30.

consumidor, afetando a qualidade do produto a ser consumido.¹¹ Segundo Farias e Rosenvald,¹² o vício oculto é aquele “que acomete a coisa transferida em contratos comutativos, tornando-a imprópria ao uso a que se destina ou lhe reduzindo o valor. Sendo inerente à essência do produto, o vício é capaz de torná-lo imprestável. Por tais motivos, analisar a obsolescência como vício oculto - na medida em que acomete o produto, tornando-o inútil ao seu fim - pode beneficiar a compreensão acerca da ilicitude do ato.

Ademais, mesmo que a estratégia seja descaracterizada como vício oculto em face da atual sociedade da informação, pela qual se tem a maior divulgação das condições materiais e reais dos produtos por exposição virtual de outros consumidores, infere-se que a obsolescência promove a desarmonização da relação consumerista, caracterizando-se, muitas vezes, como publicidade ilícita, posto que abusiva. Isso porque, a publicidade abusiva é qualificada pelo Código de Defesa do Consumidor, como a publicidade que ofende valores básicos da sociedade, desrespeitando, por exemplo, valores ambientais.¹³

Desse modo, tem-se que a obsolescência, seja essa classificada como vício oculto ou propaganda abusiva, afronta o direito dos consumidores e afeta, diretamente, o meio ambiente, através da produção excessiva de resíduos, acompanhada do descarte inadequado desses.

Isto é, a configuração como prática ilícita, verificada pelo viés de a considerá-la como vício oculto ou publicidade abusiva,¹⁴ afronta linearmente a boa fé objetiva, apesar desta conduta ter se tornado praxe nas relações de consumo. Apesar de verificada a abusividade, exemplifica-se que durante a realização desta pesquisa, os tribunais de Justiça de Minas Gerais, Rio de Janeiro, Ceará, Espírito Santo, Amazonas não haviam analisado nenhum processo sequer acerca da temática.

Entre os tribunais verificados, tem-se que apenas o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul adentrou à questão, porém, não a reconhecendo como comportamento ilícito passível de responsabilização, o que configura um entrave para a superação da controvérsia. Para fins de compreensão, a referida decisão merece, pois, ser analisada:

¹¹ EFING, Antônio Carlos; PAIVA, Leonardo Lindroth. Consumo e Obsolescência Programada: Sustentabilidade e Responsabilidade do Fornecedor. **Revista de Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo**. Curitiba, Jul/Dez. 2016, p. 128-129.

¹² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Contratos**. - 7 ed. rev. e atual. - Salvador: Ed: JusPodivm, 2017, p. 509.

¹³ BARBOSA, Caio César do Nascimento; SILVA, Michael César; BRITO, Priscila Ladeira Alves de. Publicidade ilícita e influenciadores digitais: novas tendências da responsabilidade civil. **Revista IBERC**, Minas Gerais, v. 2, n. 2, p. 1-21, mai.-ago./2019, p.7.

¹⁴ RIVABEM, Fernanda Schaefer; GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. Obsolescência Programada: entre a legalidade e a abusividade da conduta. Notas a partir das decisões do STJ. **Revista IBERC**.7 set./dez. 2021, p. 31.

CONSUMIDOR. TELEFONIA MÓVEL. MIGRAÇÃO DE TECNOLOGIA. CDMA PARA GSM. PRETENSÃO À MANTER TECNOLOGIA OBSOLETA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. SENTENÇA MANTIDA. 1. O autor requereu continuar com seu aparelho ou que a operadora ré fornecesse um valor maior do que R\$99,00 para a troca do aparelho. 2. Não há nos autos referência a qualquer problema advindo da instalação da nova tecnologia adotada pela ré e invariavelmente, pelas demais concorrentes. 3. Os aparelhos celulares, como todo equipamento eletrônico, e quase a maioria dos bens de consumo modernos, sujeitam-se ao fenômeno da "obsolescência programada", tornando-se descartáveis com o passar do tempo diante do advento de novas tecnologias. Daí porque não há fundamento válido a justificar que o investimento feito em sua compra foi considerável e que apenas por isso teria o consumidor direito a alguma retribuição.

4. Em que pese não seja imune às críticas, esse modo de funcionamento do mundo capitalista não é ilícito, nem ilegal, de modo que não se pode compelir a fornecedora a atender os reclames do consumidor. RECURSO DESPROVIDO.¹⁵

Percebe-se, pela argumentação do relator, que por mais prejudicial que se caracterize a obsolescência programada, os seus excessos ainda não são reconhecidos como suficientes ao ponto de coagirem os fornecedores a atenderem as legítimas expectativas de seus consumidores. Portanto, o que se impõe é a alteração da percepção jurídica e social acerca da temática.

Em relação ao consumo, mesmo que se adote uma concepção individualista, verificar-se-á uma limitação inafastável relacionada aos recursos naturais utilizados para a produção dos bens planejados para se tornarem, brevemente, obsoletos. Ou seja, a tendência é a consolidação de um paradoxo, composto pelo aumento incessável da demanda perante um ambiente com condições limitadas para fins de produção.

De qualquer forma, o mercado é que se fortalece, a partir do momento em que desperta no consumidor essa ideia de consumo individual supracitada, tornando as particularidades de cada consumidor o principal direcionamento da comunicação mercadológica. Ou melhor, convencendo o consumidor dessa suposta importância do "ser". Tem-se, desse modo, a criação, segundo Lipovetsky,¹⁶ de um consumo emocional, no qual:

A publicidade passou de uma comunicação construída em torno do produto e de seus benefícios funcionais a campanhas que difundem valores e uma visão que enfatiza o espetacular, a emoção, o sentido não literal, de todo modo significantes que ultrapassam a realidade objetiva dos produtos.

Assim sendo, caso os consumidores assumam uma posição mais ativa perante esta nova relação consumista que vem se impondo socialmente, torna-se plausível a reflexão sobre a desconstrução da espetacularização atual do consumo. Isso porque, a conscientização do consumidor perpassa pela expansão da educação ambiental e conseqüente influência na

¹⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **Recurso Cível, Nº 71004731089**, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Cleber Augusto Tonial, Julgado em: 30-01-2014.

¹⁶ LIPOVETSKY, Gilles. **A Felicidade Paradoxal - Ensaio sobre a Sociedade do Hiperconsumo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p.46.

percepção social e jurídica em relação à obsolescência programada, na medida em que o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado deve se sobrepor ao direito do consumo individual insustentável.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL FRENTE À OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA

Ante à conjuntura exposta, torna-se pertinente analisar a eficácia e a necessidade de se traçar uma responsabilidade civil em face do ilícito ato de se planejar a abreviação da vida útil de bens, em nome de um suposto desenvolvimento econômico. Isso pois, por um lado, como exposto no capítulo anterior, os tribunais brasileiros demonstram não recepcionar a alegação da obsolescência como estratégia de violação aos direitos dos consumidores. Por outro lado, configura-se como perceptível transgressão à boa-fé objetiva, exigida nas relações jurídicas contemporâneas, na medida em que tal fenômeno prejudica não só o meio ambiente, mas provoca uma reação irracional na sociedade diante a necessidade de consumir a qualquer custo.

Diante deste cenário, aponta-se que o desenvolvimento social atual deve ser compreendido através de um caráter pluridimensional, que se apresenta como um processo que não se resume ao fator econômico, mas que objetiva o bem-estar dos seres humanos em duas dimensões: a coletiva e a individual.¹⁷ Nessa lógica, a possível responsabilização dos fornecedores pelo procedimento da obsolescência programada pode garantir a proteção do meio ambiente e a transparência das relações de consumo, promovendo, de fato, o referido desenvolvimento social.

Todavia, resta compreender qual mecanismo de responsabilização será capaz de coibir a estratégia mercadológica e insustentável da obsolescência planejada.

Para tanto, tal como Angelo Masullo,¹⁸ entende-se indispensável a análise da natureza da obsolescência no caso concreto, visto que a responsabilidade civil deverá ser afastada sempre que a obsolescência se caracterizar como inovação tecnológica em prol da qualidade de vida do consumidor ou quando afastado o nexo de causalidade entre a conduta do fornecedor e a vida útil dos produtos consumidos. Este fator que apenas poderá ser verificado em cada contexto

¹⁷ SILVA, Maria Beatriz Beatriz Oliveira da. **Obsolescência Programada e Teoria do Decrescimento versus Direito ao Desenvolvimento e ao Consumo Sustentáveis.** Veredas do Direito - Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável. Dom Helder - Escola de Direito. Belo Horizonte, v. 9; n.17; p. 181-196. Janeiro/Junho de 2012, p. 189.

¹⁸ MASULLO, Angelo Setaro Soares. **Responsabilidade Civil Por Obsolescência Programada.** Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professores Orientadores: Nelson Carlos Tavares Junior; Lucas Tramontano de Macedo. Rio de Janeiro, 2018, p. 5-7.

pelos tribunais, ao menos até que se torne habitual, assegura, portanto, a proteção jurídica da sociedade civil, ao passo que certifica as condições de produção dos produtos consumíveis.

Ainda acerca do conceito denexo causal, explica Farias, Rosenvald e Netto que esse se configura como o pressuposto da responsabilidade civil ancorado na perspectiva moral da ação humana, “pois indica, primariamente, que se responde pelo dano injusto que se causa”.¹⁹ Desta forma, apenas hánexo causal quando a conduta assumida pelo fornecedor for, de fato, a responsável por tornar o bem obsoleto. Inclusive, prescreve o Código de Defesa do Consumidor, em seu Art. 12, §2º que: “O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado”.²⁰

Com efeito, o que se defende não é a limitação à promoção de produtos de melhor qualidade, mas a alteração do modelo de desenvolvimento de bens e serviços do modelo capitalista atual. Isto significa que a produção e o consumo devem se integrar à ideia de sustentabilidade, a fim de garantir o direito social ao desenvolvimento sustentável.²¹ Isso posto que, o direito ao consumo em uma sociedade integralizada não possui respaldo absoluto, o que inviabiliza que este seja desmedido e irracional, na medida em que traça consequências, até mesmo, para gerações futuras.

Isto significa que o que se busca é promover a reflexão acerca dos excessos da referida estratégia capitalista, na medida em que essa impõe vantagens excessivas ao fornecedor, provoca danos ao consumidor, à sociedade e ao meio ambiente,²² por meio da extensa produção de resíduos sólidos, raramente descartados corretamente. Neste contexto, justifica-se a incidência de responsabilização, posto que o microssistema consumerista, construído a partir de uma ótica pessoalista, consagra a responsabilidade civil objetiva às relações de consumo.

Por consequente, traça-se uma responsabilidade que independe de culpa, mas que pelo Código de Defesa do Consumidor deve se atrelar a defeitos no produto, “bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos”.²³

¹⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. - 8 ed. rev. e atual. - Salvador: Ed: JusPodivm, 2021, p. 464.

²⁰ BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 11 de setembro de 1990.

²¹ SILVA, Maria Beatriz Beatriz Oliveira da. **Obsolescência Programada e Teoria do Decrescimento versus Direito ao Desenvolvimento e ao Consumo Sustentáveis**. Veredas do Direito - Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável. Dom Helder - Escola de Direito. Belo Horizonte, v. 9; n.17; p. 181-196. Janeiro/Junho de 2012, p. 190.

²² RIVABEM, Fernanda Schaefer; GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. Obsolescência Programada: entre a legalidade e a abusividade da conduta. Notas a partir das decisões do STJ. **Revista IBERC**. v. 4, n. 3, p. 21-37, set./dez. 2021, p. 9.

²³ BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 11 de setembro de 1990, Art. 12.

Nessa perspectiva, aponta-se que o ilícito já se manifesta na mera hipótese do defeito extrínseco relacionado à falha de informação,²⁴ o que torna crível o questionamento sobre a prática da obsolescência programada, visto que esta conduta pode se configurar por vício oculto, interligado a alterações na durabilidade do produto, o que fere o Art. 4º, inciso II, alínea “d” do Código de Defesa do Consumidor, ou por publicidade enganosa, que alimenta um consumo pautado no status de possuir, sempre, algo mais novo, mais bonito e mais moderno, o que desencadeia o consumismo como um novo problema socioambiental.²⁵

Ainda sobre a temática, Agostinho Koppe, Cleide Calgaro e Luiz Horn discorrem:

Essa cultura consumista se desenvolve, também, a partir de uma educação que cria o desejo pelo consumo, pelo descarte, pela valorização do novo. O velho se torna ultrapassado e sem sentido. Porém, as consequências dessas atitudes não têm qualquer proeminência para o “ser consumidor”. Consumir se torna a palavra mágica, capaz de transformar a vida do indivíduo, alçando-o ao patamar de detentor de status e de poder no mundo.²⁶

Tem-se, pois, a seguinte conjuntura: O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 4º, no qual trata sobre a Política Nacional das Relações de Consumo, expõe como princípio norteador a boa-fé objetiva, que se exterioriza como uma exigência de conduta ética entre as partes nas relações de consumo, pela qual se torna indispensável o adimplemento de seu verdadeiro corolário, isto é, a transparência e o dever anexo de informação que, quando correlacionados buscam qualificar a informação prestada.²⁷ Porém, tem-se que o subprincípio da transparência é constantemente violado pela adoção da obsolescência programada. Sobre o apontamento, esclarece Michael César Silva:

[...] a transparência afeta a essência do contrato, pois a informação fornecida passa a integrar o conteúdo contratual. Nesse contexto, o sentido adequado à transparência seria de qualificar a autonomia privada, através da efetiva liberdade de decisão do contratante, garantida pelo fornecimento de informações adequadas e necessárias a realização da avença quais devem ser fornecidas desde o momento da formação do contrato, no intuito de consagrar o (re)equilíbrio da relação jurídica contratual.²⁸

²⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. - 8 ed. rev. e atual. - Salvador: Ed: JusPodivm, 2021, p.559.

²⁵ EFING, Antônio Carlos; PAIVA, Leonardo Lindroth. Consumo e Obsolescência Programada: Sustentabilidade e Responsabilidade do Fornecedor. **Revista de Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo**. Curitiba, Jul/Dez. 2016, p. 118.

²⁶ KOPPE, Agostinho Oli; CALGARO Cleide; HORN Luiz Fernando Del Rio. **Hiperconsumo, Riscos Ambientais provocados pelos resíduos sólidos e políticas públicas nos municípios de Caxias do Sul e Passo Fundo**. - Caxias do Sul, RS: Plenum, 2014, p. 14.

²⁷ SILVA, Michael César. Convergências e Assimetrias do Princípio da Boa-Fé Objetiva no Direito Contratual Contemporâneo. **RJLB**, Ano 1 (2015), nº 4, 1133-1186, 2015, p.1163.

²⁸ SILVA, Michael César. Convergências e Assimetrias do Princípio da Boa-Fé Objetiva no Direito Contratual Contemporâneo. **RJLB**, Ano 1 (2015), nº 4, 1133-1186, 2015, p. 1163-1164.

Nessa ótica, sustenta-se que cabe ao fornecedor explicar as reais condições de durabilidade e inovação tecnológica do produto a ser adquirido pelo consumidor, a fim de efetivar a autonomia privada desse, tornando autêntico o seu direito de escolha ao afastar a veiculação da publicidade ilícita. Isso pois, “a publicidade enganosa é aquela que induz o consumidor a erro”,²⁹ não necessariamente por um ato comissivo, mas mediante uma conduta que fere o direito basilar das relações consumeristas, isto é, o direito à informação, devendo essa ser clara, completa e verídica.

Logo, a questão da obsolescência programada é complexa na medida em que é aplicada frente a uma sociedade que pode ser compreendida como sociedade do hiperconsumo,³⁰ na qual os indivíduos, em busca de uma suposta felicidade, optam - ou melhor, são manipulados - pelo consumo como alternativa de satisfação interpessoal. Desse modo, a responsabilização civil daquele que planeja a obsolescência programada pode não ser suficiente sem a conscientização da sociedade sobre a importância do consumo sustentável. Ademais, há de se questionar quem deve ser responsabilizado por tal conduta, se todo ou qualquer fornecedor ou apenas aquele responsável pela produção do produto.

Acerca do primeiro ponto, complementa-se que o ato do consumo desenfreado tem se conectado a uma lógica de descarte, fortificada pela publicidade e pela própria “escolha” dos consumidores. Logo, segundo Efing e Paiva, essa integração se tornou uma “prática cultural tão fortemente arraigada que seu desenvolvimento passou a ser superior do que o próprio crescimento populacional”.³¹

A par dessas considerações, questiona-se se diante dessa cultura de excesso, urgência, comodidade, descartabilidade e lixo,³² o ato de inviabilizar a obsolescência programada seria suficiente para alterar a prática consumista da sociedade do hiperconsumo? Ou melhor, haveria mesmo apoio social acerca da responsabilização dos fornecedores?

Mesmo que a conclusão seja negativa, sustenta-se a sua defesa. Uma vez que, tanto pela consagração do meio ambiente como direito fundamental, como pela lógica protecionista

²⁹ BARBOSA, Caio César do Nascimento; SILVA, Michael César; BRITO, Priscila Ladeira Alves de. Publicidade ilícita e influenciadores digitais: novas tendências da responsabilidade civil. *Revista IBERC*, Minas Gerais, v. 2, n. 2, p. 1-21, mai.-ago./2019, p. 6.

³⁰ LIPOVETSKY, Gilles. *A Felicidade Paradoxal - Ensaio sobre a Sociedade do Hiperconsumo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

³¹ EFING, Antônio Carlos; PAIVA, Leonardo Lindroth. Consumo e Obsolescência Programada: Sustentabilidade e Responsabilidade do Fornecedor. *Revista de Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo*. Curitiba, Jul/Dez. 2016, p. 124.

³² EFING, Antônio Carlos; KALIL, Ana Paula Maciel Costa. *Consumo Consciente: O Anverso Subjacente da Política Nacional de Resíduos Sólidos*. R. Jur. FA7, Fortaleza, v. 13, n.2, p. 25-37, jul./dez. 2016, p. 27.

do CDC, tem-se, hoje, a chamada “macrorrelação ambiental de consumo”.³³ Essa relação evidencia o fato de que o consumo gera impactos diretos no meio ambiente, logo, a adoção de posturas sustentáveis - sejam elas sociais ou legais, como as instituídas pela Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS) - são premissas indispensáveis para se compreender a relevância dos prejuízos causados pela obsolescência programada.

Nesse sentido, complementa-se que a Lei nº 12.305/2010,³⁴ responsável por instituir a Política Nacional de Resíduos Sólidos, passou a estabelecer uma responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos entre fornecedores, distribuidores, comerciantes, consumidores e outros (art. 3º, inciso XVII). Além de instituir a chamada logística reversa, que se interliga à ótica de reutilização de produtos e materiais,³⁵ e atua como instrumento de desenvolvimento econômico e social, na medida em que busca a destinação final ambientalmente adequada (art. 3º, inciso XII) para cada produto no caso concreto.

Ainda sobre a problemática, Carlos Efig e Ana Paula Kalil destacam:

A responsabilidade socioambiental dos fornecedores e consumidores não se subsume apenas ao consumo em si. Passa-se, agora, e, ao menos em tese, a exigir um cuidado com toda a extensão do produto, questionando-se sua utilidade, validade, prestabilidade, necessidade, durabilidade, viabilidade e decorrente disposição final adequada.³⁶

Compreende-se, portanto, que o exercício do direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado passa a ser incumbência não apenas do Estado, mas de toda a sociedade, pela adoção de condutas - correlacionadas - individuais, institucionais e empresariais. Nesse sentido, ressalta-se que a logística reversa, ao complementar o trabalho dos fornecedores por atitudes dos consumidores, pode se converter ao principal instrumento para a mitigação do impacto ambiental relacionado ao descarte de produtos, em especial, de objetos tecnológicos.³⁷

³³ EFING, Antônio Carlos; KALIL, Ana Paula Maciel Costa. **Consumo Consciente: O Anverso Subjacente da Política Nacional de Resíduos Sólidos**. R. Jur. FA7, Fortaleza, jul./dez. 2016, p. 29.

³⁴ BRASIL. Lei 12.305, de 02 de agosto de 2010. **Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos**: altera a Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Brasília, 2 de agosto de 2010.

³⁵ EFING, Antônio Carlos; PAIVA, Leonardo Lindroth. Consumo e Obsolescência Programada: Sustentabilidade e Responsabilidade do Fornecedor. **Revista de Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo**. Curitiba, Jul/Dez. 2016, p. 126.

³⁶ EFING, Antônio Carlos; KALIL, Ana Paula Maciel Costa. **Consumo Consciente: O Anverso Subjacente da Política Nacional de Resíduos Sólidos**. R. Jur. FA7, Fortaleza, jul./dez. 2016, p. 30.

³⁷ EFING, Antônio Carlos; SOARES, Alexandre Araújo Cavalcante; PAIVA, Leonardo Lindroth. **Reflexões sobre o Tratamento Jurídico da Obsolescência Programada no Brasil: Implicações Ambientais e Consumeristas**, p.1278.

Dessa forma, apesar de se tratar de uma conexão indireta com a obsolescência programada, a tendência é de promover a participação coletiva e, conseqüentemente, impulsionar uma melhor relação do consumidor para com os seus produtos.

Nesse diapasão, acredita-se que é possível a modificação do comportamento dos consumidores, por intervenção da visão de que o sustentável é capaz de se expandir e, por conseguinte, tornar-se a regra, visto que “o poder de escolha do consumidor tem força vinculante”.³⁸ Assim, é crível avaliar a possibilidade de ampliação do acesso a itens com maior durabilidade, recicláveis ou compostos por outras condições ambientalmente sustentáveis, apesar destes se concentrarem no consumo de famílias de maior fonte de renda, visto que se tratam, ainda hoje, de produtos caros e, por isso, muitas vezes, inacessíveis.

Isso significa que pela instituição de projetos de educação e de políticas públicas de combate à prática da obsolescência planejada, os consumidores passarão a assumir condutas ativas que exijam dos fornecedores a observância dos deveres impostos pela boa-fé objetiva. Sendo assim, a disseminação deste consumo, que passa a ser considerado sustentável e solidário, promoverá a ampliação de produtos com melhores condições de uso e, eventualmente, descarte adequado, o que tende a garantir preços justos e acessíveis, promovendo maior distribuição e qualidade de vida para a sociedade civil.

Isso porque, através da efetiva participação do consumidor, o fornecedor não possui outra alternativa a não ser integrá-lo ao seu projeto mercadológico. Nessa ótica, acredita-se em uma relação jurídica-consumerista mais transparente, segura e cooperativa.

Instaura-se, desse modo, o cenário de superação da estratégia puramente lucrativa da obsolescência programada, sendo este composto pela responsabilização objetiva de todos os fornecedores - quando verificado o nexo de causalidade e o conhecimento acerca da conduta instituída pelo fornecedor - e pela adoção de uma postura ativa por parte dos consumidores, que pelo traçado na Política Nacional de Resíduos Sólidos são também responsáveis pelo ciclo de vida dos produtos que circulam no mercado.

Para esse propósito, tem-se que os tribunais brasileiros precisam reconhecer a prática como ilícita e, portanto, passível de responsabilização, posto que o exemplo prático é um dos mais efetivos modeladores e incentivadores de modificações comportamentais.

Isso evidencia que o problema analisado pode ser afastado, desde que não compense mais ao fabricante violar o dever de informação a boa-fé objetiva e o subprincípio da transparência, em nome do alcance de maiores lucros. Tem-se, portanto, que a responsabilidade

³⁸ EFING, Antônio Carlos; KALIL, Ana Paula Maciel Costa. **Consumo Consciente: O Anverso Subjacente da Política Nacional de Resíduos Sólidos**. R. Jur. FA7, Fortaleza, jul./dez. 2016, p. 34.

civil dos causadores da abreviação da vida útil de produtos, seja por vícios ocultos instituídos ou por excesso de publicidade, precisa ser elevada ao ponto de desestimular a continuidade da conduta abusiva. Para esse fim, devem ser levados em consideração pelo Judiciário os prejuízos da estratégia tanto perante a sociedade em si, como perante o meio ambiente.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste breve estudo, objetivou-se a análise da obsolescência programada enquanto um desafio social, econômico e jurídico, em face do hiperconsumo, pelo qual se reafirma ser o ato de consumo peça fundamental para o desenvolvimento socioeconômico. Pelas reflexões promovidas, entende-se, em primeiro lugar, que as atuais relações de consumo evidenciam novos riscos, tanto individuais como coletivos, na medida em que o fornecedor assume a adoção de uma postura que viola a boa-fé objetiva, alterando - sem justificativas técnicas - a durabilidade de produtos, em busca do lucro insustentável.

Em segundo lugar, aponta-se que o excesso de publicidade e a lacuna na informação prestada ao consumidor o afastam de uma postura ativa, capaz de vincular o mercado. Deste modo, tem-se, na verdade, um cenário inverso, pelo qual os produtos, sob um viés de inovação, é que moldam o comportamento dos usuários, levando a um descarte inadequado, que viola as perspectivas da logística reversa e, conseqüentemente, a Política Nacional de Resíduos Sólidos.

Entretanto, infere-se que a sociedade da informação é apta a modificar o cenário de normalização da ilícita conduta da obsolescência programada, uma vez que a troca de avaliações sobre os produtos consumíveis possui o poder de afastar o vício oculto, promovido por essa prática, além de propiciar a conscientização ambiental e de auto responsabilização dos consumidores para com seus itens.

Dessa forma, visando a ampliar a proteção do Código de Defesa do Consumidor, sustenta-se a necessidade de se classificar a obsolescência programada como publicidade abusiva, posto que essa estratégia fere o direito dos consumidores, dado que o dever anexo de informação e o subprincípio da transparência são substituídos por uma lógica publicitária que viola valores ambientalmente sustentáveis. Sob essa ótica, justifica-se a aplicação da responsabilidade civil objetiva dos fornecedores. Isso significa, que o que se pretende é apenas coibir os excessos que afastam a possibilidade de um consumo racional e harmônico.

Para tanto, a responsabilidade civil deverá sempre ser atraída quando a conduta dos fornecedores se afastar da veracidade da informação acerca da durabilidade e tecnologia do produto adquirido ou, também, quando a obsolescência do produto se relacionar diretamente

com uma atitude planejada e intrínseca, promovida em nome do mero lucro pelos criadores do produto. Tem-se, pois, que a atuação dos fornecedores deve se ligar diretamente à obsolescência do bem, para que os tribunais passem, portanto, a reconhecer e coibir a expansão da referida prática.

Por fim, defende-se que a problemática apenas será afastada quando o consumidor passar a assumir uma postura ativa, em nome de um consumo sustentável. Isso porque, é o consumidor a peça chave para o funcionamento efetivo do mercado. Por isso é que a concretização do projeto estabelecido pela Política Nacional de Resíduos Sólidos, isto é, a aplicação da logística reversa e da responsabilidade compartilhada, evidencia-se tão promissora, desde que ampliada para todos os setores da sociedade.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Caio César do Nascimento; SILVA, Michael César; BRITO, Priscila Ladeira Alves de. Publicidade ilícita e influenciadores digitais: novas tendências da responsabilidade civil. **Revista IBERC**, Minas Gerais, v. 2, n. 2, p. 1-21, mai.-ago./2019.

BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 11 de setembro de 1990; 169º da Independência e 102º da República.

BRASIL. Lei 12.305, de 02 de agosto de 2010. **Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos**; altera a Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Brasília, 2 de agosto de 2010; 189º da Independência e 122º da República.

CESE. Comitê Econômico e Social Europeu. Parecer do Comitê Econômico e Social Europeu sobre o tema Por um consumo mais sustentável: O ciclo de vida dos produtos industriais e informação do consumidor a bem de uma confiança restabelecida. **Jornal Oficial da União Europeia**. Relator: Thierry LIBAERT. Correlator: Jean Pierre HABE, 2013.

CORNETTA, William. **Obsolescência. Tomo Direitos Difusos e Coletivos**. Edição, 1 de julho de 2020. Enciclopédia Jurídica PUCSP. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/obsolescencia_5ee143dd324d3.pdf Acesso em: 26 jul. 2022.

EFING, Antônio Carlos; KALIL, Ana Paula Maciel Costa. **Consumo Consciente: O Anverso Subjacente da Política Nacional de Resíduos Sólidos**. R. Jur. FA7, Fortaleza, v. 13, n.2, p. 25-37, jul./dez. 2016.

EFING, Antônio Carlos; PAIVA, Leonardo Lindroth. Consumo e Obsolescência Programada: Sustentabilidade e Responsabilidade do Fornecedor. **Revista de Direito**, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo. e-ISSN: 2526-0030, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 117 - 135, Jul/Dez. 2016.

EFING, Antônio Carlos; SOARES, Alexandre Araújo Cavalcante; PAIVA, Leonardo Lindroth. Reflexões sobre o Tratamento Jurídico da Obsolescência Programada no Brasil: Implicações Ambientais e Consumeristas. **Novos Estudos Jurídicos**. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/9698/5449>. Acesso em: 28 jul. 2022.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Contratos** - 7 ed. rev. e atual. - Salvador: Ed: JusPodivm, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. - 8 ed. rev. e atual. - Salvador: Ed: JusPodivm, 2021.

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

KOPPE, Agostinho Oli; CALGARO Cleide; HORN Luiz Fernando Del Rio. **Hiperconsumo, Riscos Ambientais provocados pelos resíduos sólidos e políticas públicas nos municípios de Caxias do Sul e Passo Fundo**. - Caxias do Sul, RS: Plenum, 2014.

LIPOVETSKY, Gilles. **A Felicidade Paradoxal - Ensaio sobre a Sociedade do Hiperconsumo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. Disponível em: <https://www.ppged.ufv.br/wp-content/uploads/2016/07/A-Sociedade-de-Hiperconsumo.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2022.

MASULLO, Angelo Setaro Soares. **Responsabilidade Civil Por Obsolescência Programada**. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professores Orientadores: Nelson Carlos Tavares Junior; Lucas Tramontano de Macedo. Rio de Janeiro, 2018.

RIVABEM, Fernanda Schaefer; GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. Obsolescência Programada: entre a legalidade e a abusividade da conduta. Notas a partir das decisões do STJ. **Revista IBERC**. v. 4, n. 3, p. 21-37, set./dez. 2021.

SILVA, Maria Beatriz Beatriz Oliveira da. Obsolescência Programada e Teoria do Decrescimento versus Direito ao Desenvolvimento e ao Consumo Sustentáveis. **Veredas do Direito - Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**. Dom Helder - Escola de Direito. Belo Horizonte, v. 9; n.17; p. 181-196. Janeiro/Junho de 2012.

SILVA, Michael César. Convergências e Assimetrias do Princípio da Boa-Fé Objetiva no Direito Contratual Contemporâneo. Ano 1 (2015), nº 4, 1133-1186. **RJLB**, 2015. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/4/2015_04_1133_1186.pdf. Acesso em: 28 jul. 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **Recurso Cível**, Nº 71004731089, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Cleber Augusto Tonial, Julgado em: 30-01-2014.

RESPONSABILIDADE CIVIL EM PROCEDIMENTOS ESTÉTICOS

5

Bruno Fabrício Costa

Michael Cesar Silva

Sofia Araújo Pederzoli

Sumário: 1. Considerações iniciais; 2. A relação médico-paciente; 3. Boa-fé objetiva; 4. Cirurgias estéticas; 5. Obrigação de meio e de resultado; 6. A imputação de responsabilidade; 7. Considerações finais; Referências.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A beleza sempre foi uma preocupação do ser humano, tendo em vista que os indivíduos almejavam se adequar aos padrões estéticos existentes. Com o desenvolvimento da sociedade e a crescente utilização da mídia, em decorrência das pessoas desejarem se enquadrar nesta referência de beleza, tem se tornado cada vez mais habitual a realização de procedimentos plásticos estéticos entre homens e mulheres. Neste caso, surge uma obrigação de fazer entre médico e paciente e, quando ocorrer um dano, existe a obrigação de repará-lo.

O profissional da saúde deve ser responsabilizado por danos decorrentes de sua atividade, normalmente quando agir de forma dolosa ou culposa. Contudo, em relação aos erros médicos em procedimentos plásticos estéticos, existem discussões a respeito do tema e divergências doutrinárias, questionando se a responsabilidade seria objetiva ou seria subjetiva com culpa presumida. Existe também questionamentos a respeito desta se tratar de uma obrigação de meio ou de resultado, o que será retratado ao longo do texto.

O trabalho também irá tratar da relação do médico com o paciente, sendo esta imprescindível para regulamentar as condutas médicas, evitando qualquer tipo de abusividade e propiciando a melhor relação entre ambos. Também haverá a análise de princípios relacionados a bioética e biodireito exigíveis nesta relação. Em seguida, será abordado sobre o princípio da boa-fé objetiva e seus deveres anexos relacionados a esta temática, especialmente o dever de informação.

A escolha pelo tema decorreu do interesse em entender esta discussão doutrinária e devido ao impacto gerado na vida de diversas pessoas que passam por esta circunstância. Logo, como proposto por Whitaker e Gustin, o tipo de investigação será o jurídico-projetivo, sendo realizado por meio do raciocínio teórico e estando diretamente relacionadas as disciplinas de direito civil, responsabilidade civil e direito médico.

Sob esse viés, a pesquisa buscará entender e analisar as divergências doutrinárias existentes em relação à cirurgia estética com o objetivo de embelezar consistir em obrigação de meio ou de resultado e ensejar responsabilidade objetiva ou subjetiva por culpa presumida. A hipótese consiste na obrigação se dar na modalidade objetiva e em uma obrigação de resultado.

2 A RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

Em decorrência da necessidade de regular as preocupações éticas de profissionais das ciências biológicas e da saúde surgiu o biodireito, versando sobre o bem jurídico da vida e constituindo uma dogmática jurídica. O biodireito é considerado imprescindível para regulamentar legalmente condutas médicas, evitando quaisquer formas de abuso e de coerção, auxiliando a compreender os limites da realização de procedimentos, experiências e atividades correlatas. Vale ressaltar que esta se diferencia da bioética, que por sua vez, versa sobre a ética ambiental e médica no âmbito da filosofia e da biomedicina, assim sendo, entende-se esta como um estudo interdisciplinar que visa a proteção dos seres humanos¹. A partir disso, existem alguns princípios que devem ser mencionados.

Tratando-se do biodireito, o primeiro princípio que deve ser retratado é o da responsabilidade, que versa sobre o dever jurídico de satisfazer obrigações ou, caso não cumpridas, suportar as sanções previstas em lei. Ao transpor esse princípio para o tema dessa pesquisa, é evidente que os médicos estão sujeitos a responsabilização nos casos em que incidirem em atos ilícitos e que causem dano.

Também pode ser citado o princípio da precaução, que limita a ação do profissional nos casos de risco de dano grave e irreversível, mesmo que seja uma mera probabilidade e não uma certeza, sendo esse mais benéfico que a mera prevenção. Destarte, assim como preceituado nesse fundamento jurídico, o profissional da medicina deve agir com cautela, de modo a prever hipóteses que trarão malefício para seu paciente.

¹ RODRIGUES, Núbia Candida Batista de Sousa. Os princípios basilares da bioética. In: SOUZA, Alessandra Varrone de Almeida Prado (Org.). **Coletânea de Direito Médico** [recurso eletrônico] Leme, SP: Mizuno, 2020, p. 89 – 93.

Em relação a bioética, pode ser citado o princípio da não-maleficência e da beneficência. O primeiro consiste na ideia de não causar o mal, se omitindo, havendo uma preocupação do médico em não prejudicar o paciente. Por sua vez, o segundo princípio vai além do descrito anteriormente, fazendo com que o profissional da área médica saia da sua inércia e contribua para o bem-estar do paciente. Em relação ao médico estético, esse deve se omitir para não causar dano aos indivíduos, devendo apenas agir quando suas atitudes forem proveitosas para esse.²

Ao tratarmos de princípios, deve-se citar o Relatório Belmont, que consiste em um marco histórico e normativo para a bioética, a partir da articulação de três princípios, o da beneficência, da justiça e do respeito para as pessoas.³ Como consequência desse, foram formuladas as bases conceituais para a formalização da bioética. Nesse dispositivo não há diferenciação entre os princípios da beneficência e da não-maleficência.⁴

Também pode ser mencionado o princípio da autonomia, que consiste na possibilidade de escolha e liberdade do paciente, o que normalmente está vinculado ao termo de consentimento livre e esclarecido, em outros dizeres, o médico deve respeitar o que o paciente deseja. Por fim, também pode-se citar o princípio da justiça, que trata de critério de equidade relacionada ao tema e o da responsabilidade, que apesar de não estar no relatório Belmont é muito utilizado nas discussões atuais a respeito do tema.

Tratando da relação médico-paciente, o ponto mais importante a ser tratado é a necessidade de comunicação de maneira adequada e qualificada, havendo uma descrição minuciosa dos procedimentos a serem realizados, dado que inúmeros problemas são decorrentes desta comunicação ineficaz.

Logo, os princípios citados são fundamentais para nortear o estudo, tendo em vista que ao tratar das ações do médico, deve-se observar o respeito ou desrespeito destes. Além disso, será possível analisar as consequências decorrentes desses no âmbito específico dos procedimentos estéticos e averiguar a responsabilidade civil a partir deste ponto.

² SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES; Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética e Biodireito**. 5 ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021.

³ DEJANNE, Solange. Os fundamentos da bioética e a teoria principalista. Thaumazein: **Revista On-Line de Filosofia – ISSN: 1982 – 2103**, Ano IV, n.7, p. 32-45 Jul. 2011. Disponível em: OS FUNDAMENTOS DA BIOÉTICA E A TEORIA PRINCIPALISTA | Dejeanne | Thaumazein: Revista Online de Filosofia (ufn.edu.br). Acesso em: 18 jun. 2022.

⁴ SAAD, William. Bioética - princípios ou referenciais?. **O Mundo da Saúde**. São Paulo, 2006, p. 673. Disponível em: 690-Texto do artigo-1249-1-10-20200602.pdf. Acesso em: 25 mai. 2022.

3 BOA-FÉ OBJETIVA

A boa-fé consiste em um instituto jurídico que possui diversas acepções, sendo entendido como princípio, como acepção objetiva, como acepção subjetiva e também como uma regra de comportamento. Isto posto, a regra contratual citada se divide nas modalidades subjetivas e objetivas, como mencionado, sendo necessário observar, em cada situação, qual é a acepção adotada pela lei, pelos doutrinadores e pelos juristas. A responsabilidade subjetiva diz respeito ao estado psicológico, o que ocorre pela análise das intenções das partes e a averiguação se o sujeito age de acordo com sua consciência ou crença. Em contrapartida, a responsabilidade objetiva diz respeito a um princípio, assim como inserido nos ordenamentos jurídicos atuais e sendo uma regra de conduta imposta aos contratantes. À vista disso, a boa-fé na modalidade objetiva, exige a conduta de um “homem reto”, agindo de acordo com um padrão de conduta social com base na honestidade, lealdade e probidade.⁵

Esse entendimento é firmado pelo Superior Tribunal de Justiça e, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, esta foi integrada no sistema de direito privado brasileiro, sob o viés de evitar relações de consumo abusivas. A partir disto, existem alguns deveres anexos relacionados a este regramento, que serão dispostos a seguir.

A Constituição Federal estabelece, no artigo 5º, inciso XIV, como direito fundamental o acesso a informação.⁶ Além disso, essa garantia também possui respaldo no Código de Defesa do Consumidor⁷, garantindo que todos os consumidores recebam informações claras e adequadas. Também pode ser mencionado a importância desse fundamento jurídico por consistir em um dos deveres anexos da boa-fé objetiva. Sob esse viés, é evidente que o conhecimento deve ser passado para a parte aderente do contrato de maneira clara, ostensiva, precisa e correta, devendo esta não ser apenas transmitida, mas também sendo qualitativa em relação ao seu conteúdo e de forma útil, possibilitando a compreensão. Vale ressaltar que a informação deve ser observado em todas as fases do contrato.⁸

O dever de informar pode ser observado claramente na relação entre médico e paciente na realização de cirurgias estéticas médicas, consistindo em um requisito fundamental para

⁵ SILVA, Michael César; MATOS, Vanessa Santiago Fernandes. Lineamento do princípio da boa-fé objetiva no direito contratual contemporâneo. Uma releitura na perspectiva civil-constitucional. *Revista da AGU*, Set. 2012, p.16. Disponível em: 2015_02_1559_1603.pdf (cidp.pt). Acesso em: 24 mai. 2022.

⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 16 abr. 2022.

⁷ BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: L8078compilado (planalto.gov.br). Acesso em: 16 abr. 2022.

⁸ PESSOA, André. *Os deveres anexos da Boa-fé Objetiva e o Contrato Individual de Trabalho*. São Paulo, 2013, TCC, p.46. Disponível em: André Luís Torres Pessoa.pdf (pucsp.br). Acesso em: 24 mai. 2022.

haver o consentimento informado por parte do paciente. Também deve ser registrado em papel ou digitalmente a anuência da realização do procedimento cirúrgico e confirmado o conhecimento dos possíveis riscos, mas não existe uma lei específica tratando sobre este tema, apenas resoluções do Conselho Federal de Medicina que serão tratadas posteriormente. Além disso, o dever de informação também deve ser prestado pelo paciente, sob o viés de facilitar a obtenção de dados sobre seu estado de saúde. Por conseguinte, conclui-se que o dever de informar consiste em uma maneira de proteger o consentimento, evitando que este seja realizado de forma viciada.⁹

Nas cirurgias estéticas, é imprescindível o dever de informação do médico, havendo um dever de alertar o paciente em relação a conclusão do procedimento de maneira diversa da esperada, dado que esta objetiva se adequar a um padrão estético considerado belo, e a cirurgia pode não sair como planejada. Isso pode ser demonstrado pelo aumento de casos em que é possível observar deformidades visuais em decorrência de cirurgias estéticas. Este posicionamento pode ser retratado pela resolução 1.931 do Código de Ética Médica, no qual existe a proibição do médico deixar de prestar ao paciente o diagnóstico, prognósticos, riscos e objetivos do tratamento, apenas ressalvando a hipótese de que a comunicação direta causa danos ao indivíduo e, portanto, devendo ser comunicado a pessoa responsável.¹⁰

Além desse, existem outros deveres anexos da boa-fé objetiva, dentre eles o de colaboração. Apesar do dever anexo de colaboração não se destacar de maneira exacerbada no contrato com finalidade estética como o dever de informação, este também devem ser observados em todas as fases de qualquer contrato. O dever de cooperação visa que ambas as partes auxiliem ao cumprimento do pacto, ou seja, o adimplemento da obrigação, de modo a não causar prejuízos uma à outra. Destarte, é visível que tanto o médico, quanto o paciente, devem empreender esforços para propiciar a resolução pelo cumprimento do contrato.

Também deve ser mencionado o dever anexo de lealdade, que se assemelha ao princípio da confiança e pauta-se na fidúcia característica do contrato, devendo haver condutas baseadas na reciprocidade e em um padrão de comportamento. Sob esse viés, no contrato entre

⁹ REBELO, Tértius. Consentimento informado na Relação Paciente-Médico. . In: SOUZA, Alessandra Varrone de Almeida Prado (Org.). **Coletânea de Direito Médico** [recurso eletrônico]. Leme, SP: Mizuno, 2020, p. 103 – 109.

¹⁰ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de ética médica: resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009**. Conselho Federal de Medicina – Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010.

médico plástico e paciente, por basear-se na confiança mútua, é imprescindível que tal decorrência da boa-fé objetiva seja respeitada.¹¹

Ainda no tema da boa-fé objetiva, deve ser mencionado o termo de consentimento livre esclarecido. O preceito inicial consiste na vedação de deixar de obter assentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecimento do procedimento a ser realizado, ressalvando hipóteses em caso de morte iminente. Também é estabelecida a proibição ao médico de deixar de informar as condições de saúde e tratamento como citado anteriormente. Estas normas seguem os princípios da autonomia ou liberdade, preceito já mencionado nesse texto como um princípio da bioética e estando disposto no artigo 22 e 34 da resolução número 2.217 do Conselho de Ética Médica.¹²

Sob esse viés, o médico deve informar, antes da realização do procedimento, todas as etapas que serão realizadas, de maneira clara e precisa, para que o paciente possa decidir a respeito do tratamento e, conseqüentemente, se desejar, assine o termo de consentimento livre esclarecido. Especialmente em relação à cirurgia plástica, a Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica determinou que seja esclarecido ao paciente os possíveis riscos e mudanças ao longo do tempo.¹³

Como consequência, no caso em que ocorra algum erro médico será possível analisar se o paciente estava consciente e informado sobre o que ocorreria. Ainda deve ser ressalvada a hipótese em que o termo de consentimento livre e esclarecido foi assinado, mas possui vícios de vontade ou não foi assinado da maneira como estabelecida pelos protocolos médicos, assim como dissertado por Rafaella Nogaroli e Eduardo Santos:

Entender esse processo de consentimento como um fim em si mesmo não atende aos princípios espalhados por todo o ordenamento jurídico brasileiro, criando uma falha no cumprimento do dever de informação. É um engano pensar que a obtenção do simples consentimento informado, nos termos como é conhecido e vem sendo praticado, pode representar uma causa excludente de responsabilidade civil, ou mesmo uma eximente de culpabilidade, no caso de ocorrer um resultado não desejado ao longo do tratamento. Mesmo um resultado satisfatório do ponto de vista clínico, pode mais tarde vir a ser interpretado como falho, se confrontado com outros possíveis

¹¹ SILVA, Michael César; NOGUEIRA, Roberto Henrique Porto. Direito à informação qualificada na relação médico-paciente. *Revista de Informação Legislativa*. Jan./ mar. 2011, p. 251. Disponível em: [ril_v48_n189_p243.pdf](#). Acesso em: 18 set. 2022.

¹² CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica: resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2019, p. 25-27.

¹³ Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica. **Segurança e Riscos**. Disponível em: [Segurança e Riscos - SBCP \(cirurgioplastica.org.br\)](#). Acesso em: 07 mai. 2022.

desfechos esperados a partir de outros métodos terapêuticos não informados ao paciente.¹⁴

Logo, o termo de consentimento livre e esclarecido é correlato a boa-fé por parte do profissional, o que demonstra a importância desse para a realização de procedimentos médicos, especialmente os que tem o viés estético. Ressalta-se que esse documento consiste em um processo de diálogo entre paciente e médico, havendo, por parte de ambas, a troca de informações.¹⁵

4 CIRURGIAS ESTÉTICAS

A realização de procedimentos médicos não é uma novidade em nossa sociedade, assim como comprovado pelo Código Hamurabi, que determinava a aplicação de sanções em casos de complicações decorrentes do ato cirúrgico e pela Lei Aquilina da Roma Antiga que também possuía esta previsão¹⁶. No caso de obtenção de resultado positivo esse era recompensado, mas no caso de erros, repercutia-se em punições severas.¹⁷

Em relação aos procedimentos com a finalidade estética, estes também não são recentes, havendo relatos destas no antigo Egito. Entretanto, atualmente, tais técnicas tem se tornado cada vez mais frequentes, devido a demanda excessiva da população em se adequar a um padrão corporal considerado bonito, especialmente entre as mulheres. Assim como observado nos dados de pesquisas da organização mundial denominada Sociedade Internacional de Cirurgia Plástica e Estética, que calculou que aproximadamente treze por cento das cirurgias estéticas do mundo são feitas no Brasil, liderando pelos anos de 2018 e 2019 o ranking de países que mais realizam estas cirurgias.¹⁸

Entretanto, as operações que objetivam um ganho na autoestima dos indivíduos podem se transformar em inúmeras complicações maléficas, tanto no âmbito médico quanto no âmbito

¹⁴ NOGAROLI, Rafaella; DANTAS, Eduardo. Consentimento Informado do Paciente Frente às Novas Tecnologias da Saúde (Telemedicina, Cirurgia Robótica e Inteligência Artificial). **Lex Medicinæ Revista Portuguesa de Direito da Saúde**. Jun. 2020.

¹⁵ KFOURINETO, Miguel. A quantificação do dano na ausência de consentimento livre e esclarecido do paciente. **Revista IBERC**, V.2, n.1, p. 6, 22 de jan. 2019. Disponível em: 18-Texto do artigo-29-1-10-20190522.pdf. Acesso em: 27 ago. 2022.

¹⁶ NÓBREGA, Silvia. **Responsabilidade Civil Médica nas Cirurgias Plásticas Estéticas**. Campina Grande, 2009, p. 30. Disponível em: SILVIA QUEIROGA NÓBREGA - TCC DIREITO 2009.pdf (ufcg.edu.br). Acesso em: 24 mai. 2022.

¹⁷ BRAGA, Henrique Faria; CAMARGO, Caio Lamunier de Abreu. Fragmentos da História da Medicina e da Cirurgia. **Revista de Medicina da USP**. Jul. 2005. Disponível em: 59253-Texto do artigo completo-76159-1-10-20130726.pdf. Acesso em: 19 abr. 2022.

¹⁸ JORNAL TERRA. Segundo dados, brasileiros lideram ranking de realização de cirurgias plásticas. Disponível em: Segundo dados, brasileiros lideram ranking de realização de cirurgias plásticas (terra.com.br). Acesso em: 26 ago. 2022.

jurídico, que é o meio utilizado para tentar sanar eventuais irregularidades, em decorrência de erros médicos. O Jornal da Universidade Federal de São Paulo, afirma que, entre os jovens, no ano de 2021, houve um aumento em mais de 140% no número de procedimentos estéticos.¹⁹ Sob esse viés, explicita-se que o número de problemas decorrentes de procedimentos estéticos tem tido um crescimento exponencial.

É necessário mencionar que a relação firmada para a realização do procedimento estético já foi entendida pela jurisprudência como uma relação de natureza contratual, dessa forma, seguir-se-á os preceitos jurídicos do Código de Defesa do Consumidor. Esta seria considerada extracontratual no caso de um atendimento a um acidentado, em situação grave, em uma rua ou em caso de ilícitos penais, como na entrega de atestado falso.²⁰

Pode-se mencionar, a título de curiosidade, que o dano causado neste tipo de procedimento é conhecido como “dano estético”. Apesar de alguns doutrinadores mencionarem que essa modalidade se insere no dano moral, o Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento que é possível cumular este com o dano moral, estando estabelecido na súmula 387.²¹ O dano estético pode ser entendido como aquele que deixa marcas visíveis e podem impactar sua convivência no meio social.

O malefício mencionado é conceituado por ser uma lesão a beleza física, sendo esse de caráter relativo. É necessário que esta lesão tenha caráter duradouro e também importa para a mensuração da indenização a extensão do dano. Além disso, apenas pode ser pleiteada indenização por parte da vítima que sofreu o dano.²²

5 OBRIGAÇÃO DE MEIO E DE RESULTADO

Inicialmente, é imprescindível destacar a diferenciação entre a cirurgia estética com a finalidade reconstrutiva e a que objetiva o embelezamento. A cirurgia reconstrutiva, tem o viés curativo, sendo utilizada para corrigir defeitos congênitos ou adquiridos, consistindo em um elemento essencial para a saúde do paciente. Em contrapartida, a cirurgia estética é aquela que decorre da necessidade humana de corrigir características físicas, sob o viés de se enquadrar,

¹⁹ LOURENÇO, Tainá. **Cresce em mais de 140% o número de procedimentos estéticos em jovens**. Jornal da USP. 11 jan. 2021. Disponível em: Cresce em mais de 140% o número de procedimentos estéticos em jovens – Jornal da USP. Acesso em: 26 ago. 2022.

²⁰ LIMA, Fernando Gomes Correia. **Erro médico e responsabilidade civil**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, Conselho Regional de Medicina do Estado do Piauí, 2012.

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 387 da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Segunda seção do STJ. Disponível em: STJ - Súmula | Enunciado – 387 (coad.com.br). Acesso em: 17. Abr. 2022

²² KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 9ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda. 2018.

com a realização de procedimentos cirúrgicos, em estereótipos considerados bonitos e ideais pela sociedade.

No caso da operação com viés reconstrutivo, por tratar-se de uma cirurgia análoga a qualquer outra, esta consiste em obrigação de meio, devendo o médico adotar todas as cautelas necessárias para assistência do paciente, mas sem se comprometer com o resultado, como ocorre nas obrigações de resultado. Vale ressaltar, que neste caso é necessário que as informações sejam precisas e dadas anteriormente, mas existe um risco inerente à atividade, por se tratar de um corpo humano, que não poderá ser imputado ao médico em todas as hipóteses. Por conseguinte, é dever do profissional da medicina se comprometer em realizar o procedimento da melhor forma e com as maiores diligências possíveis, entretanto não será responsabilizado por eventuais malefícios.²³

Assim, tratando-se de obrigação de meio, o ônus da prova será do paciente, devendo provar de maneira efetiva que a inexecução da maneira esperada ocorreu pela falta de diligência e cuidados primordiais por parte do médico.

Em relação aos procedimentos estéticos realizados, é evidente que o indivíduo que se submete a esta cirurgia deseja mudar fisicamente suas características, devendo o médico cumprir com o compromisso e propiciar a fisiologia estabelecida, isso posto, a obrigação, de acordo com a doutrina majoritária a ser imputada seria de resultado, assim como entendido por Miguel Kfoury. As obrigações de resultado são caracterizadas por se comprometerem com uma determinada consequência, não havendo equivalência, não haverá o cumprimento da obrigação. Nesta hipótese, haverá a inversão do ônus da prova, devendo o médico provar que não foi sua conduta que ocasionou a divergência do resultado.

Este entendimento segue o Recurso Especial 81.101 do Tribunal de Justiça do Paraná, que decidiu conforme o entendimento da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça proferida em 1999, que afirma que o cirurgião assume obrigação de resultado devendo indenizar pelo não cumprimento desta por irregularidade ou deformidade, havendo a presunção de culpa, mas permite a inversão do ônus da prova para se isentar da responsabilidade. Vale ressaltar que este entendimento é quase uniforme entre o Superior Tribunal de Justiça.²⁴

Também pode ser citado o Recurso Especial 819.008 do Superior Tribunal de Justiça do Paraná, que entendeu que a relação médico e paciente, de maneira geral, por ter natureza

²³ HILARIO, Ligia Ottonelli. **Responsabilidade Civil decorrente de erro médico em cirurgia plástica.** Disponível em: SUMÁRIO (ufrgs.br). Acesso em: 18 abr. 2022.

²⁴ BRASIL. **Recurso Especial. p 81.101-PR.** Relator. Min. Waldemar Zveiter, DJU, 31-5-1999, RSTJ, 119/290 e RT, 767/111. Disponível em: GetInteiroTeorDoAcordao (stj.jus.br) Acesso em: 15 mai. 2022.

contratual consistiria em obrigação de meio. Contudo, neste julgado é excepcionado em relação as cirurgias plásticas de natureza exclusivamente estética, que se enquadrariam nas obrigações de resultado.²⁵

Entretanto, apesar das jurisprudências acima, existem doutrinadores que defendem a cirurgia estética como uma obrigação de meio, mas estes constituem o posicionamento minoritário, essa vertente pode ser exemplificado por Vanderby Lacerda Panasco e Carlos Alberto Menezes Direito. O último autor menciona que o cirurgião plástico não é diferente dos demais profissionais, dado que arca com os mesmo riscos.²⁶

6 A IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE

A responsabilidade civil consiste na imputabilidade de ônus a um agente em decorrência de um fato danoso, tornando-o responsável pelas consequências decorrentes da obrigação, devendo haver, de alguma forma, uma reparação. Esta tem como principal objetivo a proteção dos mais vulneráveis.

Buscando atender a justiça, as funções da responsabilidade civil perpassam a respeito do direito privado, de maneira punitiva e da função preventiva pelo modelo de pena civil. A sanção punitiva objetiva a reparação do dano injusto em decorrência da transgressão. Em contrapartida, a função preventiva também se desenvolve de alguma maneira, ao observar as consequências produzidas pelo dano.²⁷

No que tange a responsabilidade civil médica, o instituto jurídico tem como função tradicional a compensatória, que subsiste na busca de fixar um valor indenizatório correspondente a extensão do dano. Apesar disso, em decorrência do entendimento firmado pela doutrina e jurisprudência, existem novas funções sendo inseridas neste contexto. Dentre elas, visando a contenção de comportamentos, existe a função punitiva, esta tem respaldo no desestímulo do ofensor, de modo a reduzir a ocorrência de novos danos.²⁸

²⁵ BRASIL. **Recurso Especial. 819.008/ PR**. Relator. Min. Raul Araújo, DJe 29-10-2012, STJ. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200600298640&dt_publicacao=18/04/2013. Acesso em: 19 out. 2022.

²⁶ DIREITO, Carlos Alberto Menezes. A responsabilidade civil em cirurgia plástica. **Revista do Direito Renovar**. Rio de Janeiro: jan/abril, 1997. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79060332.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2022.

²⁷ ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: A reparação e a pena civil**. São Paulo: Atlas, 2013.

²⁸ BONNA, Alexandre; NOGAROLI, Rafaella; USCOCOVICH, Carolina Martins. Funções da responsabilidade civil médica e o dano moral por erro médico: análise doutrinária e jurisprudencial do tribunal de justiça do estado do Paraná entre os anos de 2013 e 2017. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

Em regra, a responsabilidade civil médica é subjetiva, sendo necessário a averiguação de culpa. Seguindo esta lógica, no caso dos procedimentos reconstrutivos, é claro que essa se trataria na imputação de responsabilidade civil subjetiva, por se tratar de uma obrigação de meio e o resultado não ser garantido pelo médico, sendo necessário alguns elementos para que esta ocorra, sendo eles: o ato ilícito, a culpa, o dano e o nexo causal. Como consequência, cabe ao paciente o ônus de provar este desvio de conduta. Entretanto, vale ressaltar que, assim como mencionado por Nelson Rosenvald, Cristiano Chaves e Felipe Braga Neto, existem hipóteses em que a negligência decorre do próprio dano, não sendo necessário que esta seja provada.²⁹

Em relação à responsabilidade civil médica em decorrência de danos em cirurgias estéticas, esta é excepcionada. Parte da doutrina segue o entendimento da culpa presumida, assim como defendido por Sérgio Cavalieri Filho, enquanto outra parte adota o posicionamento da responsabilidade objetiva, como o professor Flávio Tartuce, tema que será discorrido nos próximos tópicos. É importante pontuar que não existem leis ou regramentos próprios a respeito da temática, vigorando o Código de Defesa do Consumidor, a Constituição Federal, o Código Civil e o Código de Ética Médica.

O Código de Defesa do Consumidor estabelece, como regra geral, a responsabilidade objetiva, baseando-se na teoria do risco e visando a proteção do consumidor. Em outros dizeres, em decorrência do risco da atividade, o fornecedor seria responsável integralmente e sem verificação de culpa no caso de risco de dano. Alguns doutrinadores entendem que a responsabilidade na modalidade objetiva deveria ser a utilizada no caso dos procedimentos enunciados neste texto, em decorrência da relação de fidúcia firmada com o médico para atingir um resultado pretendido, podemos mencionar os professores Flávio Tartuce, Carlos Roberto Gonçalves e Pablo Stolze como exemplo.

Carlos Roberto Gonçalves pauta-se no fato dos pacientes não possuírem uma doença pré-existente, apenas visando corrigir um defeito. O autor menciona que caso não seja alcançado o resultado desejado existe a obrigação de indenizar, o que pode incluir despesas, danos morais, tratamentos e até mesmo novas cirurgias. Ademais, é ressaltado que o entendimento será utilizado no caso em que a finalidade seja de embelezar, e não em situações excepcionais decorrentes de acidentes ou deformações de maneira geral.³⁰

²⁹ FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson; Netto, Felipe. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 4 ed. Salvador, Bahia: Editora JusPodivm, 2014.

³⁰ GONÇALVES, Carlos. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 14 ed. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2019.

De acordo com o relatado pelo Ministro Eduardo Ribeiro no Superior Tribunal de Justiça no agravo regimental 37-060-9 decido pela terceira turma: “O profissional que se propõe a realizar cirurgia, visando a melhorar a aparência física do paciente, assume o compromisso de que, no mínimo, não lhe resultarão danos estéticos”. Conclui-se que a teoria da responsabilidade objetiva é a entendida a partir desta jurisprudência.³¹

Outra parte da doutrina, exemplificada por Miguel Kfourri Neto, sustenta a possibilidade desta responsabilização tratar-se de culpa presumida:

Necessário enfatizar que, na obrigação de resultado, presume-se a culpa do médico, pela simples frustração da finalidade a que vinculava o profissional. Tal presunção, todavia, não acarreta a transformação da natureza da responsabilidade do médico, que continua a ser subjetiva.³²

Seguindo esse entendimento, a responsabilidade do médico é subjetiva e com a especificidade da culpa ser presumida, apenas não sendo atribuído encargos nas hipóteses em que afasta a culpa e quando esta não for comprovada, invertendo o ônus da prova, em outros dizeres, o médico é quem deve provar a ausência de responsabilidade. Logo, caso o resultado esperado pelo paciente não seja alcançado, terá como reflexo a responsabilização e o dever de indenizar, podendo o médico discutir a respeito da atribuição do ônus.³³

Doutrinadores que estão de acordo com esse pensamento são Sérgio Cavalieri Filho e Carlos Alberto Menezes Direito. Os estudiosos do direito defendem que a responsabilidade seria subjetiva por culpa presumida e a obrigação de resultado, dado que os gastos e os riscos devem ser compensados pela melhora da aparência:

Toda intervenção cirúrgica, qualquer que ela seja, pode apresentar resultados não esperados. E, ainda, há em certa técnica consequências que podem ocorrer, independente de qualificação profissional e da diligência, perícia e prudência com que realiza o ato cirúrgico. Nesta corrente, que qualifica a cirurgia estética no cenário das obrigações de meio estão refutados os dois pontos nucleares para a transpô-las para obrigações de resultado, seja o compromisso de o cirurgião obter com o ato cirúrgico determinado resultado, que teria sido contratado, seja a ausência de patologia”.³⁴

Neste caso o cirurgião deve cumprir o contratado e alcançar resultado satisfatório, respeitando os requisitos técnicos estabelecidos, o profissional não poderá ser responsabilizado

³¹ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Terceira turma. Ag.Reg. No Ag. N. 37-060-9. Relator: Min. Eduardo Ribeiro, j. 28-11-1994, RT, 718/270. Disponível em: GetInteiroTeorDoAcordao (stj.jus.br). Acesso em: 18 abr. 2022.

³² KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 9ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda. 2018.

³³ CHAGAS, Edilson Enedino das; SANTANA, Héctor Valverde. Responsabilidade civil decorrente de erro médico. Revista Brasileira de Políticas Públicas. Vol. 3, n.2, jul – dez 2013. Disponível em: 2536-12667-1-PB (1).pdf. Acesso em: 18 jun. 2022.

³⁴ DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Comentário ao Novo Código Civil: da responsabilidade civil; das preferências e privilégio creditório**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v.13.

por critérios subjetivos de satisfação do indivíduo que optou pela realização do procedimento. Já na hipótese de agravamento de condições do paciente, com a complicação de seus aspectos físicos, caberia direito a indenização.³⁵

A corrente de pensamento descrita segue a ideia de que o médico estaria sujeito a cometer erros, assim como todo ser humano, devendo apenas provar que não agiu com culpa. Além disso, também engloba o caso de o médico agir de maneira excepcional, mas o corpo humano não reagir da maneira esperada.

Por fim, vale-se mencionar que a responsabilidade do médico não será elidida por possível responsabilidade do hospital ou do plano de saúde, respondendo ambos de maneira solidária e também respondendo pelos profissionais que escolheu para o auxiliarem.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho teve como questionamento qual seria a medida mais adequada de responsabilização dos médicos por danos decorrentes de sua atividade, de forma dolosa ou culposa, nos procedimentos estéticos que buscam o embelezamento e se consistiria em uma obrigação de meio ou resultado. Destacou-se também a importância de uma relação médico e paciente clara, informada e pautada nos preceitos da boa-fé objetiva.

Sob esse viés, é imprescindível que seja firmado uma relação adequada entre médico e paciente, assegurando o direito a informação, respeitando os desejos do paciente e, de maneira efetiva, sempre seguindo os preceitos da boa-fé objetiva. Logo, o médico deve pautar-se na confiança e lealdade e esclarecer de maneira minuciosa as etapas do procedimento a ser realizado. Consequentemente, serão minimizadas as divergências que poderão ocorrer entre as partes da obrigação, propiciando satisfação de ambas.

Entende-se, pelas explicações discorridas neste texto, que a responsabilidade consiste em uma obrigação de resultado. O argumento pauta-se na cirurgia estética ter como finalidade melhorar a aparência estética do paciente, já havendo um resultado esperado, sendo esse o entendimento já firmado pelos tribunais superiores e discorrido pela doutrina majoritária.

Em relação ao ponto principal dessa pesquisa, destacam-se as diferenças doutrinárias entre aqueles que alegam que as cirurgias plásticas com o viés estético serão caracterizadas como responsabilidade objetiva e aqueles que afirmam tratar-se de responsabilidade subjetiva por culpa presumida. A última mencionada é estabelecida como doutrina majoritária,

³⁵ OLIVEIRA, Mariana Massara. **Responsabilidade Civil dos Médicos**. Curitiba: Juruá, 2018.

entendendo que o profissional tem o ônus de eliminar esta presunção ou alegar alguma excludente de responsabilidade, tendo como consequência, a não obrigação de indenizar.

É importante mencionar que o objetivo do trabalho foi trazer as diferenças entre os dois pensamentos doutrinários, buscando auxiliar nas análises e demonstrar a importância do tema no contexto atual jurídico. Vale ressaltar que esse texto não buscou esgotar o tema.

Conclui-se que, por tratar-se de cirurgias com o objetivo de embelezamento e o médico se comprometer com o resultado, tal prática enquadraria como uma obrigação de resultado, em outros dizeres, caso não seja alcançado o resultado desejado haverá inadimplemento. Ademais, aparenta-se como opção mais adequada e coerente a responsabilização na modalidade objetiva, sendo decorrente da teoria do risco.

REFERÊNCIAS

BRAGA, Henrique Faria; CAMARGO, Caio Lamunier de Abreu. Fragmentos da História da Medicina e da Cirurgia. **Revista de Medicina da USP**. Jul. 2005. Disponível em: 59253-Texto do artigo completo-76159-1-10-20130726.pdf. Acesso em: 19 abr. 2022.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: L10406compilada (planalto.gov.br). Acesso em: 06 mai. 2022.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: L8078compilado (planalto.gov.br). Acesso em: 16 abr. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 16 abr. 2022.

BRASIL. Recurso Especial. **p 81.101-PR**. Relator. Min. Waldemar Zveiter, DJU, 31-5-1999, RSTJ, 119/290 e RT, 767/111. Disponível em: GetInteiroTeorDoAcordao (stj.jus.br). Acesso em: 15 mai. 2022.

BRASIL. Recurso Especial. **819.008/ PR**. Relator. Min. Raul Araújo, DJe 29-10-2012, STJ. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200600298640&dt_publicacao=18/04/2013. Acesso em: 19 out. 2022.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Terceira turma. Ag.Reg. No Ag. N. 37-060-9. Relator: Min. Eduardo Ribeiro, j. 28-11-1994, RT, 718/270. Disponível em: GetInteiroTeorDoAcordao (stj.jus.br). Acesso em: 18 abr. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 387 da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Segunda seção do STJ. Disponível em: STJ - Súmula | Enunciado – 387 (coad.com.br). Acesso em: 17. Abr. 2022.

BONNA, Alexandre; NOGAROLI, Rafaella; USCOCOVICH, Carolina Martins. Funções da responsabilidade civil médica e o dano moral por erro médico: análise doutrinária e

jurisprudencial do tribunal de justiça do estado do Paraná entre os anos de 2013 e 2017. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 250.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de ética médica: resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009**. Conselho Federal de Medicina – Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica: resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2019.

COSTA, Adélia. **Responsabilidade Civil Médica**. Revista Fundação Escola Superior Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasília, Ano 11, Edição Especial, p. 07 – 49, set. 2003. Disponível em: Monografia (escola mp.org.br). Acesso em: 06 jul. 2022.

COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado: Critérios para a sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CHAGAS, Edilson Enedino das; SANTANA, Héctor Valverde. Responsabilidade civil decorrente de erro médico. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Vol. 3, n.2, jul – dez 2013. Disponível em: 2536-12667-1-PB (1).pdf. Acesso em: 18 jun. 2022.

DEJANNE, Solange. Os fundamentos da bioética e a teoria principalista. Thaumazein: **Revista On-Line de Filosofia – ISSN: 1982 – 2103**, Ano IV, n.7, p. 32-45 Jul. 2011. Disponível em: OS FUNDAMENTOS DA BIOÉTICA E A TEORIA PRINCIPALISTA | Dejeanne | Thaumazein: Revista Online de Filosofia (ufn.edu.br). Acesso em: 18 jun. 2022.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. A responsabilidade civil em cirurgia plástica. **Revista de Direito Renovar**. Rio de Janeiro: jan/abril, 1997. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79060332.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2022.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Comentário ao Novo Código Civil: da responsabilidade civil; das preferências e privilégio creditório**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v.13.

FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson; Netto, Felipe. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 4 ed. Salvador, Bahia: Editora JusPodivm, 2014.

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014.

FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**. 12. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

HILARIO, Ligia Ottonelli. Responsabilidade Civil decorrente de erro médico em cirurgia plástica. Disponível em: SUMÁRIO (ufrgs.br). Acesso em: 18 abr. 2022.

JORNAL TERRA. Segundo dados, brasileiros lideram ranking de realização de cirurgias plásticas. Disponível em: Segundo dados, brasileiros lideram ranking de realização de cirurgias plásticas (terra.com.br). Acesso em: 26 ago. 2022.

LIMA, Fernando Gomes Correia. **Erro médico e responsabilidade civil**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, Conselho Regional de Medicina do Estado do Piauí, 2012, p. 38.

LOURENÇO, Tainá. **Cresce em mais de 140% o número de procedimentos estéticos em jovens**. *Jornal da USP*. 11 jan. 2021. Disponível em: Cresce em mais de 140% o número de procedimentos estéticos em jovens – *Jornal da USP*. Acesso em: 26 ago. 2022.

OLIVEIRA, Mariana Massara. **Responsabilidade Civil dos Médicos**. Curitiba: Juruá, 2018.

SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES; Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética e Biodireito**. 5 ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021.

SAAD, William. Bioética - princípios ou referenciais?. **O Mundo da Saúde**. São Paulo, 2006, p. 673. Disponível em: 690-Texto do artigo-1249-1-10-20200602.pdf. Acesso em: 25 mai. 2022.

SILVA, Michael César; MATOS, Vanessa Santiago Fernandes. Lineamento do princípio da boa-fé objetiva no direito contratual contemporâneo. Uma releitura na perspectiva civil-constitucional. **Revista da AGU**, Set. 2012, p.16. Disponível em: 2015_02_1559_1603.pdf (cidp.pt). Acesso em: 24 mai. 2022.

SILVA, Michael César; NOGUEIRA, Roberto Henrique Porto. Direito à informação qualificada na relação médico-paciente. **Revista de Informação Legislativa**. Jan./ mar. 2011, p. 251. Disponível em: ril_v48_n189_p243.pdf. Acesso em: 18 set. 2022.

Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica. **Segurança e Riscos**. Disponível em: Segurança e Riscos - SBCP (cirurgiaplastica.org.br). Acesso em: 07 mai. 2022.

NÓBREGA, Silvia. **Responsabilidade Civil Médica nas Cirurgias Plásticas Estéticas**. Campina Grande, 2009, p. 30. Disponível em: SILVIA QUEIROGA NÓBREGA - TCC DIREITO 2009.pdf (ufcg.edu.br). Acesso em: 24 mai. 2022.

PESSOA, André. **Os deveres anexos da Boa-fé Objetiva e o Contrato Individual de Trabalho**. São Paulo, 2013, TCC, p.46. Disponível em: André Luís Torres Pessoa.pdf (pucsp.br). Acesso em: 24 mai. 2022.

REBELO, Tértius. Consentimento informado na Relação Paciente-Médico. . In: SOUZA, Alessandra Varrone de Almeida Prado (Org.). **Coletânea de Direito Médico** [recurso eletrônico] Leme, SP: Mizuno, 2020, p. 103 – 109.

RODRIGUES, Núbia Candida Batista de Sousa. Os princípios basilares da bioética. In: SOUZA, Alessandra Varrone de Almeida Prado (Org.). **Coletânea de Direito Médico** [recurso eletrônico] Leme, SP: Mizuno, 2020, p. 89 – 93.

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

KFOURI NETO, Miguel. A quantificação do dano na ausência de consentimento livre e esclarecido do paciente. **Revista IBERC**, V.2, n.1, p. 6, 22 de jan. 2019. Disponível em: 18-Texto do artigo-29-1-10-20190522.pdf. Acesso em: 27 ago. 2022.

KFOURINETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 9ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda. 2018.

HERANÇA DIGITAL: A SUCESSÃO POST MORTEM DO ESPÓLIO DIGITAL

6

Darla Eduarda Ferreira Pinto

Júlia Macedo Campolina Diniz

Sumário: 1. Considerações iniciais; 2. A herança digital; 3. O direito brasileiro e a herança digital; 4. Das possíveis violação dos direitos da personalidade e sua responsabilização; 5. A analogia e a herança digital; 6. Considerações finais; Referências.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A crescente virtualização das relações sociais, sejam elas jurídicas ou não, gerou a necessidade de adaptação de diversas áreas do direito e, dentre elas destaca-se o direito sucessório, que precisou se atentar aos bens digitais deixados por um falecido, a denominada herança digital. Diante o exposto, a pesquisa busca analisar como o direito brasileiro aborda as tensões decorrentes do tema “herança digital”, e investigar se o ordenamento pátrio é suficiente para regular não somente o espólio real, mas também o conjunto de bens, direitos e obrigações digitais de um falecido. Com isso, o problema objeto do presente texto é identificar como, e se é regulamentada no Brasil a sucessão dos bens, direitos e obrigações digitais de uma pessoa após a sua morte, bem como os reflexos das possíveis violações dos direitos da personalidade do *de cujos*.

O objetivo geral do trabalho é analisar se as disposições atuais da legislação brasileira sobre sucessões e sobre direito e tecnologia são suficientemente específicas para regular os bens, direitos e eventuais obrigações digitais que uma pessoa possa ter no evento de sua morte.

A partir de estudos preliminares sobre o tema, conclui-se que apesar de o ordenamento jurídico brasileiro tratar sobre direito digital no Marco Civil da Internet e na LGPD, e dispor amplamente sobre o direito sucessório, sendo a herança inclusive trazida no inciso XXX do art. 5º da CR como um direito fundamental, o objeto dessa herança se modificou. Fato é que se até os anos 2000 os bens, direitos e obrigações de uma pessoa eram reais/materiais ou virtuais/imateriais, (um bem físico, como um imóvel, ou virtual, como um crédito a receber),

hoje eles são também digitais: existem somente em expressão digital, por vezes somente um determinado server/ software, mas que ainda assim possuem relevância jurídica, podendo possuir, inclusive, valor econômico. Com isso, denota-se que as disposições existentes ainda se mostram insuficientes para acompanhar os constantes avanços tecnológicos, devendo o sistema jurídico se atentar à proteção desses bens que passaram a integrar a sociedade com o advento da tecnologia.

A pesquisa que se propõe pertence à vertente metodológica jurídico-sociológica. No tocante ao tipo de investigação, foi escolhido, na classificação de Witker¹ e Gustin,² o tipo jurídico-projetivo. O raciocínio desenvolvido na pesquisa será predominantemente dialético. De acordo com a técnica de análise de conteúdo, afirma-se que trata-se de uma pesquisa teórica, o que será possível a partir da análise de conteúdo dos textos doutrinários, normas e demais dados colhidos na pesquisa.

2 A HERANÇA DIGITAL

O direito sucessório não é atual, sendo consagrado desde o Direito Romano. No Brasil, também não é recente a discussão sobre tal direito e, inclusive, a própria Constituição Federal de 1988 consagra expressamente pelo artigo 5º, inciso XXX, o direito de herança.

Entretanto, o que podemos destacar é que com o passar do tempo, o objeto que possa ser compreendido como herança vem sofrendo alterações. Isso se dá devido às características do mundo no qual vivemos hoje, um mundo em que cada vez mais as pessoas estão adquirindo bens e desenvolvendo relações, sejam elas jurídicas ou não, em um ambiente virtual.

Essa transferência de um mundo físico para um mundo virtual, resultou em um questionamento se o que está contido nesse ambiente online é passível ou não de ser herdado com base no conceito de direito sucessório, surgindo assim uma possibilidade de uma nova herança, uma herança digital advinda dos bens digitais.

Antes de adentrar a seara das discussões sucessórias, é necessária a conceituação sobre o que deve ser compreendido como bens digitais. Zampier (2021, 77) conceitua o bens digitais como “categoria de bens incorpóreos, os quais são progressivamente inseridos na Internet por um usuário, consistindo em informações de caráter pessoal que trazem alguma utilidade àquele, tenham ou não conteúdo econômico”.

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

Logo, partindo dessa conceituação, muitos são os bens digitais deixados por um de *cujos*. Contudo, questionável é se todo bem digital é passível de sucessão.

Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Faria, abordando sobre o direito de sucessões, dispõe: “Isso porque somente as relações jurídicas patrimoniais (de natureza econômica) admitem a substituição do sujeito da relação jurídica quando da morte do seu titular.”³

Não há que se duvidar que dentro do ambiente virtual existem tais relações de natureza econômica. Podemos citar, plataformas digitais de streaming de músicas, podcasts e vídeos que funcionam em versões denominadas premium, que nada mais é que versões pagas. Logo, devido a possibilidade de aferição econômica, com base nesse conceito, é possível afirmar que o ambiente virtual possui bens passíveis de serem objetos de herança.

Para reafirmar tal posicionamento, os mesmos autores, Nelson Rosenvald e Cristiano de Faria ainda sustentam que “Esse conjunto de relações jurídicas patrimoniais que eram titularizadas pelo falecido e que se transmite aos seus sucessores é o que se denomina herança - e que serve de objeto para o Direito das Sucessões”.⁴

Contudo, para além do patrimônio econômico aferível de imediato, a discussão ainda engloba a sucessão *post mortem* de dados existentes no espaço cibernético, que a um primeiro olhar não possuiriam qualquer valor econômico.

A discussão sobre tal assunto, apesar da atualidade do tema, não é recente. As demandas judiciais quanto ao direito do sucessor frente ao que se encontra em ambientes cibernéticos, está sendo debatida no judiciário desde os anos 2000, segundo Franco.⁵

Nota-se, porém, que o impasse persiste quanto a tais questões. Melhor vislumbre pode se dar quando analisamos, por exemplo, que as redes sociais de uma pessoa agora falecida, é passível de ser apropriada por seus herdeiros em determinadas situações, o que pode levar a uma violação de privacidade e intimidade, não apenas do *de cujos*, mas também de terceiros.

É sobre tal cenário, em consonância com a vontade do falecido, do direito dos herdeiros, do direito de proteção à privacidade de terceiros, da possibilidade de continuidade das relações jurídicas decorrentes do ambiente virtual e ainda da análise de que pode existir um

³ ROSENVALD, Nelson. FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil: Sucessões. 3 ed.** Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 33.

⁴ ROSENVALD, Nelson. FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil: Sucessões. 3 ed.** Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 34.

⁵ FRANCO, Eduardo Luiz, **Sucessão nas redes sociais: tutela jurisdicional dos dados on-line do de cujus.** 2015. Dissertação (Mestrado em Direito), p.51. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/158933/TCC_final.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 10 jul 2022.

patrimônio econômico de altíssimo valor no ambiente digital, é que deve se voltar a atenção para a forma como o direito brasileiro aborda a herança digital.

3 O DIREITO BRASILEIRO E A HERANÇA DIGITAL

A morte, apesar de ser uma certeza, ainda é tratada como um tabu pela sociedade. Não obstante, cabe ao direito regular as consequências legais advindas desse fato jurídico.

O Direito das Sucessões, além da previsão constitucional, é regulado pelo Código Civil. Contudo, nota-se que este nada dispõe especificamente sobre o direito aos bens digitais, principalmente quanto àqueles que não podem ser mensurados economicamente. Isso não impede, de fato, que sejam adotadas as disposições gerais sobre a herança convencional para balizar eventuais conflitos envolvendo bens digitais, mas certo é que devem ser analisadas especificidades intrínsecas à herança digital, como a ausência, por vezes, de valoração monetária.

Vale ressaltar que tramitou no congresso uma tentativa, pelo projeto de PL 8.562/17, de acrescentar ao Código Civil um capítulo sobre herança digital, de forma que os familiares tivessem a oportunidade de administrar *post mortem* os bens digitais deixados pelo *de cujos*. Tal projeto, no entanto, foi arquivado.

Partindo para a análise da legislação pátria que regula o direito na Internet, temos o denominado Marco Civil da Internet (lei nº 12.965/2014) que em sua redação também não abordou especificamente quanto a herança digital. Vale apontar que houve tentativa posterior pelo PL 7.742/17, de fazer constar no Marco Civil da Internet disposições sobre os bens digitais de uma pessoa após a sua morte: o acréscimo de um artigo na referida lei obrigaria os provedores a excluírem as contas em redes sociais de usuários brasileiros falecidos. Tal proposta também foi arquivada, e, alvo de críticas, principalmente quanto às contas que poderiam ser consideradas patrimônio do *de cujos*, ou seja, bens que expressam valor econômico, mas que ao invés de herdadas, seriam simplesmente excluídas.

Pode-se dizer também que a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD- Lei nº 13.709/2018) permaneceu omissa quanto ao tema, apesar de projetos de leis anteriores já se atentarem ao assunto.

Apesar do exposto, nota-se uma tentativa de regulamentação sobre os bens digitais deixados por pessoas falecidas pelo PL 1689/2021, que visa alterar o Código Civil a fim de dispor sobre perfis, páginas, contas, publicações e os dados pessoais de pessoa falecida, incluindo seu tratamento por testamentos e codicilos. Tal alteração pode ser um início de um

tratamento do ordenamento jurídico para tal questão, contudo, pode não se demonstrar suficiente. Além do mais, até então há um espaço vago no ordenamento, devendo ser preenchido.

4 DAS POSSÍVEIS VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E SUA RESPONSABILIZAÇÃO

Ao falarmos da regulamentação dos direitos sucessórios dos bens digitais, é necessário adotar a linha de pensamento já consagrada no direito sucessório brasileiro, de que deve prevalecer a vontade do *de cuius*, e ser considerada a preservação dos direitos de sua personalidade, que continuam produzindo reflexos *post mortem*.

Quaisquer interpretações ou novas disposições que possam violar o direito à honra, à privacidade e/ou à imagem do *de cuius* ou de terceiros que com ele interagem online, conforme dispõe o artigo 12 *caput* e parágrafo único do Código Civil, enseja responsabilização civil pelos danos sofridos. Serão legitimados a pleitear em defesa do indivíduo falecido seu cônjuge supérstite, parentes em linha reta ou colaterais até o quarto grau.

Há que se apontar, contudo, que além da existência do dano, são requisitos essenciais para a configuração da responsabilidade civil uma conduta, praticada por um agente, e um nexo causal entre essa e aquela.

Identificado o responsável pela violação, é necessário ainda verificar qual regime de responsabilidade deve ser aplicado, e como conter os danos causados, que por vezes podem se revelar irreversíveis.

A LGPD conceitua, em seu art. 5º, incisos VI e VII, respectivamente, o controlador e o operador de dados, sendo o controlador aquele a que competem as decisões referentes ao tratamento dos dados, e o operador aquele que, em nome do operador, de fato realiza o executa o tratamento estabelecido. A essa dupla de pessoas, que podem ser físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, é dado o nome de “agentes de tratamento”.

Ora, nas atuais conjunturas, são os agentes de tratamento que decidem o que acontece com o espólio digital de seus usuários no evento da morte de um deles. Em função disso, responderiam eles, enquanto causadores do dano, por eventual violação à privacidade de um terceiro, que teve o conteúdo de suas conversas particulares com o *de cuius* acessado pelos herdeiros chamados à sucessão.

Seriam os agentes de tratamento responsabilizados, também, pelos eventuais lucros cessantes dos herdeiros de uma pessoa que produzia conteúdo em uma conta, página ou canal

online, gerando renda por esse meio, mas cujo perfil foi automaticamente desativado ou excluído após a morte do titular.

Isso pode ser afirmado na medida em que a relação entre o titular dos dados digitais e os agentes que os tratam é de consumo, e, de acordo com o art. 45 da LGPD, vê-se regulada pela legislação consumerista. Por essa razão há que se falar na aplicação da teoria do Risco Proveito, consagrada no ordenamento pátrio no art. 14 do CDC, que reputa aos fornecedores responsabilização na modalidade objetiva pela má prestação de serviços, ou informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Vale ainda destacar que, mais uma vez visando a defesa do consumidor titular de dados, que o artigo 42, §1º, I da LGPD indica que, em caso de lesão a direitos e necessidade de responsabilização, respondem solidariamente os controladores e operadores, a fim de que aquele que sofreu lesão não fique sem a sua devida reparação.

Em razão da rápida expansão do universo digital num período curto, vê-se que a sucessão do espólio digital ainda é uma questão recente, e que, por isso, traz consigo diversos desafios. No entanto, este trabalho entende que é dever daquele que oferece o serviço de controlar e operar dados, que faz dessa sua atividade econômica, auferindo dela bônus, e que está em vantagem técnica em relação ao consumidor que contrata seu serviço, arque com o ônus de garantir que seus clientes tenham a capacidade de livre, informada e esclarecidamente consentirem ou não com o destino dos dados de que ele é titular.

A figura da responsabilidade civil faz-se especialmente importante num contexto de inovação e instabilidade, como se observa hoje com a sucessão dos bens digitais. Isso porque a responsabilidade civil tem, sim, uma função reparatória e indenizatória, mas também porque ela exerce uma função pedagógica, preventiva. Uma responsabilização busca, talvez em maior medida, ressarcir um indivíduo pelos danos contra ele perpetrados. Mas, em certa medida, visa também inibir a consumação de novas condutas lesivas, tanto pelo mesmo agente quanto por outros.

5 A ANALOGIA E A HERANÇA DIGITAL

Fato é que o ordenamento jurídico brasileiro, até o momento, nada dispõe de maneira específica sobre a sucessão de bens e dados digitais. Ante essa lacuna normativa e a necessidade de resposta do Direito a questões levantadas sobre o tema, faz-se necessário, conforme versa o art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB), que o juízo recorra à analogia- ou seja, aplique ao caso em voga a norma que se aplicaria a um caso semelhante.

O complicador na questão sucessória, no entanto, é que o próprio objeto da herança digital não é tão semelhante ao espólio tradicional. Muitas são as peculiaridades de um espólio digital. Por ser imaterial, existir somente em expressão digital, frequentemente só poder ser acessado em uma determinada plataforma, server ou software (e em razão de esse suporte digital ser, na maioria das vezes, propriedade particular de grandes empresas de tecnologia, que não necessariamente cedem o acesso ao conteúdo produzido pelo *de cuius*), a primeira dificuldade de uma sucessão que inclua o espólio digital seria determinar *o que* seria herdado.

Numa análise lógica, é possível falar que todos os dados produzidos na internet hoje são dotados de valor econômico. É possível que todos eles sejam herdados? Não há nenhuma indicação nesse sentido hoje no Brasil. Não há nenhuma indicação, também, quanto à forma de tratamento desses dados após a morte do titular. A LGPD e o Marco Civil da Internet, apesar de darem diretrizes para o tratamento de dados e estabelecerem princípios a serem seguidos, nada versam sobre uma possível sucessão da titularidade dos dados pelos herdeiros, ou de uma política de exclusão automática, por exemplo.

O que tem se observado na prática, hoje, é que, salvo nos casos excepcionais em que o titular expressa em vida o destino que quer que seja dado aos dados pessoais por ele disponibilizados nas redes, essa decisão tem sido tomada pelos próprios agentes de tratamento de dados. Cada um dos agentes (alguns deles com uma quantidade expressiva de dados sobre a pessoa) decide o que fazer com as informações por ela armazenadas- independentemente da vontade dos familiares supérstites.

É comum que se tenha hoje “perfis memoriais” na rede social *Facebook*, em que a página anteriormente administrada pelo falecido permanece eternizada na rede, dependendo da configuração de privacidade da conta, os contatos adicionados poderão compartilhar textos e imagens na Linha do Tempo do memorial, e a conta não poderá ser acessada por ninguém.

Além dessa transformação em “perfil memorial”, o *Facebook* criou também a figura do denominado “contato herdeiro” - um outro perfil do *Facebook*, apontado em vida pelo falecido, que poderá escrever uma publicação fixada no perfil, atualizar a foto do perfil e a da capa, e baixar uma cópia daquilo do conteúdo publicado no Facebook. O contato herdeiro não poderá entrar na conta, ler as mensagens particulares, remover amigos ou fazer novas solicitações de amizade.

Bom, vale apontar que essas determinações feitas pelo *Facebook* são consideradas pactuadas entre a empresa e o usuário, ainda que por meio de um contrato de adesão, mas é necessário apontar que elas não são suficientes, ou mesmo adequadas, para lidar com as atuais questões envolvendo herança digital.

A rede social, que disponibiliza a criação de perfis para jovens a partir de 13 anos, sequer poderia pactuar com o público incapaz, não leva em consideração a possibilidade de sucessão da titularidade dos dados, e, por ser um contrato de adesão, limita a manifestação de vontade do usuário à mera anuência- situação que beira a abusividade, uma vez que não é possível alterar o contrato, e o uso do serviço está condicionado ao aceite de todos os termos de uso.

Com isso, outro ponto a se destacar é como estão sendo interpretadas as disposições de última vontade do falecido quanto aos seus bens digitais, quando existentes.

Considerando que a forma legal e mais segura é por meio do testamento, quando se tem uma outra forma de expressão de vontade, cabe o questionamento: até que ponto a vontade do *de cujos* é real e não contaminada por vícios? Difícil é a identificação.

Logo, certo é que a regulação particular da herança digital que já tem sido feita pelos agentes de tratamento de dados não deveria ocorrer, mas se faz necessária ante a grave omissão legislativa que ocorre hoje. Outrossim, as disposições particulares, quando feitas por instrumentos não previstos em lei, também se demonstram problemáticas. Portanto, é necessário que o ordenamento seja atualizado, e que sejam editadas leis específicas que regulem o espólio digital, não sendo a analogia suficiente para disciplinar o tema.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil a sucessão de bens é regulada pelo Direito Civil. Contudo, nada é disposto expressamente sobre a sucessão de bens, direitos e obrigações digitais, principalmente quanto aquelas que não são aferíveis economicamente, uma vez que o direito brasileiro se posiciona no sentido de que a herança são apenas os bens patrimoniais que possuem valor econômico.

Ante o exposto e apesar das tentativas de alguns Projetos de Leis em regular o tema, nota-se ainda uma insuficiência legislativa no sentido de efetivamente proteger os direitos dos herdeiros e a vontade do falecido, bem como em se preocupar com a esfera de terceiros atingidos em sua privacidade.

Entende-se também que o tratamento dispensado aos dados e bens digitais de uma pessoa que falece pode implicar em desdobramentos lesivos aos direitos de herdeiros, de terceiros, ou mesmo em danos *post mortem*. Em decorrência dessa lesão há que se falar na possibilidade de responsabilização dos controladores e operadores de dados, a fim de mitigar ou compensar os danos sofridos. Muitas são as possibilidades de tratamento desses dados e bens

digitais cujos titulares faleceram, uma vez que não há lei específica que vincule ou oriente os controladores de dados.

Logo, até que sejam realizadas intervenções legislativas no sentido de efetivamente proteger a todos os envolvidos em sucessão de herança digital, o refúgio é a utilização da regulação particular de tais bens. Essa regulação, porém, não deve ser feita unilateralmente pelos agentes de tratamento de dados. Pelo contrário, é uma escolha a ser feita pelo próprio proprietário, devendo ser facultado a cada indivíduo dispor de maneira livre e esclarecida sobre o destino de seu futuro espólio digital.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Juliana Evangelista de. **A tutela jurídica dos bens digitais após a morte: Análise da possibilidade de reconhecimento da herança digital.** 2017. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito - Pontifícia Universidade Católica.

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

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657 de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 10 jul 2022.

BRASIL. **Lei n. 8078 de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e de outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 10 jul 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 10 jul 2022.

BRASIL. **Lei nº 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: 10 jul 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 10 jul 2022.

DIONIZIO, Elizeu. **Projeto de Lei n. 8562/2017.** Acrescenta o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília: Câmara dos Deputados, 12 set. 2017. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=BBCEEE2DF53A3304C365E9B2ECBB49CA.proposicoesWebExterno1?codteor=1604326&filename=Avulso+-PL+8562/2017. Acesso em: 10 jul 2022.

FRANCO, Eduardo Luiz, **Sucessão nas redes sociais: tutela jurisdicional dos dados on-line do de cujus**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito). Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/158933/TCC_final.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 10 jul 2022.

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

NASCIMENTO, Alfredo. **Projeto de Lei nº 7.742/2017**. Acrescenta o art. 10-A à Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet), a fim de dispor sobre a destinação das contas de aplicações de internet após a morte de seu titular. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1564285&filename=PL+7742/2017. Acesso em: 10 jul 2022.

ROSENVALD, Nelson. FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil: Obrigações**. 11-ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

ROSENVALD, Nelson. FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil: Sucessões**. 3 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

SILVEIRA, Sabrina Bicalho. VIEGAR, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **A Herança Digital: Considerações sobre a possibilidade de extensão da Personalidade Civil Post Mortem**. Vol. 986. Pág. 277 - 306. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017

TERRA, Aline de Miranda Valverde, *et al.* **Herança Digital: Controvérsias e Alternativas (Portuguese Edition)**. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

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

DANOS À CONSTRUÇÃO IDENTITÁRIA: A RESPONSABILIDADE CIVIL APLICADA À ESCASSEZ INFORMACIONAL DE PRODUTOS PARA CONSUMAÇÃO ALIMENTÍCIA

7

Camilla Rafael Fernandes
Victor Santiago Drumond Silva

Sumário: 1. Considerações iniciais; 2. Construção sócio identitária da alimentação em embate à primazia do lucro; 3. O ato de informar; 4. Panorama a respeito do posicionamento do direito em relação à temática; 5. Considerações finais; Referências.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As interações humanas se pautam na comunicação e com as revoluções midiáticas houve um impacto tanto positivo como negativo nas conexões humanas de forma intensa, seja para auxiliar em afazeres diários ou otimizar as relações de trabalho. Apesar disso, as informações fornecidas nem sempre eram suficientes para a criação de uma base forte suficiente no intuito de dar espaço de conscientização do comprador antes de realizar a aquisição do produto. Dentro dessa contextualização, será abordado como essa omissão constante nas relações contratuais afetam os indivíduos e bem como isso será tratado no campo da responsabilidade civil.

A presente pesquisa apresenta seu início abordando a problemática do não fornecimento ou omissão de informações imprescindíveis para descrição do produto alimentício, de forma que afete a consciência subjetiva do ser humano, expressada pela cultura. Para o início da discussão, é notória a existência da tutela tanto do patrimônio intelectual produzido pela pessoa humana quanto a tutela de seu subjetivo, priorizando as mínimas condições de existência para o exercício cultural pleno, tendo marcas na Constituição Federal

ao dissertar sobre a ação popular expressada no inciso LXXIII¹ e ao tratar sobre ato ilícito no código civil, em seu art. 186².

Em primeiro viés, nota-se a proteção à liberdade de consumo e consciência, além do entendimento destas, de forma a compreender de que forma a responsabilidade civil estará aplicada em tal cenário. A objetivação massificada do lucro, acompanhada da primazia do mercado em detrimento da qualidade revela um cenário importante para intervenção da responsabilidade civil, abrangendo ações e omissões de caráter danoso.

Posteriormente será colocado em pauta também como a evolução da cultura impactou de forma intensa e direta na formas de comunicação e, conseqüentemente, influenciou a maneira como as informações são passadas nos dias de hoje e suas respectivas conseqüências. Ademais, será tratado como essas informações são utilizadas no intuito de ocasionar a construção de uma mentalidade a qual é voltada para a venda impulsionada de produtos baseado na compulsão aquisitiva.

A pesquisa que se propõe pertence à classificação de Gustin, Dias e Nicácio³, a vertente metodológica jurídico-social. No que se refere ao tipo genérico de pesquisa, foi escolhido o tipo jurídico-projetivo. O raciocínio desenvolvido na pesquisa, por sua vez, foi predominantemente dialético e quanto ao gênero de pesquisa, foi adotado a pesquisa teórica. Dessa maneira, a pesquisa se propõe a averiguar de que forma a omissão de informações, a não integridade destas ou a difícil interpretação pode ser danosa ao povo, e de que forma a responsabilidade civil estaria investida em tal situação.

2 CONSTRUÇÃO SÓCIO IDENTITÁRIA DA ALIMENTAÇÃO EM EMBATE À PRIMAZIA DO LUCRO

Cultura possui seu alicerce baseado nos conceitos de costume e tradições, sendo um comportamento específico e repetido, demarcando identidade, além da crença, revelando aspectos religiosos, metafísicos e sendo um precursor da validação do método, do comportamento que é utilizado para uma determinada ação, e para se entender o conceito de cultura, é indispensável saber que ela está diretamente atrelada à sua forma de sobrevivência, ou

¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

² BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF, 2002.

³ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 5. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

seja, a transmissão geracional. Tal situação é vista quando a professora Raquel Couto⁴ especifica que a ação de se alimentar constitui as relações sociais e os hábitos sociais.

O ato de alimentar, desde sua produção ao seu consumo, é um traço da expressão cultural, corroborado pelas palavras da professora Maria Eunice Maciel⁵, em sua entrevista para o documentário da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, que amplia tal traço para um campo do próprio exercício de se viver, portanto, é possível abstrair que tal hábito participa da rotina e formação da primeira socialização dos indivíduos, abrindo a oportunidade para a variedade de respostas para as perguntas “o que se come?”, “quem come?”, “como se come?” e “quando se come?”. Em primeira análise, essas respostas podem constituir um cunho estabelecido em meio a renda, sem empobrecimento semântico ou prático, porém, tais respostas também trazem a identidade de um povo, além de trazer reafirmação política.

Porém, em vista do desgaste moderno em virtude do escasso tempo e do estilo de vida atual, o processo afetivo/cultural tem sido cada vez menos presente em sua forma íntegra na rotina das pessoas. O exercício de mantimento de memória se tornou um detalhe, assim, prejudicando tanto o âmbito que diz respeito tanto ao psíquico coletivo e individual do ser humano, quanto à sua saúde. Notório, portanto, que a indústria foi um potencializador para essa situação. Para este tópico, não se torna exaustivo ainda trazer que, de acordo com o artigo 2º do código de defesa consumidor, lê-se: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”⁶, e seu artigo 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.”⁷

Ao se ter contato com os conceitos enunciados pelo código e a matéria trabalhada, observa-se que a pessoa atingida pela desinformação figura-se como consumidor, uma vez que esta última é o destinatário final, enquanto seu fornecedor, submetendo à análise do caso concreto, precisa ser responsabilizado em vista da vulnerabilidade atestada.

Júpiter Palagi⁸, professor do instituto de ciência e tecnologia de alimentos da UFRGS também afirma que há um movimento massivo de desvalorização nutricional (empobrecimento da qualidade do alimento) em detrimento de uma produção consumista, objetivando apenas o lucro, e não se preocupando fundamentalmente com os riscos e consequências e, além de não

⁴ UFRGS. **Alimentação, cultura e identidade**: multiponto. 29 min. YouTube. 2019.

⁵ UFRGS. **Alimentação, cultura e identidade**: multiponto. 29 min. YouTube. 2019..

⁶ BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Brasília, DF, 1990.

⁷ BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Brasília, DF, 1990.

⁸ UFRGS. **Alimentação, cultura e identidade**: multiponto. 29 min. YouTube. 2019.

haver uma maior preocupação com os ingredientes danosos, há também da dificuldade de interpretação ao identificá-los nos rótulos, demonstrando um não alcance à integridade da interpretação do que está sendo consumido. O repertório cultural brasileiro se conserva, dentre sua diversidade, em produtos que denotam a característica cultural de cada indivíduo que acessou/acessa o território nacional, como por exemplo a utilização alimentos menos processados e alguns cereais básicos extraídos do plantio de subsistência. Ao notar que, devido à demanda de produção registrada acima, vários povos são desnaturalizados de sua matriz cultural e alimentícia em detrimento da sobrevivência e, ao ver a primazia do lucro se destacando em detrimento do respeito identitário, torna esse processo de sobrevida ainda mais moroso, radical e com consequências mais severas.

Ao se pensar na dinâmica construída para não só o incentivo à consumação, quanto também para a construção de um modelo estético inalcançável, a crítica atinge áreas que não dizem respeito apenas - sem perder a valoração - em uma questão de agressão cultural, mas diz respeito a uma questão que disserta em relação à construção do “modelo de consumação ideal”. Nota-se que, como base o podcast oferecido pela “*Food Heaven Podcast*” em entrevista à escritora Sabrina Hooks⁹, autora do livro “*Fearing the Black Body*” que, mediante a criação (por um determinado número de pessoas) de um padrão, em detrimento, há a estereotipação, exclusão e desvalorização tanto do corpo quanto da alimentação proporcionada pelos diversos grupos sociais, precarizando o que se tem como patrimônio cultural, portanto, gerando dano imaterial.

3 O ATO DE INFORMAR

A filosofia ao longo do tempo proporcionou diversos conceitos e ideias no intuito de responder inúmeras perguntas que respaldam sobre a vida e a convivência humana, construindo, assim, um pilar para diversas áreas do conhecimento. Com essa justificativa, essa realizou uma distinção entre dois mundos os quais estariam presentes diariamente: o mundo natural e o mundo cultural. O primeiro seria um mundo pautado por pertencer de forma exclusiva à natureza, sendo os seus frutos formados sem qualquer intervenção humana. Já o segundo constatou conseqüentemente o oposto, ou seja, seus meios são produtos das ações humanas.

Nesse contexto, o mundo cultural seria aquele construído por produções humanas as quais variaram e se transformaram no decorrer dos anos, impactando de forma direta na

⁹ FOOD HEAVEN PODCAST. *Fearing the Black Body w/ Sabrina Strings*. Entrevistada: Sabrina Strings. Entrevistadores: Wendy Lopez e Jessica Jones. 11 dec. 2019.

formação pessoal, intelectual e social dos indivíduos de determinado setor social. Miguel Reale, corroborando com essa perspectiva, afirma que “cultura é o conjunto de tudo aquilo que, nos planos material e espiritual, o homem constrói sobre a base da natureza, quer para modificá-la, quer para modificar-se a si mesmo”.¹⁰

A cultura, dessa forma, está conectada com a formação de conhecimento bem como a atividade racionalizadora do pensamento, aspectos fundamentadores das relações interpessoais. Em vista disso, analisando historicamente as culturas formadas por povos diferentes é possível afirmar que em todas as sociedades foi possível perceber um ponto geral em comum, independente de quão divergentes uma civilização fosse da outra: a comunicação. Logo, esta é constatada como uma das mais relevantes formas de expressão cultural humana a existir.

A palavra que possui sua origem do latim, *comunicatio*, implica interação, troca de mensagens, informações¹¹. Portanto, a ação de comunicação possui múltiplos sentidos, e assim, diversos autores possuem percepções distintas sobre. Para José Afonso da Silva nota-se a concepção de transmitir informações ou símbolos, ocorrendo dentro de uma perspectiva existencial, considerando toda e qualquer exteriorização como uma comunicação¹².

Já o autor Niklas Luhmann assegura que o ato de comunicação transcende o simples ato de comunicar, transformando-se em um processo complexo ao acumular informações¹³. Este conceito apresentado compreende como um processo de multiplicação do conteúdo em que cada vez mais o centro deixa de ser apenas as informações em si, mas todas as suas implicações implícitas também.

Alicerçados nos vieses supracitados, é notório o quão imprescindível a comunicação em conjunto com a informação é no Séc. XXI. Tal conjectura é intensificada ainda mais diante da fusão das relações sociais mediante os recursos midiáticos e tecnológicos, em que cada vez mais tem se percebido uma confiança cega nos conhecimentos que essa transmite a todos. Assim, ao aliar uma sociedade pautada nas informações, uma vez que o fluxo presente dessa atualmente ocorre de forma intensa, ao um comportamento consumista instigado massivamente há a presença de um caos incontrolável.

Assim, Flora Margarida Clock Schier afirma:

Considerando a rapidez com que a tecnologia sofre mudanças e avanços, torna-se impossível acompanhá-la. Tudo o que é oferecido no mercado, por consequência, sofre influência também dessa rapidez, colocando, muitas vezes, todos os seres em

¹⁰ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 24.

¹¹ LONGHI, João Victor Rozatti. **A Revolução das Comunicações, o fenômeno da internet e as redes sociais. Responsabilidade civil e redes sociais**. São Paulo: Foco, 2020.

¹² SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 6. ed. São Paulo: Malheiros: 2009.

¹³ LUHMANN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação**. São Paulo: Paulus, 2005.

perigo. E, em face desse perigo potencial para a sobrevivência da própria humanidade é que se requer um equilíbrio nas relações de consumo. Além de informação quantitativa, requer-se informação qualitativa, em outras palavras, busca-se “segurança” nas relações negociais para que a informação passe a ser não só um poder, mas também, um dever.¹⁴

Por conseguinte, pontua-se que o dever de informar não se configura apenas em um panorama superficial de que há a necessidade de respeitar e seguir as informações disponíveis nos ordenamentos jurídicos de forma positivada, mas se deve sim, ir além desse horizonte. Tais informações aliadas aquelas sobre as composições básicas dos produtos são essenciais, contudo é indispensável que se dê igual considerações para as informações sobre a própria prestação da venda bem como o produto em si como produção a ser consumida¹⁵. Outrossim, de uma maneira ou de outra ainda se trata de uma relação contratual havendo a devida indenização caso imperioso.

Dessa maneira, a boa-fé é uma das principais fontes do dever de informar proporcionando ao consumidor “a verdade sobre todo o produto durante a relação negocial que inicialmente é determinada de seu consentimento e contribui para que este consentimento seja mais reflexivo, consciente, protegido e livre”¹⁶. Entretanto, no que se trata da venda emocional e da aquisição compulsiva tal princípio transfere para um plano secundário.

Transparência e acessibilidade informacional são dois enfoques que inseridos dentro dessa cena se fazem ausentes, mesmo que sejam essenciais. Isso porque esse tipo de venda retira toda e qualquer possibilidade do consumidor ter a sua capacidade plena de decisão por não ter todas as informações do negócio, tornando aquele produto impreciso sobre as disposições acerca de sua conveniência, necessidade e ocasião¹⁷. Há a perda parcial e total do espaço de manifestação livre por parte do consumidor.

Além do mais, essas vendas encenam todo um cenário ambientado na felicidade e conquista da compra do produto, deixando explicitamente o comprador em uma posição vulnerável frente ao espetáculo montado apenas para ele¹⁸. Dentro dessa narrativa, Claudia Lima Marques assevera que “a atividade negocial de ofertas de produtos e serviços e de

¹⁴ SCHIER, Flora Margarida Clock. **A boa-fé como pressuposto fundamental do dever de informar**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 64.

¹⁵ SCHIER, Flora Margarida Clock. **A boa-fé como pressuposto fundamental do dever de informar**. Curitiba: Juruá, 2011.

¹⁶ SCHIER, Flora Margarida Clock. **A boa-fé como pressuposto fundamental do dever de informar**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 121.

¹⁷ SCHIER, Flora Margarida Clock. **A boa-fé como pressuposto fundamental do dever de informar**. Curitiba: Juruá, 2011.

¹⁸ SCHIER, Flora Margarida Clock. **A boa-fé como pressuposto fundamental do dever de informar**. Curitiba: Juruá, 2011.

contratação a distância é hoje “exponencial”, globalizada, tecnológica e virtual, fenômeno cuja importância não pode passar despercebida”¹⁹.

Não obstante, a problemática gira em torno de que a legislação visa expressamente responsabilidade para atos culposos, sem possibilidade para qualquer outro tipo de situação. Somente com atualizações recentes de doutrinas e jurisprudenciais é que se passou a ser aceito, lentamente, a possibilidade de responsabilizar, indenizar por omissão na forma de informações falsas sobre o produto.

4 PANORAMA A RESPEITO DO POSICIONAMENTO DO DIREITO EM RELAÇÃO À TEMÁTICA

Importante enunciar a defesa primária em relação à dignidade da pessoa humana, com seu conceito embasado nas palavras dos autores Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto:

A dignidade é um valor ético, parte da própria essência do ser humano. Por isso, ela antecede e fundamenta a ordem política, inserindo a pessoa como protagonista do sistema jurídico em duas dimensões: uma negativa, no sentido de evitar qualquer atentado à necessária estima e respeito à inerente dignidade de cada ser humano; uma positiva, determinando que o ordenamento propicie um ambiente de liberdades com a concessão de um mínimo invulnerável para que todos possam desenvolver as suas aptidões e exercitar os seus fins de acordo com condições verdadeiramente humanas. A expressão "dignidade da pessoa humana" não é supérflua, tampouco redundante. Demonstra que a dignidade não pode ser aferida por padrões individuais, pois não basta que o indivíduo seja livre, mas que pertence, por essência, à humanidade. Uma humanidade na qual os indivíduos jamais deixam de ser um fim, sob pena de conversão em meios para os fins alheios. Essa visão auxilia o intérprete em uma percepção menos abstrata e mais efetiva do princípio, uma vez que, enquanto o valor liberdade se conecta imediatamente com as nossas expectativas individuais, a dignidade nos remete a tudo aquilo que concerne ao gênero humano. "Por isso, a dignidade é mais do que uma expressão vazia, porém um valor re-fundante" de toda a disciplina privada, significando que a personalidade humana não é redutível apenas à sua esfera patrimonial, possuindo dimensão existencial valorada juridicamente à medida que a pessoa considerada em si e por sua humanidade, constitui o valor fonte que justifica a existência de um ordenamento jurídico. Abre-se, assim, vasto campo de reconstrução de institutos e conceitos no direito privado, entre os quais o de responsabilidade civil.²⁰

Para construção da proteção da dignidade da pessoa humana, é convidativo trazer as palavras de Flora Margarida. Em seu texto, disserta que a investidura da responsabilidade civil em meio prático muito se apresenta pela boa-fé, demonstrando as informações corretas em

¹⁹ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

²⁰ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 4. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 298-299.

relação ao produto. A autora, por sua vez, ainda destaca que fora uma realização recente, por meio da doutrina, a aquisição de uma construção temática à respeito das informações defasadas de um produto:

Embora houvesse previsão expressa nas legislações sobre a responsabilidade decorrente de atos culposos, somente recentemente é que se desenvolveu na doutrina a responsabilidade de indenizar, fundamentada na omissão, na forma inconsistente e na informação inverídica sobre o produto.²¹

Portanto, a criação do texto normativo e a preocupação/extração semântica com o panorama retratado se deram em tempos diferentes, tanto por uma maior disseminação informacional, no sentido de se evidenciar casos ao público externo quanto da necessidade do direito vir a melhor tutelar tais casos que sofrem com abusos por parte de fornecedores. Por conseguinte, têm-se reflexos dessa tutela no Código de Defesa do Consumidor exigindo a transparência informacional. Alguns exemplos são seu artigo 33: “Em caso de oferta ou venda por telefone ou reembolso postal, deve constar o nome do fabricante e endereço na embalagem, publicidade e em todos os impressos utilizados na transação comercial.”²², e seu artigo 18:

Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.²³

Em pauta, o destaque direcionado à aquisição de informação também se dá tanto pelos meios interpretativos quanto por meios da necessidade de se constar no rótulo da embalagem, portanto, não se exclui de tal responsabilidade aquele fornecedor que dificulta o acesso à informacional não exclusivamente por não constar na embalagem, abarca também aquele que, por meio da construção semântica, de difícil compreensão, não deixa a parte vulnerável ter um acesso pleno interpretativo ao que se está consumindo. Se exclui, claramente, a culpa do ato volitivo do consumidor que, ao ter acesso amplo das informações, adquire o produto ciente das consequências, logo sendo fato exclusivo da vítima.

Vários são os fatores que influenciam na informação, tornando-se necessário reconhecer que o consumidor tem direito a uma informação exata e completa sobre os produtos que deseja adquirir, e o fornecedor, por sua vez, tem a obrigação de bem informar. Deve, por isso também, o comerciante solicitar ao produtor toda a informação necessária para que possa cumprir amplamente com seu dever de informar

²¹ SCHIER, Flora Margarida Clock. **A boa-fé como pressuposto fundamental do dever de informar**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 117.

²² BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Brasília, DF, 1990.

²³ BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Brasília, DF, 1990.

o consumidor. Mas, alerte-se, não bastam apenas informações sobre o produto em si. O consumidor há de ter oportunidade de manifestação, deve ter também oportunidade de sanar suas dúvidas sobre o produto, o que fará quando solicitar explicações a mais sobre ele, que, em princípio, também deverá ser considerado como um dever de quem produz para com quem consome. Deverá haver momento em que o fornecedor proporcionará ao consumidor oportunidade de inquirir sobre o produto de maneira mais efetiva de acordo com as necessidades individuais. Há, portanto, também obrigação de o produtor, o fabricante ou o fornecedor, solicitar a manifestação do consumidor sobre o produto inserido no mercado. Talvez se possa dizer que, nesses termos, a informação se estende para além do querer simplesmente contratar. A informação ultrapassa o objetivo de contratar, configurando-se como alicerce do mercado. Vale dizer: a informação não deve ser vista apenas como meio apto a ilidir a responsabilidade que, por ventura, se possa apurar do produtor ou do fornecedor pelo bem objeto da relação negocial, mas, sim, que a informação deve ser vista como meio apto para a captação da fidelidade e da confiança dos que contratam.²⁴

Para consolidar a informação, a tutela tem se demonstrado favorável ao consumidor, e, portanto, o propósito básico da norma se voltou para atender às seguintes demandas:

A Política Nacional das Relações de Consumo visa ao atendimento das necessidades básicas dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como exige transparência e harmonia nas relações de consumo.²⁵

Não apenas a política nacional se voltou para a proteção de pessoas leigas, pois a informação precisa estar clara, mas a pressão social também consolida o direito, uma vez que, em vista do bombardeio informacional o consumidor passa a necessitar de forma mais clara informações que lhe possam dar a certeza do consumo, portanto, demonstrando que a negligência ou a escassez do conhecimento do produto de uma empresa, por exemplo, pode gerar tanto o desconforto de seu público alvo quanto buscar a informação mais refinada e acessível ao seu entendimento.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foi demonstrada a importância de se evidenciar que a base fornecida pela cultura da alimentação está diretamente atrelada à noção de consciência humana, o que revela uma grande preocupação nos alimentos que são fornecidos pelo mercado. Principalmente para época de insegurança alimentar vivenciada no Brasil, é inadmissível que o povo consuma algo que não reverbere sua identidade e seja obrigado a se contentar com produtos nutricionalmente escassos e potencialmente lesivos.

²⁴ SCHIER, Flora Margarida Clock. **A boa-fé como pressuposto fundamental do dever de informar**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 71-72.

²⁵ SCHIER, Flora Margarida Clock. **A boa-fé como pressuposto fundamental do dever de informar**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 62.

Em vista disso, as relações interpessoais ganham papel de destaque dentro da máquina cultural e midiática uma vez que essa influência de forma incisiva a mentalidade padrão do corpo social. Assim, acarreta uma onda de aceitação e conformação em possuir um acesso raso a informações substanciais e nada profundas sobre o consumo e venda de determinado produto alimentício. Ao final há a presença de um número gigantesco de indivíduos os quais sofrem intensamente com as consequências de tal dinamismo sem ao menos terem consciência que estão passando por essa situação.

Além do mais, vem se verificado cada vez a presença de dispositivos legais, sejam leis, doutrinas e jurisprudências, acerca do tema abordado que se pautam predominantemente na presunção da boa-fé objetiva. Contudo, por ser uma aquisição prática recente e com uma divulgação escassa tal instrumento ainda não alcançou todo o seu potencial e, de forma consequente, não alcança todos aqueles necessitados desse amparo e preceitos informacionais.

Em vista de tal situação, nota-se a inadmissibilidade de omissões por parte dos fornecedores, e também a necessidade de uma maior tutela e consolidação do direito tendo em vista tal pauta. Nesse âmbito, o momento de agência da Responsabilidade Civil precisa estar atrelado à produtos e produtores que não demonstram de forma íntegra ao que o consumidor está adquirindo, colocando em destaque a presença do dano imaterial e danos às condições de existência mínimas de dignidade e de saúde que consubstanciam a formação humana.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Brasília, DF, 1990.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF, 2002.

FOOD HEAVEN PODCAST. *Fearing the Black Body w/ Sabrina Strings*. Entrevistada: Sabrina Strings. Entrevistadores: Wendy Lopez e Jessica Jones. 11 dec. 2019. Podcast. Disponível em: <https://podcasts.apple.com/us/podcast/fearing-the-black-body-w-sabrina-strings/id1041814489?i=1000459281405>. Acesso em: 8 ago. 2022.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 5. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

LONGHI, João Victor Rozatti. *A Revolução das Comunicações, o fenômeno da internet e as redes sociais*. **Responsabilidade Civil e redes sociais**. São Paulo: Foco, 2020.

LUHMANN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação**. São Paulo: Paulus, 2005.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

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

SCHIER, Flora Margarida Clock. **A boa-fé como pressuposto fundamental do dever de informar**. Curitiba: Juruá, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 6. ed. São Paulo: Malheiros: 2009.

UFRGS. **Alimentação, cultura e identidade**: multiponto. 29 min. YouTube. 2019. Disponível em: <https://youtu.be/6pVgTNcQ9G8>. Acesso em: 2 ago. 2022.

RESPONSABILIDADE CIVIL ESTATAL E A RESPONSABILIZAÇÃO PESSOAL DO JUIZ DIANTE DA LACUNA AXIOLÓGICA

8

Annie Dante de Mesquita

Rafael Miranda Amazonas

Sumário: 1. Considerações iniciais; 2. Panorama histórico da responsabilidade civil; 2.1. Responsabilidade civil do estado e a teoria do risco administrativo; 3. A responsabilidade civil e pessoal do juiz; 3.1. Responsabilidade civil do magistrado quando este se vê diante de uma lacuna axiológica; 4. Considerações finais; Referências.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A responsabilidade civil evolui com o direito romano, via decisões dos juízes, dos pretores e das Constituições imperiais etc. Assim, tal instituto, utilizado para reparar as vítimas dos danos causados pelo ofensor, foi seccionado da responsabilidade penal pelo ilustre Teixeira de Freitas e, atualmente, o Código Civil brasileiro dispõe, principalmente em seus artigos 186 e 927, sobre duas espécies de responsabilidade: objetiva e subjetiva.

O presente artigo busca tratar sobre a responsabilidade do Estado, bem como da responsabilização pessoal do juiz, sobretudo quando este deixa de aplicar uma norma por achá-la injusta para o caso concreto. A respeito da primeira temática, respectivamente, é importante entender que a administração pública pode gerar danos aos administrados; logo, o Estado pode ser, eventualmente, responsabilizado, caso seja possível observar a existência do nexos causal. Para isso, surge o instituto da responsabilidade civil do Estado, atualmente em sua 4ª fase e consagrada no art. 37, § 6º da CR/88. O artigo prevê a responsabilidade objetiva do Estado, ou seja, não é necessária a análise do elemento culpa na conduta.

A responsabilidade civil e pessoal do juiz está disciplinada no art. 143 do Código de Processo Civil¹ e no art. 49 da Lei Complementar nº 35/1979, os quais preveem um rol taxativo das hipóteses de sua responsabilização. Esse rol gera segurança ao magistrado de que não será

¹ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.

responsabilizado por simples erros, pois, caso assim fosse, suas decisões estariam sempre sujeitas a influências externas. Nesse plano, é de se apontar que o legitimado passivo que responde pelos danos causados pelo juiz é o Estado, que possui direito de regresso, conforme entendimento doutrinário devidamente tratado nesse texto.

Por fim, trataremos a respeito da responsabilidade do juiz quando este se considera diante de uma lacuna axiológica (situação em que existe uma norma para o caso concreto, mas o julgador a vê como injusta). A princípio, parece sedutor o argumento de não aplicar uma norma por achá-la injusta. Contudo, será evidenciado nesse artigo algumas críticas com relação a essa decisão do magistrado. Sobre a responsabilidade do magistrado, surge, então, o questionamento que impulsiona a presente pesquisa: Seria o juiz responsabilizado por deixar de aplicar uma norma por considerá-la injusta?

O trabalho que se propõe pertence à vertente metodológica jurídico-sociológica, com base em pesquisas teóricas e qualitativas. No que tange ao tipo de investigação, foi escolhido, na classificação de Witker e Gustin, o tipo jurídico-interpretativo. O raciocínio desenvolvido será predominantemente dialético.

2 PANORAMA HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil, como bem leciona Caio Mário da Silva Pereira², embora não tenha sido construída pelo direito romano, teve inegável evolução neste, uma vez que teve seu início nas decisões dos juízes e dos pretores, nas respostas dos jurisconsultos, e nas Constituições imperiais que os romanistas estudaram, sistematizaram e extraíram os conceitos adequados. O estudo da responsabilidade civil, nessa época, priorizou a noção básica de delito, de forma que estes constituiriam sua gênese. Assim, não é possível falar de responsabilidade civil sem fazer referência ao direito romano.

Ademais, naquele período, a ideia predominante era a de vingança privada, punida sob a máxima da Lei de Talião: “olho por olho, dente por dente”³. Dessa maneira, percebe-se que o objetivo era o de punir o mal causado pelo *delicto* com o próprio mal. Contudo, existindo a possibilidade de um acordo, não haveria a necessidade de se causar o mesmo dano sofrido pelo

² PEREIRA, Caio Mário da Silva; TEPEDINO, Gustavo. **Responsabilidade civil**. 11. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 3-6.

³ TARTUCE, Flávio. **Direito das obrigações e responsabilidade civil**. 17. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 2.

particular ao ofensor. A este seria atribuído uma *poena* em dinheiro ou bens que seriam revertidos à vítima a título não de punição, mas sim de reparação.⁴

Em termos de evolução de responsabilidade civil, a *Lex Aquila* foi o divisor de águas ao diferenciar a responsabilidade civil extracontratual da contratual, atribuindo o elemento culpa como fundamental da reparação do dano. Além disso, revolucionou a ideia de atribuir multas previamente fixadas em lei pela ideia da compensação proporcional ao dano causado⁵.

Analisando o direito interno nacional, é possível identificar 3 fases distintas da responsabilidade civil extracontratual, segundo Caio Mário da Silva Pereira: Ordenações do Reino, Código criminal de 1830 e a terceira fase com Teixeira de Freitas que se posiciona a favor da separação da responsabilidade civil da responsabilidade criminal.

O conceito de responsabilidade civil é amplamente discutido por diversos doutrinadores. Alguns apontam que seria o conjunto de regras que obrigam o autor de um dano causado a outrem a reparar este dano, oferecendo à vítima uma compensação⁶. Entretanto, procede à crítica de Caio Mário que conceitos sucintos de responsabilidade civil não abarcam por completo o assunto, geralmente se inclinam ora a responsabilidade civil objetiva, ora a responsabilidade civil subjetiva. Nesse sentido, levando em consideração os diversos conceitos de responsabilidade civil, na presente pesquisa, será adotada a ideia da responsabilidade civil dos professores Cristiano Chaves, Felipe Peixoto e Nelson Rosendal, que parece ser o mais adequado.

Em seu raciocínio, os professores, recorrendo ao filósofo Ricoer, lecionam que “imputar uma ação a alguém seria como atribuí-la a esse alguém como sendo seu verdadeiro autor, lançá-la por assim se dizer à sua conta e torná-lo responsável por ela”. Essa imputação seria como um juízo de atribuição de uma ação censurável a alguém, como sendo seu verdadeiro autor⁷.

Nesse sentido, é possível perceber a atribuição de uma ação a um agente e a qualificação moral geralmente negativa desta ação. Contudo, atribuir exclusivamente a possibilidade de imputação de responsabilidade à ideia de culpa, acaba por afastar a responsabilização pelos possíveis atos de cautela que o agente deveria tomar.

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva; TEPEDINO, Gustavo. **Responsabilidade civil**. 11.ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 4.

⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva; TEPEDINO, Gustavo. **Responsabilidade civil**. 11.ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 6.

⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva; TEPEDINO, Gustavo. **Responsabilidade civil**. 11.ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 10.

⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 4. ed. rev. e atual.- Salvador: JusPodivm, 2017, p. 34.

Assim, a responsabilidade civil é de imputar aos autores suas ações, ainda acrescida da orientação prospectiva, imputando a escolha moral pela virtude, sob pena de se responsabilizar para o futuro, ou seja, ressaltando a necessidade de prudência e cautela com o outrem⁸.

No ordenamento jurídico brasileiro, a responsabilidade civil está disposta no título IX do Código Civil, sendo necessário para sua caracterização uma conduta que pode ser uma ação ou omissão, um dano, e uma ligação entre esses dois elementos denominado nexo de causalidade.

2.1 Responsabilidade civil do estado e a teoria do risco administrativo

Conforme Felipe Braga Netto⁹, quando o assunto é Responsabilidade Civil do Estado é fundamental observar os novos riscos e novos danos, bem como a evolução da legislação e da jurisprudência, as quais têm uma tendência em caminhar no sentido da responsabilidade estatal. Assim, segundo o autor, estaríamos adentrando na quarta fase histórica da responsabilidade civil do Estado, este o qual atuaria, principalmente, como garantidor dos direitos fundamentais. Todavia, cabe ressaltar que nem sempre foi assim, pois, anteriormente a esse período, as fases foram de: irresponsabilidade estatal (embora o Brasil não tenha por ela passado); responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva.

Nessa perspectiva, simultaneamente à ideia do Estado garantidor de direitos fundamentais, a responsabilidade civil estatal é objetiva, em consonância com o que dispõe o art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Portanto:

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.¹⁰

Isso significa que, em razão da teoria do risco administrativo, e ainda que não se possa observar o elemento culpa em sentido estrito, o Estado responderá pelos atos e omissões dos seus agentes, salvo se provar as excludentes de responsabilidade civil (fato exclusivo da vítima,

⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 4. ed. rev. e atual.- Salvador: JusPodivm, 2017, p. 34-36.

⁹ BRAGA NETTO, Felipe. **Novo manual de responsabilidade civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 401.

¹⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

caso fortuito ou força maior, e fato exclusivo de terceiro). Assim, “chegou-se a essa posição com base nos princípios da equidade e da igualdade do ônus e encargos sociais”¹¹.

De acordo com Sergio Cavalieri Filho¹², a Administração Pública gera risco para os administrados, os quais poderão sofrer com alguma atividade exercida pelo Estado. Uma vez que este atua em favor de todos, deverá, conseqüentemente, suportar os ônus dos seus atos objetivamente, atentando-se à relação de causalidade. Consoante o pensamento de José dos Santos Carvalho Filho¹³, esses fundamentos foram levantados no momento em que se tornou perceptível que o Estado tem maior poder e prerrogativas do que os administrados, sendo, aquele, o sujeito jurídica, política e economicamente mais poderoso.

“O mais frequente (...) é que tenhamos um ato ilícito como causa do dever de indenizar”¹⁴. Contudo, o Supremo Tribunal Federal (STF) entende que:

O risco administrativo (...) não raro decorre de uma atividade lícita e absolutamente regular da administração, daí o caráter objetivo desse tipo de responsabilidade, que faz abstração de qualquer consideração a respeito de eventual culpa do causador do dano¹⁵.

A vista disso, observa-se que o principal ponto é o prejuízo sofrido pelo particular, que deverá ser ressarcido, independente se o dano tenha decorrido de uma atividade regular ou irregular do Estado. Todavia, se faz necessária a caracterização do nexa causal entre a atividade estatal e o prejuízo do particular, pois, “se inexistir relação de causa e efeito (...), não terá lugar para a aplicação da teoria do risco administrativo (...)”, de forma que o Poder Público não poderá ser responsabilizado. Caso contrário, estaríamos admitindo a teoria do risco integral (forma radical de obrigar a Administração a ressarcir)¹⁶.

No risco administrativo, não há responsabilidade civil genérica e indiscriminada: se houver participação total ou parcial do lesado para o dano, o Estado não será responsável no primeiro caso e, no segundo, terá atenuação no que concerne à sua obrigação de indenizar. (...) Já no risco integral a responsabilidade sequer depende do nexa causal e ocorre até mesmo quando a culpa é da própria vítima. É evidente que semelhante fundamento não pode ser aplicado à responsabilidade do Estado, só sendo admissível em situações raríssimas.¹⁷

¹¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 336.

¹² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

¹³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 817.

¹⁴ BRAGA NETTO, Felipe. **Novo manual de responsabilidade civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 403.

¹⁵ BRAGA NETTO, Felipe. **Novo manual de responsabilidade civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 403.

¹⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 338-341.

¹⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 817.

Quanto à responsabilidade objetiva, verifica-se que ela se consagra no art. 37, § 6º, CR/88¹⁸. No tocante a este dispositivo, sua análise, nesse momento, é primordial para que, à frente, possamos desenvolver a temática Responsabilidade Civil do Juiz. A norma citada prevê que o Estado é civilmente responsável pelos seus agentes que, nessa qualidade, ocasionarem danos a terceiros. Porém, como se explica, juridicamente, a relação entre o agente público e o Estado? Resposta: por meio de teorias. Essas teorias trabalham sob a perspectiva de que o Estado é uma pessoa jurídica e, sendo assim, não tem vontade própria e nem pode causar dano a alguém. Por conseguinte, atua, sempre, por meio de pessoas físicas (os agentes públicos).

A teoria que nos importa, nessa ocasião, é a do órgão, a qual formula que o Estado é dividido em vários órgãos, cada um com sua devida função, desempenhada pelo agente público (indivíduos que têm um vínculo pessoal com a Administração Pública e que exercem função pública). Vale ressaltar que a expressão agentes, constante no art. 37, § 6º, CR/88, tem sentido amplo, abarcando todos aqueles que executam uma função pública.

Segundo Braga Netto¹⁹, “em muitas situações, basta a presença do agente público – participando, de algum modo, do evento danoso – para que surja o dever de indenizar do Estado”, seja qual for o cargo, emprego ou função da pessoa física causadora do dano, pois é suficiente sua qualidade de agente público²⁰. Por essa razão é que os membros do Poder Judiciário não estão excluídos da incidência da norma²¹. Destarte, se o agente público, nessa qualidade, age incorreta ou abusivamente e causa danos aos cidadãos, observar-se-á a responsabilidade estatal.

Pode acontecer, e não é raro, que o agente exorbite suas funções. Isto é, aja fora daquilo que poderia agir, exceda o limite legal e esperado de suas atribuições (...). Há, portanto, em princípio (...), dever de indenizar, por parte do Estado, se o agente público, exorbitando suas funções, causa danos a alguém.²²

Contudo, a discussão gira em torno de contra quem o particular, que sofreu um dano, deve ajuizar a ação de indenização. Ou seja: deverá a ação ser proposta apenas contra o Estado

¹⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

¹⁹ BRAGA NETTO, Felipe. **Novo manual de responsabilidade civil.** 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 415.

²⁰ COSTA, Moacir dos Santos. A responsabilidade civil do juiz por danos resultantes de culpa em sentido estrito no exercício da função: **a tolerância à atuação negligente, imprudente e imperita do magistrado brasileiro (1939-2017). Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2017, p. 165.**

²¹ COSTA, Moacir dos Santos. A responsabilidade civil do juiz por danos resultantes de culpa em sentido estrito no exercício da função: **a tolerância à atuação negligente, imprudente e imperita do magistrado brasileiro (1939-2017). Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2017.**

²² BRAGA NETTO, Felipe. **Novo manual de responsabilidade civil.** 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 418-419.

ou poderá ser, também, contra o agente público (pessoa física)? No entendimento de Felipe Braga Netto²³, o particular tem a liberdade de escolher contra quem manejará, existindo a possibilidade de ser contra o Estado, contra o agente público (autor do dano) ou contra ambos.

Estabelecida expressamente, ou não, a responsabilidade do funcionário existe sempre e é solidária com a do Estado (AGUIAR DIAS, 1954, p. 597 *apud* NETTO, 2021, p. 420). Sendo solidária, a vítima pode escolher contra quem propõe a ação. Se a vítima prefere propor (...) contra o agente público, precisará (...) provar-lhe a culpa. O STF, algumas décadas atrás, já havia decidido que não há benefício de ordem em favor do agente público.²⁴

Braga Netto²⁵ ainda afirma que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) segue, também, esse mesmo entendimento: a vítima pode escolher propor a ação contra o Estado, contra o autor do dano ou contra ambos. Entretanto, o autor pontua que, atualmente, o STF tem se posicionado no sentido de que a ação deve ser proposta apenas contra o Estado. Este é o pensamento de Paulo Nader, que o justifica com o argumento de que “com o fato jurídico, nasce uma relação entre a vítima e o Estado e não entre aquela e o agente público”²⁶.

Ainda sobre a composição do polo passivo da demanda manejada pelo lesado, Costa²⁷ entende que, caso a lesão do particular tenha sido resultado da conduta dolosa do agente público, este não mais estaria vinculado à essa condição, o que levaria a uma quebra do nexo causal entre o dano e a função pública. Nessa hipótese, para o autor, não haveria a incidência do art. 37, § 6º, CR/88, de forma que o Estado não participaria do polo passivo da ação, mas somente o agente público, pois:

Não seria justo proteger o agente público que agiu com dolo, blindando-o com o escudo do aparato jurídico estatal. Por fim, o erário público seria resguardado com tal postura, vez que, de um lado, muitas vezes o Estado paga a indenização, mas não logra êxito na ação regressiva.²⁸

²³ NETTO, Felipe Braga. **Novo manual de responsabilidade civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 420.

²⁴ BRAGA NETTO, Felipe. **Novo manual de responsabilidade civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 420.

²⁵ BRAGA NETTO, Felipe. **Novo manual de responsabilidade civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021.

²⁶ COSTA, Moacir dos Santos. A responsabilidade civil do juiz por danos resultantes de culpa em sentido estrito no exercício da função: **a tolerância à atuação negligente, imprudente e imperita do magistrado brasileiro (1939-2017)**. **Dissertação (Mestrado em Direito)**. Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2017, p. 167.

²⁷ COSTA, Moacir dos Santos. A responsabilidade civil do juiz por danos resultantes de culpa em sentido estrito no exercício da função: **a tolerância à atuação negligente, imprudente e imperita do magistrado brasileiro (1939-2017)**. **Dissertação (Mestrado em Direito)**. Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2017.

²⁸ COSTA, Moacir dos Santos. A responsabilidade civil do juiz por danos resultantes de culpa em sentido estrito no exercício da função: **a tolerância à atuação negligente, imprudente e imperita do magistrado brasileiro (1939-2017)**. **Dissertação (Mestrado em Direito)**. Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2017, p. 169.

Ressalta Costa²⁹, porém, que, se há configuração da culpa em sentido estrito (isto é, negligência, imprudência e imperícia), aí sim seria lícito proteger o agente público causador do dano contra a ação do particular, tendo em vista a carga de trabalho suportada por aqueles. Logo, estão naturalmente sujeitos ao erro. Apesar disso, “não se poderia resguardar o agente público da ação regressiva do Estado, sob pena de violação do cânone art. 37, § 6º, da Constituição Federal, que prevê a responsabilidade pessoal e regressiva do agente público em caso de dolo ou culpa”³⁰.

No que concerne à ação de regresso, Braga Netto³¹ faz uma importante reflexão em sua obra *Novo Manual de Responsabilidade Civil*, dizendo que, infelizmente, é comum que as pessoas pensem que o patrimônio do Estado não tem dono, ou seja, que o que é do Estado não é de ninguém. Essa ideia, todavia, faz parecer que não faz mal caso o Estado sofra prejuízos. “Um dos raríssimos casos de ação de regresso ocorreu com a propositura, pela Advocacia-Geral da União, de ação para que a União fosse ressarcida em 12,4 mil reais por um juiz do trabalho, em razão da conduta por ele praticada”³². Levando em conta a repercussão do caso, a ação de regresso foi proposta, trazendo um simbolismo para a condenação.

Como tal valor tem origem nos tributos pagos pelos contribuintes brasileiros, circunstância que lhe atribui caráter indisponível, deve o referido montante ser ressarcido à União pelo réu da ação, com os devidos acréscimos legais.³³

Após darmos uma visão geral sobre a responsabilidade civil do Estado e dos agentes públicos, passaremos para a análise da responsabilidade civil do Juiz. Como exposto anteriormente, existe um debate doutrinário e jurisprudencial quanto à composição do polo passivo da demanda a ser ajuizada pela vítima. Esse debate fica ainda mais complexo quando o dano foi em virtude de um ato jurisdicional - aquele praticado pelo magistrado no exercício de sua função.

²⁹ COSTA, Moacir dos Santos. *A responsabilidade civil do juiz por danos resultantes de culpa em sentido estrito no exercício da função: a tolerância à atuação negligente, imprudente e imperita do magistrado brasileiro (1939-2017). Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2017.*

³⁰ COSTA, Moacir dos Santos. *A responsabilidade civil do juiz por danos resultantes de culpa em sentido estrito no exercício da função: a tolerância à atuação negligente, imprudente e imperita do magistrado brasileiro (1939-2017). Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2017, p. 170.*

³¹ BRAGA NETTO, Felipe. *Novo manual de responsabilidade civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 422.

³² BRAGA NETTO, Felipe. *Novo manual de responsabilidade civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 422.

³³ BRAGA NETTO, Felipe. *Novo manual de responsabilidade civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 422.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL E PESSOAL DO JUIZ

A responsabilidade civil do Estado e a responsabilidade pessoal do juiz são conceitos distintos. Como pontuado anteriormente, a responsabilidade estatal se filia à teoria do risco administrativo e é objetiva. Contudo, ao falarmos da responsabilidade individual do magistrado, esta somente tem lugar em hipóteses específicas. Segundo o art. 143 do Código de Processo Civil:

O juiz responderá, civil e regressivamente, por perdas e danos quando:

I – No exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;

II – Recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte.

Parágrafo único: somente serão verificadas depois que a parte requerer ao juiz que determine a providência e o requerimento não for apreciado no prazo de 10 dias (art. 143, incs, I, II e P.U, CPC/2015).³⁴

No mesmo sentido prevê o art. 49 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Ambos dispositivos têm natureza taxativa, não havendo outras situações, além daquelas, em que o juiz poderá ser responsabilizado pessoalmente. De acordo com Ferriani³⁵, o intuito seria o de proteger a liberdade do julgador e lhe dar independência, pois, do contrário, ao apreciar um fato, existiria a possibilidade de o magistrado se preocupar com as possíveis consequências de sua decisão (como, por exemplo, sua responsabilidade pessoal em função da insatisfação de uma das partes). Logo, para o professor, “as garantias dos juízes representam, na verdade, garantia ao jurisdicionado (...). Dão segurança (...), ao menos em tese, de que terá um julgamento imparcial, atento, absolutamente desvinculado de fatores externos”.³⁶

Se fosse possível responsabilizar o juiz por simples erro, certamente todos os magistrados estariam muito mais preocupados com a consequência do julgamento no âmbito pessoal do que com uma investigação livre de influências externas que possibilitasse um julgamento, em tese, mais justo.³⁷

Além disso, a independência funcional conferida aos magistrados passaria a ser letra morta se, ao proferir uma decisão, o juiz pudesse ser acionado para compor perdas e danos em benefício da parte que sucumbiu. Assim, nenhum julgador de instância superior divergiria da interpretação dada anteriormente³⁸.

³⁴ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

³⁵ FERRIANI, Adriano. A responsabilidade civil do juiz. *Cadernos de Direito*, Piracicaba, v. 9 (16-17): 25-39, jan-dez, 2009.

³⁶ FERRIANI, Adriano. A responsabilidade civil do juiz. *Cadernos de Direito*, Piracicaba, v. 9 (16-17): 25-39, jan-dez, 2009, p. 9.

³⁷ FERRIANI, Adriano. A responsabilidade civil do juiz. *Cadernos de Direito*, Piracicaba, v. 9 (16-17): 25-39, jan-dez, 2009, p. 6.

³⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 376.

Para mais, conforme Mário Guimarães³⁹, existem motivos mais fortes para que se pendam a favor da irresponsabilidade, dentre eles: o fato de os juízes pagarem um tributo inexorável à falibilidade humana. Outrossim, esgotados, no processo, todos os recursos pelos quais o prejudicado poderia se defender contra a sentença injusta, “ou não interpostos, o que houver sido afinal deliberado constitui coisa julgada, que (...) se tem como verdade. É a verdade legal. Renovar a discussão, reexaminar a sentença, para atender à injustiça dos danos, seria desobedecer à coisa julgada”.

Dessa forma, apenas o Estado pode ser responsabilizado pelo erro judiciário – ato equivocado ou gravoso à uma das partes praticado pelo juiz. E foi nesse caminho que o Plenário do STF, no Recurso Extraordinário 228.977-2, decidiu. Em vista disso, o Estado seria, então, o legitimado passivo para responder por eventuais prejuízos causados pela autoridade judicial no exercício de suas funções, havendo, ainda, a possibilidade de direito de regresso contra o juiz responsável na hipótese de dolo ou culpa⁴⁰.

Dessa maneira, não existem muitas decisões condenando civil e pessoalmente o magistrado. Quando o juiz procede com dolo (uma das circunstâncias pelas quais é possível sua responsabilização), este acaba sendo um elemento de difícil prova, uma vez que se deve considerar a vontade interior e consciente do julgador ao decidir de forma contrária ao Direito. E no que concerne ao inciso II, deve-se analisá-lo com cautela, pois, a recusa, a omissão e o retardamento da providência pelo juiz, sem justo motivo, só poderão levar à sua responsabilidade pessoal após lhe interpelarem.

Em outras palavras, não fosse o parágrafo único, poderia ser dito que o simples decurso do prazo constituiria o juiz em mora, mas a exigência contida no parágrafo transformou a mora do juiz em *ex persona*.⁴¹

Posto isso, conclui-se que o juiz somente será responsabilizado direta e imediatamente nos casos previstos em lei (art. 143, CPC/2015 e art. 49 da Lei Complementar nº 35/1979), sendo que, em tais circunstâncias, o particular lesado poderá escolher entre ajuizar a ação contra o Estado ou contra o juiz. Entretanto, vale ressaltar que, sendo o processo movido em face do Estado, a vítima não precisará demonstrar dolo ou fraude, já que a responsabilidade estatal é objetiva.

³⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 377.

⁴⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 377.

⁴¹ FERRIANI, Adriano. A responsabilidade civil do juiz. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, v. 9 (16-17): 25-39, jan-dez, 2009, p. 14.

3.1 Responsabilidade civil do magistrado quando este se vê diante de uma lacuna axiológica

Conforme Vinícius Lott Thibau⁴², “Oskar von Bülow é frequentemente indicado como o principal responsável pelo advento da fase autonomista do direito processual”. Ou seja, o jurista alemão teria propiciado o afastamento da ideia de que o processo seria um simples apêndice do direito material. Contudo, Thibau salienta que, nesse cenário de ruptura entre as áreas, Bülow teria, também, enunciado o protagonismo judicial ao traçar o processo como uma relação jurídica - de direito público - entre o juiz, autor e réu. Assim:

(...) Oskar von Bülow sustentou que, no processo, o magistrado está autorizado a suspender a legislação vigente, por via decisória, sempre que entendê-la como injusta. No recinto de solução de conflitos, cabe ao juiz interpretar, complementar, atualizar, afastar e produzir a normatividade jurídica, valendo-se, para isso, de sua sensibilidade, vontade e intuição.⁴³

Quando o assunto é a suspensão de uma norma vigente, a ideia de não a aplicar, com o argumento de preservar as aspirações de um povo, bem como para alcançar uma decisão justa, parece envolvente. Contudo, a segurança jurídica de um cidadão está, pelo menos em tese, na lei, porque, caso esta seja respeitada pelos juízes, seus julgamentos serão passíveis de fiscalização. Se assim não fosse, teríamos um estado de incertezas e inseguranças, posto que seria impossível conhecer, antecipadamente, as propensões dos magistrados. Diante disso:

Sempre deve prevalecer a vontade da lei. O juiz deve se subordinar à norma para garantir ao jurisdicionado a imparcialidade do julgamento. Ao mesmo tempo em que a norma protege a independência do juiz, também garante ao cidadão que contra ele não sejam proferidas decisões arbitrárias ou parciais.⁴⁴

Observa-se, então, a contraposição entre os pensamentos bülowianos com os de Ferriani, visto que, no primeiro caso, as decisões dos juízes que contrariem a lei devem ser aceitas tranquilamente como um destino inevitável.

Com isso, não se quer dizer outra coisa além de que o juiz deve ser autorizado pelo Estado a realizar determinações jurídicas, as quais não estão contidas no direito legislado, mas são encontrados pelos juízes, por eles criadas, escolhidas e desejadas”.⁴⁵

⁴² THIBAU, Vinícius Lott. Oskar von Bülow e o nazismo. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 16, n. 2, p. 38-50, 2021, p. 38.

⁴³ THIBAU, Vinícius Lott. Oskar von Bülow e o nazismo. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 16, n. 2, p. 38-50, 2021, p. 39.

⁴⁴ FERRIANI, Adriano. A responsabilidade civil do juiz. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, v. 9 (16-17): 25-39, jan-dez, 2009, p. 9.

⁴⁵ THIBAU, Vinícius Lott. Oskar von Bülow e o nazismo. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 16, n. 2, p. 38-50, 2021, p. 43.

Essa concepção de Bülow de que os magistrados possuem uma posição de destaque acaba influenciando na ampliação do poder judicial. Decerto que é impossível o legislador regular todos os problemas existentes no meio social; todavia, defender uma atuação ativa dos juízes - a ponto deles poderem interpretar para além, ou independentemente, do direito legislado - é algo temerário, tendo em vista o princípio da separação de poderes. Porém, é inegável que, em determinadas circunstâncias, o juiz se encontrará diante de casos não regulados ou, até mesmo, regulados, embora entenda a matéria disciplinada como injusta. Nesta última hipótese, estaríamos em face da chamada lacuna axiológica, que se caracteriza pela existência de uma norma para aquele caso concreto, malgrado sua aplicação se revele injusta, com base na compreensão pessoal do julgador.

A discussão do que é justo ou injusto, no entanto, é uma indagação que persegue o homem em toda sua história⁴⁶, por se tratar de um conceito tão subjetivo. É “impossível conceber uma definição única e verdadeira sobre o que realmente vem ser a justiça, tal impossibilidade (...) também se estende ao seu antônimo: a injustiça”⁴⁷. E com essa questão, levanta-se o questionamento de como é possível identificar e qualificar uma lei como justa ou injusta.

Segundo Álvaro Henrique Teixeira de Almeida⁴⁸, “se um fato, ou mesmo uma lei, inquieta o espírito, por contrariar o sentimento ético da generalidade das pessoas, ante a mácula da injustiça, deve a mesma ser repudiada, para aquietação do espírito e restabelecimento da justiça”. Mas, o que acontece se o juiz, de fato, repudiar a aplicação de uma norma, alicerçado somente em suas próprias convicções? Para responder à essa pergunta, voltemos, rapidamente, ao tema responsabilidade civil do juiz: como já explicado, o magistrado somente responderá, civil e regressivamente, quando proceder com dolo ou fraude (no exercício de suas funções) ou quando se recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte.

A vista disso, observa-se que as condutas advindas de culpa *stricto sensu* não estão contempladas pelo rol taxativo do art. 143 do Código de Processo Civil. Em outras palavras, o juiz estará imune à responsabilidade civil por atos imprudentes, negligentes e imperitos. Portanto, entendemos que: na hipótese de o magistrado deixar de aplicar uma norma

⁴⁶ ALMEIDA, Álvaro Henrique Teixeira. Correção Jurisprudencial de Leis Injustas. **Revista da EMERJ**, v. 2, n. 7, 1999.

⁴⁷ ALMEIDA, Álvaro Henrique Teixeira. Correção Jurisprudencial de Leis Injustas. **Revista da EMERJ**, v. 2, n. 7, 1999, p. 171.

⁴⁸ ALMEIDA, Álvaro Henrique Teixeira. Correção Jurisprudencial de Leis Injustas. **Revista da EMERJ**, v. 2, n. 7, 1999, p. 172.

dolosamente, ele responderá - com base no art. 143, I, do CPC 2015. Entretanto, se, por negligência, imprudência ou imperícia, e levando em consideração a existência da lacuna axiológica, o juiz não empregar uma norma, não haverá sua responsabilização, pois esta apenas ocorrerá “quando inequívoca a intenção de praticar ato ilícito”, ‘seja para beneficiar a parte contrária, seja por mero espírito de vingança contra uma das partes’”.⁴⁹

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo da Responsabilidade Civil abarca assuntos inesgotáveis. Isso porque, ao vivermos em sociedade, diversas situações podem levar à necessidade de reparação do dano, esta qual busca propiciar o restabelecimento da vítima ao estado que se encontrava anteriormente (*status quo*). A opção de pleitear ou não a reparação é do particular lesado e quando ela não for totalmente possível adentramos na ideia da indenização (quando o dano for mensurável economicamente) ou da compensação (quando o dano for extrapatrimonial).

No que concerne à responsabilidade estatal, vimos que o ordenamento jurídico brasileiro (art. 37, § 6º, da Constituição Federal) a considera como objetiva, o que significa que independe do elemento culpa. Seu fundamento está na teoria do risco administrativo, a qual exprime que toda atividade pública gera um risco para os administrados. Assim, o Estado responderá pelos atos e omissões dos seus agentes, salvo se arguir alguma excludente.

Relativamente à responsabilidade civil do juiz, o Código de Processo Civil regula as hipóteses em que ela se configurará. Da mesma forma dispõe o artigo 49 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional. É bem verdade que são raríssimos os casos de condenação do juiz em perdas e danos, podendo favorecer o protagonismo e poder judicial. Porém, não se desconsidera o fato de que, se os magistrados fossem responsabilizados por seus atos negligentes, imprudentes ou imperiosos, ficariam receosos de decidir, tendo em vista a possibilidade de serem sujeitos passivos numa ação ajuizada pela parte insatisfeita. Logo, a responsabilidade pessoal dos juízes encontra-se limitada aos atos dolosos praticados no exercício de suas funções, de forma que, fora desse contexto, o particular terá em seu favor a ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público.

⁴⁹ COSTA, Moacir dos Santos. A responsabilidade civil do juiz por danos resultantes de culpa em sentido estrito no exercício da função: a tolerância à atuação negligente, imprudente e imperita do magistrado brasileiro (1939-2017). Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2017, p. 179.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Álvaro Henrique Teixeira. Correção Jurisprudencial de Leis Injustas. **Revista da EMERJ**, v. 2, n. 7, 1999.

BRAGA NETTO, Felipe. **Novo manual de responsabilidade civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 02 ago. 2022.

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: 02 ago. 2022.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

COSTA, Moacir dos Santos. **A responsabilidade civil do juiz por danos resultantes de culpa em sentido estrito no exercício da função**: a tolerância à atuação negligente, imprudente e imperita do magistrado brasileiro (1939-2017). Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2017.

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

FERRIANI, Adriano. A responsabilidade civil do juiz. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, v. 9 (16-17): 25-39, jan-dez, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva; TEPEDINO, Gustavo. **Responsabilidade civil**. 11. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TARTUCE, Flávio. **Direito das obrigações e responsabilidade civil**. 17. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

THIBAU, Vinícius Lott. Oskar von Bülow e o nazismo. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 16, n. 2, p. 38-50, 2021.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: UM EMBATE ENTRE O CONTRADITÓRIO E A CELERIDADE PROCESSUAL NAS DECISÕES JUDICIAIS EX OFFICIO NO ÂMBITO DAS LACUNAS AXIOLÓGICAS

9

Julia Emilly de Souza Lima

Kathlen Mélloni Gomes Cruz

Sumário: 1. Considerações iniciais; 2. O poder judiciário no Brasil: uma relação entre a democracia e a confiança frente às decisões judiciais ex officio; 2.1. A motivação nas decisões judiciais; 2.2. A democracia, confiança e as decisões ex officio; 3. A responsabilidade civil do estado por atos do poder judiciário; 4. As decisões ex officio contribuindo para reforçar as lacunas axiológicas e a possibilidade de responsabilização estatal; 5. A celeridade processual de encontro aos princípios constitucionais e o papel do juiz; 6. Considerações finais; Referências.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A presente pesquisa tem seu nascedouro no tema que aborda a responsabilidade civil do juiz frente ao erro decisório, realizando um embate acerca do direito ao contraditório e o princípio da celeridade processual no âmbito das decisões *ex officio* e das lacunas axiológicas. Destarte, foi-se necessário fazer uma análise acerca das atribuições e competências do Poder Judiciário no Brasil, averiguando as possibilidades e consequências das decisões judiciais *ex officio* e estabelecendo uma relação entre confiança e democracia, de forma a demonstrar a importância da segurança jurídica no procedimento para a efetivação de diversos princípios democráticos como o Devido Processo Legal e a não decisão-surpresa.

Visto as crescentes atribuições de poderes ao Judiciário, uma análise acerca da responsabilidade civil do Estado por atos dos agentes públicos apresentou-se importante para analisar como proceder quando as decisões proferidas no curso do processo causarem danos à parte por erro judicial. Neste ponto, foi feita uma abordagem acerca de algumas teorias sobre a responsabilidade civil do Estado e também apresentado o Entendimento do Supremo Tribunal

de Federal (STF) no que tange à responsabilização do Estado ou do Agente Público, pelo Recurso Extraordinário 1027633¹.

Ademais, trataremos de como as decisões, proferidas de ofício no curso do processo civil, contribuem para reforçar as lacunas axiológicas das normas brasileiras, isto é, normas deficitárias no conceito de justiça para o juiz conhecedor da causa². Em tal argumentação, há a discussão de conceitos como solipsismo judiciário e segurança jurídica, contrapondo e, da mesma maneira, complementando as decisões *ex officio*. No entanto, ainda que haja a cisão processual do magistrado como o conhecedor da verdadeira justiça, ele é um ser humano passível de cometer erros que configurem responsabilização, principalmente ao se tratar de um conceito tão debatido como justiça, surgindo o questionamento da possibilidade de perdas e danos causados por suas decisões.

De maneira semelhante, é preciso dissertar sobre como os princípios constitucionais e processuais, assegurados no ordenamento jurídico brasileiro devem ser conciliados no curso dos procedimentos. Tal arguição é precedida pelo embate do princípio da duração razoável do processo, que baseia decisões judiciais como as de ofício, com a proteção ao direito do contraditório e ampla defesa, que exigem trâmites extensos que garantam a participação democrática das partes, ambos assegurados no artigo 5º, da Constituição Federal³, incisos LXXVIII e LV⁴, respectivamente. Nesse contexto, é preciso elencar críticas às decisões pautadas no conceito de justiça, de cada magistrado, quando justificadas erroneamente com tais princípios.

O objetivo da pesquisa é analisar a responsabilidade civil do juiz frente às decisões *ex officio*, demonstrando o embate acerca da aplicação do contraditório ou da celeridade processual nas decisões em que se encontram as chamadas lacunas axiológicas. Propõe-se, na classificação de Gustin, Dias e Nicácio⁵, uma pesquisa que pertence à vertente metodológica jurídico-social. No tocante ao tipo genérico de pesquisa, foi escolhido o tipo jurídico-projetivo. O raciocínio desenvolvido no trabalho é predominantemente dialético e quanto ao gênero de pesquisa, foi adotada a pesquisa teórica.

¹ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Extraordinário 1027633 SP. Relator: Marco Aurelio. Tribunal Pleno, São Paulo, 06 de dez. 2019.

² DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988.

⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988.

⁵ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 5. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

2 O PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL: UMA RELAÇÃO ENTRE A DEMOCRACIA E A CONFIANÇA FRENTE ÀS DECISÕES JUDICIAIS EX OFFICIO

No Brasil, a separação dos poderes é um princípio fundamental no ordenamento jurídico, com a finalidade de evitar a concentração de poder no domínio de poucos, segue-se a teoria da tripartição dos poderes assegurada no artigo 2º da Constituição Federal de 1988 “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”⁶. Esse texto terá como objeto principal o poder judiciário e sua relação e atribuições no Estado Democrático de Direito. A organização jurídica dominante da conjuntura legal brasileira corresponde ao modelo pelo qual o legislador é o encarregado da formação do direito, enquanto ao magistrado cabe aplicar as leis produzidas pelo legislador.

A separação dos poderes foi associada, por Montesquieu, ao conceito de liberdade e de direitos fundamentais e acolhida, pelos revolucionários franceses, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu art. 16: “toda sociedade, onde a garantia dos direitos não esteja assegurada nem a separação dos poderes determinada, não possui Constituição” (BONAVIDES, 1999, p. 156-157). A separação dos poderes, como limitadora do poder público, pretende favorecer a abstenção do Estado, garantindo o gozo efetivo dos direitos de liberdade perante o Estado.⁷

Dessa maneira, a esfera judiciária é composta por órgãos estruturados que tem a função de julgar e aplicar o direito, de maneira imparcial, isenta e de acordo com as normas criadas pelo Poder Legislativo. A competência de julgar conforme as leis criadas pelo judiciário demonstra de forma clara a repartição dos poderes, que, “nos dias atuais, [...] caracteriza a ideia de Estado constitucional democrático e não existe país democrático que não possua essa regra em sua Constituição.”⁸. No entanto, ainda que, na teoria, a separação dos três poderes se dê de forma clara e objetiva, na prática, a separação absoluta dos poderes mostra-se uma ilusão, pois do ponto de vista lógico não pode conceber-se, isto porque qualquer manifestação de vontade do Estado exige o concurso de todos os órgãos que constituem a pessoa Estado.⁹

Duguit¹⁰ quando defende a impossibilidade de separação completa dos poderes está se referindo a competência de fiscalização recíproca dos poderes. Na prática, temos o poder

⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988.

⁷ PELICOLI, Ângela Cristina. A atualidade da reflexão sobre a separação dos poderes. **Revista Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 24, n. 1, p. 50-59, 2008.

⁸ PELICOLI, Ângela Cristina. A atualidade da reflexão sobre a separação dos poderes. **Revista Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 24, n. 1, p. 50-59, 2008.

⁹ DUGUIT, Léon. **La separación de poderes y la Asamblea nacional de 1789**. Madrid: Centro de Estudios, 1998.

¹⁰ DUGUIT, Léon. **La separación de poderes y la Asamblea nacional de 1789**. Madrid: Centro de Estudios, 1998.

judiciário realizando controle de legalidade dos atos públicos e constitucionalidade da legislação, evidenciando o avanço do poder judiciário e constituindo-se como “núcleo central da separação dos poderes no Estado constitucional contemporâneo”¹¹. Porém, essa força do poder judiciário nasceu junto com o modelo democrático contemporâneo, uma vez que nos demais regimes políticos, o Judiciário seria um poder politicamente nulo, no qual sua função se limitava aplicar restritamente o que estava no texto da lei, conforme Montesquieu entendia “os juízes da nação são (...) seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor”¹².

Porém, esse modelo de magistratura não é mais relevante no atual modelo democrático, ainda que muito utilizado na Europa dos séculos XVII e XVIII, precisou ser abandonado por não atender às transformações sociais dos tempos modernos, “onde se experimentava o deslocamento dos poderes estatais”¹³. Assim, junto com o regime democrático moderno, nasceu um novo modelo de repartição dos poderes, no qual a separação clara e objetiva dos três poderes, na prática, se mostra mais complexa, e a atuação de dois ou mais poderes ou o deslocamento de competência se apresenta como um meio de atender às novas demandas da sociedade moderna. No entanto, ainda que haja este sistema de deslocamento dos poderes, deve-se analisar como o poder judiciário, que saiu do poder nulo com o novo regime democrático, muitas vezes atua de forma que ofende o próprio regime que o criou.

A partir do entendimento da teoria da separação dos três poderes, entende-se que a função de criar o direito é de competência originária do Poder Legislativo. No entanto, o Judiciário vem, tradicionalmente, exercendo o papel de produtores do Direito, utilizando-se da interpretação da lei e “buscando “reconstruir” e a “vontade do legislador” através de regras lógicas ou indagações histórico-psicológicas.”¹⁴.

Frente a essas novas demandas sociais, o Judiciário deve se preparar para solucionar problemas de natureza multidisciplinar, em que o “bom senso e a boa vontade de fazer justiça preponderarão sobre a intenção de qualquer legislador”¹⁵.

¹¹ PELICIONI, Ângela Cristina. A atualidade da reflexão sobre a separação dos poderes. **Revista Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 24, n. 1, p. 50-59, 2008.

¹² PELICIONI, Ângela Cristina. A atualidade da reflexão sobre a separação dos poderes. **Revista Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 24, n. 1, p. 50-59, 2008.

¹³ DONATO, Veronica Chaves Carneiro. **O poder judiciário no Brasil: estrutura, críticas e controle**. UNIFOR. Fortaleza, 2006, p. 8.

¹⁴ DONATO, Veronica Chaves Carneiro. **O poder judiciário no Brasil: estrutura, críticas e controle**. UNIFOR. Fortaleza, 2006, p. 8.

¹⁵ DONATO, Veronica Chaves Carneiro. **O poder judiciário no Brasil: estrutura, críticas e controle**. UNIFOR. Fortaleza, 2006, p. 8.

Atualmente, não é incomum que questões cheguem ao Poder Judiciário antes de serem analisadas e reguladas pelo Legislativo, isso porque, o magistrado não pode se abster de julgar e reconhecer o direito, conforme o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, tendo a legitimidade de declarar, conceder e negar direitos em nome da Justiça. Visto isso, o direito processual, em uma interpretação sistemática do direito processual e constitucional, possui como um dos princípios basilares a inafastabilidade do controle jurisdicional, isto é, o Estado, na figura do juiz, não pode se abster de decidir sobre as matérias que lhe são submetidas. Dessa forma, segundo Streck:

Assim, um juiz somente pode deixar de aplicar uma lei em seis hipóteses: (i) quando a lei for inconstitucional, ocasião em que deve ser aplicada a jurisdição constitucional difusa ou concentrada; (ii) quando estiver em face do critérios de antinomias; (iii) quando estiver em face de uma interpretação conforme à Constituição; (iv) quando estiver em face de uma nulidade parcial com redução de texto; (v) quando estiver em face da inconstitucionalidade com redução de texto; (vi) quando estiver em face de uma regra que se confronte com um princípio, ocasião em que a regra perde sua normatividade em face de um princípio constitucional, entendido este como um padrão, do modo como explicitado em Verdade e Consenso. Fora dessas hipóteses, o juiz tem a obrigação de aplicar, passando a ser um dever fundamental.¹⁶

A partir deste trecho, percebe-se a capacidade do magistrado de criar o direito quando a situação fática pede por uma decisão e não há norma, ou há normas irregulares, para o magistrado basear sua decisão. No entanto, o reconhecimento da figura do magistrado como mais do que o aplicador do Direito, mas uma instituição com poderes de aplicar ou deixar de aplicar uma norma vigente, além de poder decidir questões nas quais o poder legislativo ainda não tenha se pronunciado, confunde o instituto de separação dos poderes, criando, também, uma arbitrariedade do Judiciário em decidir de acordo com o que se entende de justiça, uma vez que ele tem o poder de criar e aplicar o direito. Dessa forma, cabe fazer uma abordagem acerca da motivação das decisões judiciais, uma vez que essas decisões do magistrado precisam estar devidamente motivadas e alinhadas com o ordenamento jurídico, mostrando-se importante entendê-las de forma a conseguir dimensionar a proporção em que é ofensivo ao regime democrático.

¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

2.1 A MOTIVAÇÃO NAS DECISÕES JUDICIAIS

A motivação das decisões judiciais, sejam elas decisões interlocutórias ou sentenças, é um princípio constitucional, uma garantia individual e um dever dos magistrados, conforme dispõe o artigo 93, IX e X da Constituição Federal,

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

X - as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros;¹⁷

Neste aspecto, o dispositivo legal busca estabelecer uma relação entre as decisões judiciais e os princípios constitucionais como o devido processo legal e o contraditório. Desse modo, a motivação das decisões judiciais devem ser claras e adequadas ao entendimento do advogado, das partes e da sociedade em geral, de modo que se destaque a imparcialidade do juiz, adequação da decisão ao ordenamento jurídico e dos princípios democráticos. Assim, a motivação da decisão judicial, é um princípio derivado do Estado Democrático de Direito, que tem o dever de se justificar, tendo como pauta a ordem jurídica que ele próprio se submete. Assim, “quando o Estado intervém na vida das pessoas, deve justificar a intromissão: materialmente, pois a intromissão tem fundamento, e formalmente, pois o fundamento é declarado, exposto, demonstrado.”¹⁸

Também, a motivação da decisão judicial expressa a garantia constitucional do acesso à justiça, uma vez que a motivação deve constar as razões pelas quais o magistrado chegou aquela decisão, demonstrado, também, a imparcialidade da decisão e interferindo diretamente no princípio do duplo grau de jurisdição.

É preciso, portanto, que se exija do juízo o rigoroso cumprimento dessa disposição constitucional, uma vez que, na medida em que se obriga a fundamentação de todas as decisões judiciais, deixa de ter tanta importância o princípio do duplo grau de jurisdição, pois este princípio tem como fundamento a possibilidade de correção das decisões injustas, e parece-me razoável concluir que a decisão fundamentada terá menor possibilidade de ser injusta¹⁹

¹⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988.

¹⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. Do arbítrio à razão: reflexões sobre a motivação das sentenças. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 8, n. 29, 1983.

¹⁹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 46.

A partir deste subtópico, percebe-se que a motivação não é uma descrição do procedimento que levou o juiz a tomar aquela decisão, mas sim uma pontuação das justificativas e dos fundamentos materiais e formais. O conteúdo da motivação, então, deve ser completo, referindo-se aos aspectos relevantes da decisão, pois espera-se que o Estado de Direito justifique-se de forma a demonstrar que as decisões referente ao conflito de direito entre as partes seja satisfatório e em conformidade com os princípios democráticos do ordenamento jurídico brasileiro. Esta motivação das decisões judiciais se mostra ainda mais importante quando se depara com decisões *ex officio*, uma decididas sem o respaldo de uma norma legal, as decisões *ex officio* precisam ser fundamentadas com interpretações e analogias de outras leis e princípios.

2.2 A DEMOCRACIA, CONFIANÇA E AS DECISÕES EX OFFICIO

O princípio da proteção à confiança, também é derivado do Estado Democrático de Direito, sendo uma das vertentes da segurança jurídica, materializado no processo sob a forma do tratamento igualitário das partes nos atos procedimentais e nos direitos concedidos em todo território brasileiro. O artigo 916 do Novo Código de Processo Civil²⁰ diz que “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, isto é, existem parâmetros de operação e procedimento estabelecidos em lei para toda a comunidade. Ainda, o artigo 927 e 932, em nome da confiança e da segurança jurídica, obrigou os órgãos jurisdicionais a seguirem, de forma hierarquizada, as decisões do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. [...]

Art. 932. Incumbe ao relator: [...]

IV - negar provimento a recurso que for contrário a: [...]

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; [...]

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a: [...]

²⁰ BRASIL. Lei n. 13.105, 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;²¹

Baseando-se nesta confiança, a comunidade passa a agir de acordo com o determinado pela justiça, gerando, em contrapartida, uma expectativa acerca dos efeitos. Nesta perspectiva, a confiança e a segurança jurídica andam paralelamente à democracia. Neste aspecto, é possível fazer um relacionamento acerca da motivação das decisões judiciais e a confiança, uma vez que os dois institutos estão diretamente ligados à segurança jurídica e são derivados do regime democrático contemporâneo. A proteção da confiança pode ser violada de diversas maneiras, seja por diferentes posicionamentos do poder judiciário, seja por mudança de entendimento dos tribunais, ou quando o magistrado se depara com a possibilidade ou necessidade de proferir uma decisão *ex officio*, neste último, a motivação e a segurança jurídica é posta em risco frente a possibilidade de uma decisão surpresa.

No plano de um processo justo, que requer meios e resultados, igualmente justos, além de exigir-se proteção às legítimas expectativas frente às decisões judiciais, a boa-fé processual obriga que, durante a condução da fase pré-decisória, o Poder Judiciário se abstenha de tomar posturas contraditórias e evadas do elemento surpresa.²²

Para proteger a confiança no procedimento, salvo as tutelas provisórias, o artigo 10 do Código impede as decisões surpresas, obrigando o juiz a dar oportunidade às partes de se manifestar antes de proferir a decisão, ainda que em matéria na qual deva decidir de ofício. Este dispositivo busca prestigiar a lealdade processual e a expectativa das partes acerca do procedimento pré-estabelecido. No entanto, ainda que assegurado a oportunidade das partes se manifestarem sobre a matéria com a finalidade de evitar a decisão surpresa, a confiança no procedimento e a insegurança jurídica não é assegurada frente às decisões *ex officio*, principalmente quando está de frente a uma lacuna axiológica, uma vez que o juiz está decidindo sobre um tema no qual não tem norma legal que o regulamenta, dando ao magistrado o poder de legislar.

²¹ BRASIL. Lei n. 13.105, 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.

²² MENEZES, Rafael da Silva. Democracia, Confiança e o sistema de precedentes judiciais no novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Polícia Judiciária, Gestão e Administração da Justiça*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 152-172, 2016.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS DO PODER JUDICIÁRIO

A responsabilidade civil pode ser conceituada quando uma pessoa, física ou jurídica, tem o dever de assumir as consequências de um ato ou fato danoso e indenizar os prejuízos sofridos por terceiros. Dessa forma, o objetivo da responsabilidade é restituir o equilíbrio patrimonial e moral que tenha sido violado de forma a apaziguar a inquietação social. Nesse sentido, abordando acerca do poder judiciário, é importante demonstrar como se dará a responsabilidade civil do estado quando for responsável por algum dano ou prejuízo à terceiro por erro na prestação jurisdicional.

Existem diversas teorias que divergem se a responsabilidade por erro judicial, algumas delas defendem que apenas terá responsabilidade do estado quando houver culpa do juiz, outras teorias admitem a responsabilização com ou sem culpa, e há aquelas que defendem a teoria de que o responsável pelo erro judicial é o funcionário.

De acordo com o entendimento de Cavalieri Filho:

No Estado despótico vigorou o princípio da irresponsabilidade. A ideia de uma responsabilidade pecuniária da Administração era considerada como um entrave perigoso à execução de seus serviços. Retratam muito bem essa época as tão conhecidas expressões: “O rei não erra” (The King com do no wrong), “O Estado sou eu” (L’État c’est moi), “O que agrada ao príncipe tem força de lei” etc. Os administrados tinham apenas ação contra o próprio funcionário causador do dano, jamais contra o Estado, que se mantinha distante do problema. Ante a insolvência do funcionário, a ação de indenização quase sempre resultava frustrada.²³

No entanto, a jurisprudência vem adotando o posicionamento de responsabilidade integral do Estado por danos causados a terceiros quando houver falha na prestação de serviços, isso porque a administração pública deve ser vista como um todo, no qual fazem parte os funcionários.²⁴ Assim, é dever do Estado prestação de jurisdição e o cumprimento do procedimento, da lei e dos princípios democráticos no processo, por isso, também é seu dever arcar com a responsabilidade civil do acerca dos erros cometidos na jurisdição, uma vez que tem o poder-dever de aplicar a lei à lide apresentada pelas partes.

O tema 940/STF é um recurso extraordinário no qual se discute, com base no artigo 37, §6º da Constituição Federal de 1988, a possibilidade de particular que tenha sofrido danos pela atuação da administração pública, formalizando ação judicial diretamente contra o agente

²³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 228.

²⁴ REINIG, Guilherme Henrique Lima; CARNAÚBA, Daniel Amaral; RODRIGUES, Alice Pereira Santos. O problema da causalidade na responsabilidade civil do Estado por crime praticado por fugitivo: análise da jurisprudência do TJSC. **Revista Civilistica.com**, v. 11, n. 1, p. 1-49, 2022.

público responsável. O art. 37, §6º da Constituição²⁵ determina que “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, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, apreciando o tema 940 da repercussão geral, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. Em seguida, por maioria, acolhendo proposta do Ministro Ricardo Lewandowski, fixou a seguinte tese: “A teor do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, a ação por danos causados por agente público deve ser ajuizada contra o Estado ou a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, sendo parte ilegítima para a ação o autor do ato, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

²⁶

Em face deste recurso, o plenário decidiu pela impossibilidade de ajuizar ação apenas contra o agente público, sendo que ele não pode ser responsabilizado diretamente pela ação. Também, o dispositivo do artigo 37, §6º da Constituição²⁷ não comporta, também, pelo entendimento do STF, a legitimidade concorrente, ou seja, o particular não pode ajuizar ação contra ambos, cada um deles - Estado e Agente público - respondem sozinhos pelos danos causados a terceiros, considerado ato omissivo ou comissivo de seus agentes.

4 AS DECISÕES *EX OFFICIO* CONTRIBUINDO PARA REFORÇAR AS LACUNAS AXIOLÓGICAS E A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO ESTATAL

No contexto da abordada inafastabilidade do controle jurisdicional, ao surgirem questões fáticas, as quais a resolução não possui respaldo jurídico, surge o questionamento de como o magistrado pode atuar nessa hipótese. Pois bem, conforme o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas Brasileiras²⁸, “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”.

De encontro a isso, tem-se a atuação jurisdicional de casos em que existe respaldo jurídico capaz de solucionar o caso, porém o magistrado compreende que a decisão deve se pautar na sua discricionariedade de decidir o que é mais justo. Tal percepção é a base da construção da ideia de uma lacuna axiológica processual brasileira. Segundo Maria Helena

²⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 1988.

²⁶ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Extraordinário 1027633 SP. Relator: Marco Aurelio. Tribunal Pleno, São Paulo, 06 de dez. 2019.

²⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 1988.

²⁸ BRASIL. *Decreto-Lei n. 4.657, 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Diniz²⁹, as lacunas existentes são essenciais da lei e podem ser classificadas entre lacunas normativas, quando há ausência de norma, ontológicas, quando há norma sem eficácia social, e axiológicas, que há presença da norma mas sua aplicação é injusta. A partir disso surge o questionamento se tais decisões, podem gerar responsabilização civil, haja visto a subjetividade do conceito de justiça que cada magistrado possui.

Essas compreensões, de que o juiz pode arbitrariamente decidir contrário à uma norma positivada e expressa, conforme seus conceitos de necessário à sociedade, partem do conceito do “solipsismo judicial”, que entende que o magistrado é sacro, ou seja, a atuação do judiciário quanto ao que é justiça é inacessível à crítica. Isto ocorre porque, segundo Dhenis Cruz Madeira³⁰, o judiciário possui características que lhes são subjetivas e imanescentes, logo, ele é capaz de dizer o que é bom, justo, certo e verdadeiro para o restante da sociedade, em especial, para aqueles que sofrerão os efeitos de suas decisões, notadamente, as partes. Assim, as providências judiciais são respaldadas pela

Considerando isso, há que se falar também das decisões respaldadas pelo direito brasileiro que independem da provocação das partes, para serem deferidas, sendo elas conhecidas como decisões de ofício. Isto é, os atos de ofício realizados pelo magistrado são aqueles permitidos à ele conhecer determinadas matérias, autonomamente do requerimento da parte. Isto é, é um dever do juiz atuar em matérias de ordem pública. Nesse entendimento, Câmara³¹, dispõe que as matérias cognoscíveis de ofício são aquelas específicas que independem de ser suscitadas por algumas das partes, como regulamentado no Código de Processo Civil³² nos artigos 63, 64, 138, 190, 292, 370, 385, 421, 461, 464, 480, 481, 536, 537, 622 e 730. Nesse sentido, percebe-se que é vedado ao juiz decidir o mérito com base em questões não alegadas pelas partes, ou seja, ter iniciativa e decidir com base em algo não apresentado no curso do processo, exceto em matéria de ofício.

Assim sendo, percebe-se que o juiz posiciona-se como o grande conhecedor da Lei, capaz de compreender quais são os conceitos de justiça que a norma não foi capaz de apresentar, podendo ele tomar decisões ainda que não seja por estímulo das partes do procedimento, que são as protagonistas da relação processual. Entretanto, assim como em qualquer profissão, o juiz também é passível de cometer erros, ainda mais quando está se pautando em um conceito

²⁹ DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

³⁰ MADEIRA, Dhenis Cruz. O que é solipsismo judicial? **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 22, n. 126, p. 191-210, 2020.

³¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

³² BRASIL. **Lei n. 13.105, 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil.

tão debatido e controverso como o de justiça. Nesse contexto, pergunta-se se é possível responsabilizá-lo por decisões de ofício embasadas em preenchimentos de lacunas axiológicas.

Vale ressaltar que o juiz é um servidor público, podendo ser responsabilizado civilmente por suas condutas quando elas causarem perdas e danos a terceiros, porém deve ser comprovado o dolo ou fraude no ato. Nesse mesmo sentido, quando o juiz se omitir ou retardar, sem justo motivo, uma providência que lhe cabia de ofício ou a requerimento das partes, ele responderá regressivamente pelos danos causados pelos atos ilegais, ou seja, o particular deverá procurar ser indenizado primeiro pelo Estado, que terá direito de regresso contra seu servidor.

Além disso, a aplicação de decisões de ofício em casos de lacunas axiológicas demonstra a clara descon sideração da segurança jurídica, que, de acordo com José Afonso da Silva³³, é “o conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida”. Em outros termos, a segurança jurídica é o que garante ao cidadão uma isonomia de atendimento judicial, uma vez que as demandas têm embasamento concreto e não arbitrário. Isto é, a aplicação normativa e sua interpretação devem ser pautadas na estabilidade de decisões de casos semelhantes, na medida da sua diferença.

Assim, ainda que as decisões de ofício sejam permitidas pela Lei processual brasileira, o seu uso deve ser consolidado pelas normas e princípios constitucionais, ou seja, coerentes com o ordenamento jurídico. Consoante à isso, Câmara³⁴ argumenta que, “a decisão judicial, precisa ser construída a partir de um debate travado entre os sujeitos participantes do processo”, ou seja, toda decisão deve ser fundamentada pelo crivo do contraditório, com oportunidade de manifestação das partes sobre tais justificativas. Isto é necessário para evitar certo absolutismo judiciário, no qual o juiz tomará as decisões do curso do processo, conforme seu entendimento de necessidade, ainda que seja para “preencher lacunas” da sua concepção de justiça, que possuem previsão legal de atuação.

5 A CELERIDADE PROCESSUAL DE ENCONTRO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O PAPEL DO JUIZ

O artigo 5º da Constituição Federal³⁵, em seu inciso LV, dispõe que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório

³³ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2006.

³⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

³⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 1988.

e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, ou seja, todos os cidadãos, quando estiverem como parte no curso de um processo, terão direito ao contraditório e à ampla defesa. Isto significa que é direito fundamental das partes se manifestarem antes de qualquer decisão, em um tempo razoável, com oportunidade para produzir todos os meios de provas, lícitas, pertinentes às alegações da causa, sendo tais arguições devendo ser consideradas nas decisões prolatadas.

Nesse mesmo viés, o novo Código de Processo Civil estruturou sua base na principiologia constitucional, aderindo ao movimento neoconstitucionalista, que se firma na ideia de que a Constituição é uma ordem de valores e é papel do judiciário concretizar os direitos de expansão da jurisdição constitucional³⁶. Sendo assim, as normas fundamentais do processo civil, previstas do artigo 1º ao 12 do Código³⁷, estabelecem que as partes deverão ter paridade de tratamento, tanto quanto aos seus direitos quanto aos seus deveres processuais, sendo necessário que o juiz zele pelo contraditório. Dessa maneira, percebe-se que o magistrado assume a figura de autoridade, capaz de assegurar os direitos devidos aos litigantes.

De encontro a isso, o princípio da razoável duração do processo, consolidado no artigo 4º do Código de Processo Civil³⁸, entende que as partes têm direito à uma solução integral do mérito em um prazo razoável. Tal princípio se consolida com a criação de prazos proporcionais e razoáveis, que visem à celeridade processual, porém, para isso, é necessário que o Estado invista em infraestrutura e seja capaz de cumprir em tempo hábil as determinações de tempo legais. Nesse ínterim, há uma compreensão de que o princípio da celeridade permite o descumprimento de normas, como o contraditório, para garantir que o processo tenha fim mais rapidamente, uma vez que os trâmites processuais que permitem a efetiva adequação ao contraditório e à ampla defesa possuem uma duração maior.

Considerando tais disposições, o magistrado ganha destaque no que equivale à decisões de ofício, isto é, decisões que não necessitam da provocação das partes para serem tomadas. Tendo isso em vista, muitos juízes utilizam-se desse conceito como um mecanismo capaz de reduzir a extensão processual proferindo decisões de ofício desconexas com o pedido das partes. Entretanto, o novo Código de Processo Civil³⁹, em seu artigo 10, diz que o juiz não pode decidir sem dispor às partes chance de manifestação, ainda que se trate de uma matéria a

³⁶ NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

³⁷ BRASIL. **Lei n. 13.105, 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil.

³⁸ BRASIL. **Lei n. 13.105, 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil.

³⁹ BRASIL. **Lei n. 13.105, 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil.

qual deva decidir de ofício, ou seja, a decisão de ofício não se confunde com uma decisão sem oitiva das partes.

Assim sendo, qualquer decisão que não permita manifestação dos litigantes é nula de pleno direito com base no artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal⁴⁰, por ferir o contraditório processual, ainda que ela não dependa da provocação das partes para ser prolatada. Além disso, é importante ressaltar que a decisão do juiz, sendo ela de ofício ou não, deve considerar todas as provas e argumentações trazidas pelas partes ao longo do processo, já que é inerente ao princípio constitucional a consideração das alegações trazidas na fundamentação do magistrado. Nesse mesmo entendimento, Câmara argumenta que

O princípio do contraditório deve ser compreendido como uma dupla garantia (sendo que esses dois aspectos do contraditório se implicam mutuamente): a de participação com influência na formação do resultado e a de não surpresa. Em primeiro lugar, o contraditório deve ser compreendido como a garantia que têm as partes de que participarão do procedimento destinado a produzir decisões que as afetem. Em outras palavras, o resultado do processo deve ser fruto de intenso debate e da efetiva participação dos interessados, não podendo ser produzido de forma solitária pelo juiz. Não se admite que o resultado do processo seja fruto do solipsismo do juiz. Dito de outro modo: não é compatível com o modelo constitucional do processo que o juiz produza uma decisão que não seja o resultado do debate efetivado no processo.⁴¹

Ademais, a interpretação legal deve ser uniforme e coerente com as demais normas, ou seja, é preciso compreender que os princípios processuais devem coexistir no ordenamento jurídico, em ponderação com o caso concreto. Isto é, a razoável duração do processo não pode ser considerada um fundamento para descartar as demais normas, como o contraditório, em prol da justiça em tempo hábil, ou seja, conforme Didier⁴² “o processo deve demorar o tempo necessário e adequado à solução do caso submetido ao órgão jurisdicional”. Dessa maneira, ainda que o contraditório e a ampla defesa sejam direitos que atravancam a celeridade processual, eles são garantias constitucionais que não podem ser ultrapassadas.

Da mesma forma, a busca desenfreada pela celeridade processual inabilita o próprio princípio da razoabilidade temporal, já que a ausência da devida aplicação dos princípios constitucionais, e processuais, permite mais irregularidades no curso do procedimento, como a análise precária de provas e o descarte de possíveis alegações importantes à causa. Dessa forma, essa atuação errônea estimula o uso de recursos e aumenta a possibilidade de reforma de

⁴⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988.

⁴¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

⁴² DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 1.

decisões, uma vez que há mais espaços para as decisões proferidas conterem alguma divergência legal⁴³.

Assim, entende-se que o papel do juiz no curso do processo é conciliar o princípio da celeridade processual com os princípios da ampla defesa e contraditório, de forma que estes últimos não sejam soterrados pela busca da sentença de mérito em tempo hábil. Isso deve ser feito para além da determinação legal, mas para permitir garantias constitucionais, de um devido processo legal e fundamentação das decisões, sejam efetivadas no curso do procedimento. Nesse ínterim, é importante ressaltar a diferença das decisões de ofício e das decisões sem oitiva das partes, que é vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Portanto, ainda que seja caso de decisão de ofício, é dever do magistrado garantir a possibilidade de manifestação das partes e levar tais alegações em consideração ao fundamentar sua decisão.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, compreende-se que o debate à respeito da responsabilidade civil do magistrado sobre as decisões *ex officio* é de extrema importância, considerando a vigência do Novo Código de Processo Civil, de 2015, que aumentou as possibilidades de decisões e matérias a serem reconhecidas de ofício pelo juiz durante o processo. Nesse sistema, é necessário assimilar que a interpretação das normas do ordenamento jurídico brasileiro deve ser feita de uma maneira sistemática, entre os princípios e regras elencados nas leis. Sendo assim, surge o embate entre o direito ao contraditório e da celeridade processual, principalmente, no âmbito das lacunas axiológicas e a busca pela “melhor justiça”, pela visão do magistrado.

No curso da pesquisa, foi percebido uma crescente atribuição de poder ao Judiciário, de forma que a teoria da separação dos poderes proposta por Montesquieu não se aplica, na prática, de forma plena e objetiva, uma vez que, em muitos casos, é atribuído ao magistrado a competência de criar o direito ou decidir de forma contrária à lei. Assim, frente estas decisões, a arbitrariedade do magistrado para decidir *ex officio* deve ser fiscalizada de forma que seja motivada e fundamentada em acordo com ordenamento jurídico e os princípios democráticos da Segurança Jurídica e do Devido Processo Legal, com a finalidade de proteger a confiança e a legítima expectativa da sociedade.

No entanto, erros e vícios nas decisões no curso do processo podem acontecer gerando, então, uma responsabilização para o Estado, conforme o entendimento do STF, e podendo ser

⁴³ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, v. I.

regressado contra o agente público em caso de dolo ou culpa. Esta responsabilização civil do Estado está fundamentada na justificativa de que a administração pública deve ser vista como uma conjuntura única, o que inclui os atos realizados pelos funcionários em nome do Estado.

Sob outra ótica, pode-se perceber que as lacunas axiológicas dão seguridade ao judiciário para tomar atitudes, ainda que contrárias à estrita legalidade da Lei, desde que pautadas no seu arbitramento do que é justo ou não. Tal lacuna baseia-se na teoria do solipsismo judiciário, que veta críticas ao juiz por entender que ele é o único ser sacro capaz de compreender as mazelas sociais e como refreá-las, conforme o caso concreto. Nesse sentido, tem-se que as decisões *ex officio*, ou seja, decisões proferidas sem provocação das partes processuais, podem contribuir para sustentar o absolutismo judicial em deliberações processuais.

De maneira semelhante, o judiciário brasileiro têm se pautado no princípio da duração razoável do processo acima de princípios tão importantes quanto, como o da ampla defesa e contraditório, que garantem a efetivação do Estado Democrático de Direito. Nesse viés, em uma análise de como a busca pela celeridade processual na determinação de decisões de ofício ferem o princípio do contraditório, quando não fundamentadas e relacionadas, de forma coerente, com o Código de Processo Civil. Isto é, como é exigência da Lei que uma decisão processual tenha uma justificação adequada, não somente pertinentes à justiça e a norma, como também com as argumentações e provas trazidas pelas partes no curso do processo, o juiz não pode apressar trâmites imprescindíveis à democracia embasado em uma lacuna de justiça normativa.

Assim, compreendemos que tal exposição se faz importante no contexto atual brasileiro para que seja possível debater os limites do magistrados no processo civil, que deve se pautar não somente nas regras previstas em lei como também nos princípios constitucionais, em uma análise sistemática e constitucionalista do ordenamento jurídico. Dessa forma, entende-se que é preciso aplicar a responsabilidade civil ao Estado pelos atos dolosos do judiciário, para freá-lo de seus atos quando arbitrados por lacunas e embasados erroneamente na celeridade processual e o seu conceito de justo, principalmente em decisões que possuem pouca influência dos litigantes processuais, os verdadeiros protagonistas do procedimento.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/CON1988_05.10.1988/art_205_.asp. Acesso em: 17 ago. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 4.657, 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 08 ago. 2022.

BRASIL. **Lei n. 13.105, 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 08 ago. 2022.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Recurso Extraordinário 1027633 SP. Relator: Marco Aurelio. Tribunal Pleno, São Paulo, 06 de dez. 2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/861748237?s=paid>. Acesso em: 16 set. 2022.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil.** 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo.** 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual, parte geral e processo de conhecimento.** 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 1.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

DONATO, Veronica Chaves Carneiro. **O poder judiciário no Brasil: estrutura, críticas e controle.** UNIFOR. Fortaleza, 2006.

DUGUIT, Léon. **La separación de poderes y la Asamblea nacional de 1789.** Madrid: Centro de Estudios, 1998.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática.** 5. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Do arbítrio à razão: reflexões sobre a motivação das sentenças. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 8, n. 29, 1983.

MADEIRA, Dhenis Cruz. O que é solipsismo judicial? **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 22, n. 126, p. 191-210, 2020.

MENEZES, Rafael da Silva. Democracia, Confiança e o sistema de precedentes judiciais no novo Código de Processo Civil brasileiro. **Revista de Polícia Judiciária, Gestão e Administração da Justiça**, Brasília, v. 2, n. 1, p. 152-172, 2016.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional.** 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

PELICIOLO, Ângela Cristina. A atualidade da reflexão sobre a separação dos poderes. **Revista Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 24, n. 1, p. 50-59, 2008. Disponível em:

http://dspace.xmlui/bitstream/item/7239/geicIC_FRM_0000_pdf.pdf?sequence=1. Acesso em: 17 set. 2022.

REINIG, Guilherme Henrique Lima; CARNAÚBA, Daniel Amaral; RODRIGUES, Alice Pereira Santos. O problema da causalidade na responsabilidade civil do Estado por crime praticado por fugitivo: análise da jurisprudência do TJSC. **Revista Civilistica.com**, v. 11, n. 1, p. 1-49, 2022.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

O PROBLEMA DO PRECEDENTE COMO MECANISMO DE SUPRIR AS LACUNAS DA LEI

10

Maria Tereza Castro Ozava

Suzana Gonçalves Oliveira

Sumário: 1. Considerações iniciais; 2. O conceito de dano; 3. Dano moral; 4. Os critérios para fixação do dano moral e a sua subjetividade; 5. O problema dos precedentes para satisfação da lacuna; 6. Considerações finais; Referências.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Ao entender o direito como um conjunto de normas, é notório que, dessa abordagem, decorrem problemas referentes às relações entre as diversas normas que compõem o ordenamento, levando-se em consideração, especialmente, a estática e a dinâmica do direito. Diante disso, muito se debate se o sistema normativo é coerente ou não, se é completo ou incompleto, o que culmina na questão das lacunas na norma.

Nesse viés, a jurista Maria Helena Diniz, em seu livro *As Lacunas do Direito*, aborda que o termo lacuna “foi introduzido, com um sentido metafórico, para designar possíveis ‘vazios’, ou melhor, os referidos casos em que o direito objetivo não oferece, em princípio, uma solução”¹. Em outras palavras, a lacuna do direito consiste na falta de uma solução normativa para um caso concreto, dentro de um determinado sistema.

Ademais, ainda na obra referida, Maria Helena Diniz classifica as lacunas do direito em três espécies: (1) normativa quando há ausência de norma; (2) ontológica, quando há norma, mas esta se encontra obsoleta, em decorrência das mudanças sociais; e (3) axiológica, quando há ausência de norma justa ou presença de norma injusta.

Nesse viés, conforme disposto no art. 140 do Código de Processo Civil, se houver lacuna ou obscuridade na norma, o juiz não se exime de decidir. Portanto, a partir da concepção instrumentalista do processo, proposta por Oskar von Bülow, nos casos em que há lacuna na

¹ DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

lei, é dever do magistrado colmatar, criar e afastar o direito, a fim de realizar a integração da norma. Sob essa ótica, a autora Virgínia Gomes Fantini escreve:

As atuais salas de audiências reproduzem o recinto sacrificial e o juiz é o homem escolhido como único capaz de dirimir as mazelas da humanidade por uma atividade decisória reveladora da verdade última norma jurídica.²

Além do mais, é válido salientar que, no passado, a missão de julgar, atribuída ao juiz, era considerada uma atividade outorgada pelo divino, o que levava à crença de que o magistrado era um ser superior aos demais, sendo visto como o único capaz de decifrar o direito. Contudo, sendo o juiz dotado de poder para integrar a norma e reger a relação processual, suas decisões sempre estarão condicionadas à sua sensibilidade, vontade e intuição.

Dessa forma, o magistrado, movido por sentimentos e tentado a decidir em conformidade com seus princípios e com suas verdades, compromete o princípio da imparcialidade jurídica, profere decisões desprocessualizadas e fere as bases da proposta do Estado Democrático de Direito, fundamento sobre o qual firma-se a República Federativa do Brasil.

Isto posto, ao se estender essa reflexão para o âmbito da responsabilidade civil, percebe-se que são inegáveis, para o escopo indenizatório, os avanços produzidos pela sua objetivação e pelas técnicas de socialização dos custos da reparação. Isso porque, quando se aborda a quantificação do dano para a indenização, percebe-se que a lei é vaga em relação a qual parâmetro seguir para se estabelecer o valor do dano, embora os tribunais estabeleçam um critério de valoração na fixação de valores compensatórios por dano moral e embora já haja diversas teses fixadas sobre o tema.

Diante do exposto, urge-se este problema: como poderia o magistrado avaliar o dano com o mínimo ou com o excessivo, sem que houvesse um critério, um parâmetro, ou seja, um valor que se considerasse razoável para o caso?

Dessa forma, o presente trabalho tem como objetivo analisar as previsões normativas que tratam sobre os parâmetros de fixação do valor do dano moral, em consonância com a responsabilidade civil, para que se possa, posteriormente, apresentar como a lei é frágil ao não apresentar critérios para o estabelecimento do *quantum* compensatório. Na sequência, serão tecidas as considerações finais sobre como o juiz não segue um padrão objetivo para quantificar o dano.

² FANTINI, Virgília Gomes. **Os restos da dominação religiosa no direito processual civil**. 2014. 96 f. Dissertação de Mestrado - Universidade FUMEC, Belo Horizonte. p. 88.

Por fim, arremata-se que a pesquisa que se propõe pertence à vertente metodológica jurídico-dogmática. No tocante ao tipo de investigação, foi escolhido, na classificação de Gustin, Dias e Nicácio³, o tipo, jurídico-interpretativo e a técnica de pesquisa teórica. O raciocínio desenvolvido na pesquisa será predominantemente dedutivo. 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 O CONCEITO DE DANO

A responsabilidade civil está ligada ao conceito de não prejudicar o outro, o que pode ser entendido como um mecanismo utilizado para responder a condutas antijurídicas e para reparar danos injustos causados a outrem. Logo, a ideia principal da responsabilidade civil é de reparação total do prejuízo, de modo que a vítima retorne ao *status quo* no qual se encontrava antes de sofrer o dano, seja por meio da indenização, em caso de dano patrimonial, ou por meio da compensação, face a dano extrapatrimonial.

Nessa perspectiva, Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto, em seu livro *Curso de Direito Civil: responsabilidade civil*, discorrem que:

Em direito civil, a responsabilidade é ainda definida em seu sentido clássico, como obrigação de reparar danos que infringimos por nossa culpa e, em certos casos determinados pela lei; em direito penal, pela obrigação de suportar o castigo. É responsável todo aquele que está submetido a essa obrigação de reparar ou de sofrer a pena.⁴

Dito isso, a responsabilidade pressupõe a prática de um ato ilícito que tenha sido realizado por pessoa capaz de fato e mediante violação do ordenamento jurídico, de modo que seja ofendido direito alheio. Posto isso, faz-se preciso constatar a culpa do ofensor, o nexo de causalidade entre a conduta e o dano, visto que esses critérios são imprescindíveis para distinguir as situações nas quais, de fato, deve haver algum tipo de ressarcimento daquelas em que não deve.

Outrossim, em face da perspectiva abordada nesta pesquisa, o pressuposto do dano deve ser destacado, pois este é essencial para que haja responsabilidade civil. Portanto, salienta-se que o Código Civil⁵ não conceitua o dano tampouco delimita quais seriam as lesões tuteladas

³ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 5. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de direito civil: responsabilidade negocial**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

⁵ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 19 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, 19 jan. 2002.

pelo ordenamento jurídico, mas adota um sistema aberto, no qual prevalece a cláusula geral de reparação de danos. Por conseguinte, o conceito de dano é designado pela doutrina e pela jurisprudência, sendo construído conforme a juridicidade dos interesses postos em conflito na concretude de cada litígio.

Diante da ausência de identificação taxativa dos interesses mercedores de tutela, então, fica a cargo do juiz decidir o que melhor convém aplicar ao caso concreto em questão, a partir dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Entretanto, assim sendo, há valoração da conduta danosa de forma abstrata diante das circunstâncias narradas nas decisões, e não diante de um conjunto probatório que instrui a demanda.

Nesse viés, um dos grandes desafios da responsabilidade civil, atualmente, é o de “paralisar pretensões que não venham ao encontro dos princípios e direitos fundamentais ou que em uma ordem de ponderação, mostram-se de menor significado que os interesses daquele em princípios considerado como o ofensor”⁶. Além do mais, é necessário considerar que o juízo de merecimento dessa tutela, por parte dos tribunais, somente poderá derivar de uma análise minuciosa dos interesses contrapostos, que não gere em aceitações gerais pretensamente válidas para todos os casos, mas que se limite a ponderar interesses em face de circunstâncias particulares.

Dito isto, é necessário estabelecer um conceito de dano sem que nos tornemos reféns de definições rígidas ou extremamente fluídas, para que se possa ter um parâmetro para analisar os critérios de valoração da indenização. Portanto, neste trabalho, adota-se o conceito de dano como um fato jurídico *stricto sensu*, em que pode ou não o evento estar ligado a um ato humano, intencional ou não, lícito ou ilícito. Em razão disso, para que a legislação autorize aquele que sofreu danos a receber do responsável uma indenização, é indispensável a presença de dois elementos: o elemento de fato, que consiste na manifestação do prejuízo; e o elemento de direito, isto é, a lesão jurídica.

Concluído, há uma faceta do dano até então desprezada pela doutrina, a de funcionar como uma espécie de cláusula geral, na qual poderá permitir ao Judiciário, verificar em cada caso concreto se o interesse alegado pelo ofendido viola o ordenamento jurídico, analisando se é um interesse digno de proteção, não apenas abstratamente, mas em face ao interesse que lhe se contrapõe.

⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de direito civil: responsabilidade negocial**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

3 DANO MORAL

O dano moral ou imaterial é a lesão ao direito cujo conteúdo não é pecuniário, ou seja, ocorre quando a esfera personalíssima da pessoa é ferida, tendo como prejuízo o âmbito que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Em síntese, dano moral é aquele cujo prejuízo é moral, que tem natureza não econômica ou extrapatrimonial. Portanto, o dano moral abrange não apenas as lesões causadas à moralidade da pessoa humana, mas também a sua integridade física, intelectual, honra, reputação e entre questões personalíssimas.

Assim sendo, pode-se definir o dano extrapatrimonial como aquele que atinge a pessoa além de sua esfera patrimonial, que, diferentemente de seu patrimônio e de seus bens materiais, não pode ser restituído ao seu estado anterior e nem substituído. Por isso, torna-se impossível mensurar este dano pecuniariamente, sendo possível apenas atenuar o mal injustamente sofrido.

Outrossim, a introdução do dano moral ao ordenamento jurídico brasileiro foi tardia e passou por três fases. A primeira fase caracteriza-se pela negação, em que não era aceita a utilização do dano moral por não haver previsão legislativa expressa. A segunda fase corresponde à criação da teoria mista, na qual o dano moral era concedido somente caso houvesse a comprovação de uma repercussão patrimonial. Por último, a terceira fase, chamada Teoria Positivista, foi fundamentada em conjunto com a Constituição Federal de 1988 e reconhecia a reparabilidade do dano moral. Os valores extrapatrimoniais da existência dignam do ser humano foram, então, consagrados no art. 5º da Constituição Federal⁷ consolidaram a reparação por dano moral de modo amplo e irrestrito.

Dessa forma, a partir do ato ilícito que ensejou a lesão, a vítima que tem interesse em buscar seu ressarcimento, busca no Estado uma proteção jurisdicional, em que se abre, para o juiz, a responsabilidade de analisar os fatos e, ao final, conceder ou não a tutela. Logo, o magistrado deve encontrar a forma correta de quantificar o dano moral, de modo que não leve em consideração suas perspectivas pessoais, mas sim os mecanismos de direito para avaliar as circunstâncias do caso e decidir quais os valores compatíveis.

Contudo, há de se dizer que o conjunto normativo brasileiro se encontra em déficit no que tange aos parâmetros para quantificar o dano moral. Isso se dá em razão de que é preciso somar os critérios objetivos com os subjetivos, o que torna o papel do magistrado difícil e passível de subjetividade, em razão da inexistência de um parâmetro para fixar o *quantum*

⁷ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

indenizatório. Portanto, ao tarifar o dano, deve-se estabelecer critérios objetivos para quantificá-los, sem que sejam observados os fatores individuais de cada caso.

Por isso, diante da impossibilidade de uma indenização pecuniária surge o problema de como se daria a indenização ao dano moral, uma vez que há lacuna na lei na fixação do valor da indenização. Todavia, isso acabaria gerando um poder arbitrário, pois a doutrina e a jurisprudência ainda não conseguiram estabelecer quais critérios seriam, razoavelmente, objetivos para serem utilizados, pelo juiz, como parâmetro na decisão da indenização por dano extrajudicial.

4 OS CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO DO DANO MORAL E A SUA SUBJETIVIDADE

Diante da ausência de critérios objetivos e específicos para o arbitramento de valores para a reparação do dano moral, os Tribunais Superiores vêm desenvolvendo pesquisas que visam fixar, de modo uniforme, para casos frequentes ou similares, valores reais e critérios para a adequação do valor, visando auxiliar Poder Judiciário por meio de critérios objetivos no julgamento de casos reparatórios.

Segundo o Ministro do Superior Tribunal Federal (STJ) Tarso Sanseverino, no primeiro momento deve se observar o critério objetivo, na qual “deve-se estabelecer um valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes”⁸. Em seguida, deve-se observar o aspecto subjetivo, que leva em conta as circunstâncias do caso para a fixação definitiva do valor da indenização. Porém, deve-se ater ao arbitramento equitativo que o juiz possui.

Em face disso, o parâmetro de fixação da indenização ainda permanece subjetivo, pois parte-se do pressuposto de que a indenização será medida a partir do prejuízo economicamente comprovado, em que a fixação do *quantum* indenizatório não alcança um padrão que assegura a segurança jurídica necessária. Sendo assim, tendo em vista o grau de culpa do ofensor em comparação à amplitude do dano causado, não é possível chegar a uma indenização por equidade, pois o intérprete não tem margem para comparação que permita uma análise que este possa partir para sua decisão.

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. O método bifásico para fixação de indenizações por dano moral. Brasília, 5 set. 2022.

Em face da dificuldade de o magistrado conseguir chegar a fixação de um valor, tem-se a impossibilidade de uma integral compensação à ofensa sofrida pelo bem lesado, onde se terá apenas uma reparação de natureza satisfativa, que não tem relação de equivalência precisa com o prejuízo extrapatrimonial. Contudo, os tribunais entendem que o método bifásico é o mais adequado para se chegar a uma indenização, em que se analisa um valor básico para a quantificação do dano, com base em precedentes que apreciaram casos semelhantes.

O método bifásico é aquele em que se consideram dois elementos: os precedentes em relação ao mesmo tema e as características do caso concreto. Em consonância, para alcançar o valor adequado, é necessário passar por estas duas etapas: ter um valor em conformidade com os precedentes jurisprudenciais, na qual se ajusta às peculiaridades do caso concreto, e logo em seguida considerar as circunstâncias do caso, para que assim possa fixar o valor definitiva da indenização. Porém, ao considerar os precedentes como critério para a fundamentação, leva-se em consideração decisões proferidas em casos anteriores para a tomada da decisão do caso atual.

O problema de usar os precedentes como base é que não há nada que configure estes como uma tese a ser seguida, pois como não possuem, formalmente, uma eficácia vinculante, não há como falar da força deste entendimento que possa ser maior ou menor em cada caso. Em outros termos, como explica Michele Taruffo apenas haverá um precedente forte, quando este possuir a capacidade de determinar, efetivamente, a decisão de casos sucessivos; e um precedente débil, quando os juízes sucessivos tenderem a não lhe atribuir um grau relevante de influência sobre suas decisões.

Outrossim, compreende-se que as funções do legislador e do juiz são distintas. Contudo, ao conceder o uso de precedentes como base para a fundamentação das decisões, percebe-se que se acaba atribuindo ao Poder Judiciário um papel de criar normas gerais e concretas. Em vista disso, se os precedentes ocuparem o mesmo lugar da lei no ordenamento jurídico, é certo que as decisões terão alto grau de equivocidade, pois a decisão interpretativa do juiz acabaria valendo mais que a própria lei.

Sendo assim, ao analisar a teoria precedentalista, é notório que esta está mais voltada para uma teoria política do que para uma teoria do direito, pois sua preocupação consiste em quem deve decidir o direito, e não como se deve decidir. Diante disso, a tese da teoria política acerca de quem deve decidir se firma na questão de que as decisões valem por sua autoridade, não pelo seu conteúdo.

Por isso, é arriscado defender um papel tão amplo para os tribunais, sem antes se ocupar de uma teoria da decisão jurídica, dos mecanismos de controle das qualidades dessas decisões. Como aborda o autor Lenio Luiz Streck, se assim for,

corremos sério risco de arruinar o Estado do Direito pela institucionalização jurisprudencial de um realismo jurídico “à brasileira”, dedicado a proclamar a verdade de proposições jurídicas pela mera referência ao fato de terem sido proferidas por órgãos do Poder Judiciário (“O direito é aquilo que os Tribunais dizem que o direito é”), e não à luz de normas jurídicas previamente elaboradas pelo Poder Legislativo.⁹

Em face disto, se a Corte entender que se deve normatizar os precedentes, que essa normatização seja gerada por princípios que norteiam a criação das normas, sendo obrigatória para a fundamentação das decisões judiciais, a fim de impedir que estas se dêem por um ato de vontade do magistrado.

Por fim, uma vez que todos os precedentes são interpretáveis, não são normas decisórias do caso concreto e nem podem ser vistos como um ponto de chegada pelo magistrado, seriam os precedentes suficientes para contornar a realidade?

5 O PROBLEMA DOS PRECEDENTES PARA SATISFAÇÃO DA LACUNA

Os precedentes são decisões judiciais tomadas diante de um caso concreto que pode vir a ser um exemplo para julgamentos similares. Em outros termos, os precedentes podem ser considerados como eventos do passado que norteiam a tomada de decisões em casos atuais. Diante disso, percebe-se que, no ordenamento jurídico brasileiro, as decisões judiciais são tratadas como parâmetros para julgamentos. Dessa forma, tem-se o órgão jurisdicional criando uma norma jurídica, ao se deparar com a lacuna que tem na lei.

Posto isso, os precedentes começam a ter aptidão para serem aplicados como lei. Contudo, a questão é que a interpretação da decisão é se dá por meio de uma norma legal vinculativa pela própria força da lei. Assim, teria a aplicação da regra ao caso concreto pelo juiz de forma mecânica, visto que, neste contexto, o magistrado, ainda detém o controle de constitucionalidade do dispositivo, assegurando que não há outra regra capaz de inibir a sua incidência.

Ao longo da evolução do sistema de fontes brasileiro, percebeu-se a necessidade da inserção de institutos utilizados em países de *commow law*, na qual os precedentes foram

⁹ STRECK, Lenio Luiz. Críticas às teses que defendem o sistema de precedentes: Parte II. **Revista Consultor Jurídico**. [S. l.]. 2016.

estabelecidos no direito brasileiro através da Constituição Federal e intensificados pelo Código de Processo Civil de 2015.

Em um primeiro momento, a ideia da instituição obrigatória dos precedentes no nosso sistema jurídico pode se dar como positiva, pois a previsibilidade trazida por meio da decisão permite a orientação das condutas sociais dos indivíduos, além de reafirmar a confiança por terem o comportamento reiterado pela regra prevista. Vale destacar, também, que essa forma de suprir a lacuna é uma maneira de redução de custo ao Poder Judiciários, uma vez que quanto maior a previsibilidade, menor será o percentual de transgressão à norma.

Contudo, a aplicação da tese jurídica firmada por meio jurisprudencial pode gerar uma contradição, se confrontada com o art. 5º, II, da Constituição Federal de 1988¹⁰, o qual dispõe acerca do sistema de leis, sendo o texto legislativo a fonte primordial para a tomada de decisões. Com isso, o sistema constitucional é mitigado, pois a utilização de norma contida em decisão proferida pelo Poder Judiciário passa a ser obedecida como se fosse lei pelos demais juízos no exercício de sua função, tendo a finalidade de ser uma norteadora para a decisão do caso.

Nota-se, portanto, que ao adotar a teoria dos precedentes, generaliza-se as decisões judiciais, dando margem para o julgador similar àquela tese jurídica já definida a opção de empregar, no caso concreto em análise, a mesma solução adotada no precedente. Isso se torna um problema, tendo em vista que, ao deixar na mão do julgador aplicar aquilo que parece ser o certo mediante decisão similar proferida anteriormente, equivocadamente, infere-se que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”¹¹.

Todavia, o que de fato acontece com a uniformização das decisões judiciais é desuniformização, pois, para cada caso é necessário observar o que reserva à lei, e não comparar com circunstâncias parecidas que foram anteriormente decididas. Com isso, não haveria um padrão a ser seguida, em vista de que, cada juiz interpretaria a decisão na forma que melhor convém aplicar, deixando de lados o princípio da legalidade.

Diante disso, houve, novamente, a valorização do papel dos juízes e da jurisdição na medida em que as instituições assumiram o papel de controle sobre os limites e vínculos constitucionais, o que se tornou um perigo. Como afirmam Vinícius Lott Thibau e André Cordeiro Leal,

Nota-se que o juiz, embora fosse antes tratado como mero representante do Estado instituído, passa a poder produzir decisões que o “Estado é obrigado” (*sic*) a suportar e dotar com o “seio da força jurídica” (*litteris*). O juiz pode proferir decisões para além da legalidade que, no entanto, recebem a força da lei, mesmo dela não derivada.

¹⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

¹¹ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil.

O que o julgador magnânimo decide por seu desejo e por sua criação é direito, mesmo que não oriundo da legalidade e/ou da ordem vigente.¹²

No que diz respeito a isso, a decisão do juiz, diante de determinado caso, é tomada como decisão justa e, futuramente, será entendida como norma justa. Nesse viés, como Oskar von Bülow propõe, as decisões judiciais podem ser contrárias ao sentido da lei, e isso ser aceito como destino inevitável, tanto o legislador quanto o magistrado seriam obrigados a suportá-las essas decisões tomadas de forma erradas, adotando-as como selo de força jurídica.

O juiz, mesmo sendo um mero representante do Estado, passa, então, a ter o poder de produzir decisões que terão força de lei. Nesse sentido, o julgador se mostra como criador do direito, sendo visto como único garantidor da correta aplicação da jurisprudência, o que leva à conclusão de que, na realidade, ocorre, aqui, o rompimento da legislação e com a justiça. Assim, a justiça não derivada da legitimação das leis vigentes passa a ter o mínimo dependente em face das necessidades políticas, tornando-se um mero instrumento dos aparelhos administrativos.

Isto posto, a fim de evitar a tomada de decisões judiciais pautadas na subjetividade, a busca por uma solução exata da causa, por parte do juiz, pode exigir uma obra de criação do direito, e tal obra está sujeita a limites que não podem ser transpostos. Entretanto, não é o que vem acontecendo, pois os magistrados, muitas vezes, tomam as suas decisões de forma discricionária, transbordando é o seu arbítrio.

Finalmente, arremata-se que os precedentes, sendo a obra dessa criação, não podem e nem devem desbordar o arbítrio, pois não podem ser transpostos para alcançar o objetivo de se tornarem uma norma legal. Do contrário, haveria clara violação ao princípio da tripartição dos Poderes, em havendo a transmutação do juiz em legislador e criando um direito alternativo, capaz de acarretar insegurança para o direito das partes no processo e no comprometimento de todo o ordenamento jurídico.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista os aspectos acima expostos, conclui-se que a liberdade concedida ao juiz de colmatar as lacunas da lei abre margem para que suas decisões sejam fundamentadas em critérios subjetivos, relativos às intuições, à vontade e às convicções pessoais do magistrado. Além disso, ao criar o direito, o juiz acaba por desempenhar o papel do legislador.

¹² 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, out./dez. 2015.

Ademais, ao analisar essa questão defronte à quantificação da indenização por dano moral, observa-se o quão subjetivos e rasos são os parâmetros que os magistrados têm à sua disposição, pois o juiz pode se valer somente do método bifásico para fixar o *quantum* indenizatório. Porém, este método surge a partir de construções jurisprudenciais, as quais, por serem utilizadas como orientações para a tomada de decisão, trazem como consequência a aplicação abstrata e imprecisa das circunstâncias moduladoras, o que, por conseguinte, compromete a operabilidade e a segurança da aplicação desses precedentes.

Dessa forma, é um tanto quanto arriscado suprir a lacuna na norma com um precedente, pois as decisões jurisprudenciais indicam apenas as circunstâncias de um determinado fato. Em razão disso, não há como constatar se o resultado do fato foi o ensejador para decisão ou se apenas foi uma mera indicação nominal de uma das circunstâncias. Em outras palavras, é impossível extrair com clareza o peso atribuído a cada critério, o que faz com que não seja possível identificar a influência preponderante de quaisquer dos critérios aplicados.

Outrossim, a instituição de precedentes no sistema jurídico brasileiro pode, no primeiro momento, ser positiva, pois traz consigo a orientação que os magistrados buscam ao se depararem com uma fragilidade na lei. Contudo, essa aplicação pode gerar contradições, uma vez que, sendo o texto legislativo a fonte primordial do direito, divergir-se-ia ao utilizar decisão proferida pelo judiciário como norma justa aplicada ao caso. Desta forma, o que se percebe é que a intenção do legislador é desvirtuada, pois não fornece um procedimento claro que permita o acesso a instrumentos que fazem com que a norma acompanhe a evolução social.

Finalmente, a realidade em que o sistema se encontra não configura como um meio seguro para controlar os precedentes. Sendo assim, os jurisdicionados se arriscam a estarem submissos a um Poder Judiciário com decisões, em sua maioria, engessadas e inatingíveis. Assim, conclui-se que um mecanismo que busca a segurança jurídica acaba se tornando inseguro.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 05 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 19 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, 19 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 05 set. 2021.

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: 05 set. 2022.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. O método bifásico para fixação de indenizações por dano moral. Brasília, 5 set. 2022. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-10-21_06-56_O-metodo-bifasico-para-fixacao-de-indenizacoes-por-dano-moral.aspx. Acesso em: 05 set. 2022.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

FANTINI, Virgília Gomes. **Os restos da dominação religiosa no direito processual civil**. 2014. 96 f. Dissertação de Mestrado - Universidade FUMEC, Belo Horizonte. p. 88.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de direito civil: responsabilidade negocial**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 5. ed. São Paulo: Almedina, 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, out./dez. 2015. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=239188>. Acesso em: 05 set. 2022.

STRECK, Lenio Luiz. Críticas às teses que defendem o sistema de precedentes: Parte II. **Revista Consultor Jurídico**. [S. l.]. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-29/senso-incomum-critica-teses-defendem-sistema-precedentes-parte-ii>. Acesso em: 05 set. 2022.

O NOVO PANÓPTICO: DIREITO À DESCONEXÃO E DANO EXISTENCIAL

11

Mathaus Miranda Maciel

Vinicius Gurgel Araújo

Sumário: 1. Considerações iniciais; 2. Direito à desconexão; 3. Do teletrabalho; 4. Direito francês - a possibilidade de aplicação no ordenamento jurídico brasileiro; 5. Da responsabilidade civil e do dano existencial pela violação do direito à desconexão; 6. Considerações finais; Referências.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O estudo proposto tem por objetivo discorrer acerca do direito à desconexão do trabalhador na contemporaneidade, com as eventuais nuances apresentadas por esse direito em um contexto de sociedade hiperconectada. Nesse sentido, buscar-se-á perceber os contornos que o direito à desconexão - que sempre foi inerente ao trabalho - toma forma, haja vista o surgimento e a utilização em massa das Tecnologias de Informação e Comunicação (*TICs*), além de constatar os eventuais danos que a violação desse direito é capaz de ensejar.

Primus, a pesquisa explicita a problemática na eventual responsabilização civil dos empregadores por dano existencial, provocado pela violação do direito à desconexão em face de seus empregados. Para isso, busca-se contextualizar o direito de desconectar-se e a evolução que este perpassa, sobretudo, nas relações econômico-trabalhistas. Propõe-se a investigar de que maneira as novas tecnologias impactam tal direito, já que, hoje, pode-se afirmar que há uma conexão do empregador ao seu trabalho quase intrínseca, o que extrapola limites regulares de jornada de trabalho e de períodos de descanso. Outrossim, é pretendido discorrer acerca do teletrabalho, matéria incluída na Consolidação das Leis do Trabalho pela Reforma Trabalhista, e suas peculiaridades relacionadas ao tema proposto.

Secundus, busca-se, mediante estudo de direito comparado, aclarar a aplicabilidade do direito à desconexão no ordenamento jurídico brasileiro e de eventual aplicação subsidiária do direito francês, com fundamento no art. 6º, da CLT. Além disso, explicitar-se-á como decisão

recente brasileira posicionou-se no tocante ao direito à desconexão aplicado no regime de sobreaviso.

Tertius, e finalmente, o cerne do trabalho irá abordar sobre o possível ensejo de responsabilidade civil e, qual a sua natureza, por dano existencial ao empregador que violar o direito à desconexão de seu empregado, já que este é privado de sua vivência plena em sociedade, de momentos de lazer, de sua higidez física e mental, além de outros prejuízos que obstam o projeto de vida do empregado.

O ensaio em análise pertence à vertente metodológica jurídico-sociológica e, no tocante ao tipo de investigação, aproxima-se, na classificação de Jorge Witker¹ e Miracy Gustin², do tipo jurídico-comparativo e projetivo. Por fim, a pesquisa é teórica, a dispor-se de doutrinas, legislações e obras literárias pertinentes.

2 DIREITO À DESCONEXÃO

De início, é imperioso conceituar o direito à desconexão. Pontua-se, dessa forma, que esse direito não é desdobramento recente, uma vez que antes do advento da Internet e das novas tecnologias, sua abordagem existia, mas era distinta. Nesse âmbito, quando se afirma existente o direito a desconectar-se, significa que os períodos concernentes ao descanso (v.g. intervalos interjornada, intervalos intrajornada, descanso semanal e férias) não podem ser frustrados pelo empregador, devendo ser usufruídos de forma plena pelo empregado³.

Ademais, Jorge Luiz Souto Maior defende que o direito à desconexão é inerente ao empregado, o que repercute em várias esferas, tais como nos intervalos inter e intrajornada, férias, repouso semanal, horas extras, sobreaviso, direito de privacidade *stricto sensu* do empregado e, hoje com maior incidência em contexto de sociedade hiperconectada, no teletrabalho⁴. São, portanto, os períodos em que o empregado não está vinculado ao trabalho e pode usufruir do “tempo livre” da forma que julgar melhor para o seu projeto de vida. Em síntese, o direito à desconexão é entendido como um instituto de direito fundamental implícito

¹ WITKER, Jorge. **Cómo 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**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

³ TEODORO; VIANA; ALMEIDA, NOGUEIRA. O direito à desconexão do trabalho: um direito fundamental do trabalhador. In: TEODORO, Maria Cecília Máximo (Coord.) **Direito material e processual do trabalho**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 176.

⁴ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Do direito à desconexão do trabalho. **Revista do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social**, São Paulo, v. 1, jan/jun, p. 91-115, 2006.

no ordenamento jurídico pátrio, do qual deriva os direitos à privacidade e ao lazer, a limitação da jornada de trabalho, os períodos de descanso e o próprio princípio da dignidade da pessoa humana, que tem por escopo a tutela à saúde, à segurança, ao lazer e à vida privada do empregado.⁵

Hodiernamente, a temática melhor é visualizada, já que, em razão dos inúmeros meios tecnológicos e telemáticos, pode-se afirmar que, não raro, o empregado é impedido de “desligar-se” de seu trabalho. Sobre a problemática, discorrem Almiro Eduardo de Almeida e Valdete Souto Severo:

As facilidades de comunicação experimentadas no final do século passado e que constituem “marca registrada” deste novo século acabaram por impedir o verdadeiro exercício do direito fundamental à desconexão e, com isso, comprometem a higidez física e mental do trabalhador⁶

Com efeito, pode-se atestar que a evolução dos meios tecnológicos ressignificou o conceito de direito à desconexão, lido, hoje, também sob a ótica das novas tecnologias. Destarte, é quase paradoxal a situação: ao mesmo tempo em que há o incremento da liberdade e da autonomia do trabalhador, em razão de um eventual teletrabalho, por exemplo, essa mesma liberdade é tolhida, em razão de possíveis violações do direito à desconexão do trabalho - constantes exigências por parte do empregador de disposição permanente para trabalhar do empregado.

Assim, a maneira com que o direito à desconexão pode ser violado na contemporaneidade ilustra o novo panóptico, ou seja, uma sociedade constantemente vigilante, de forma a coisificar o trabalhador e tratá-lo como meio, e não como fim.

3 DO TELETRABALHO

Em que pese o direito à desconexão repercutir em demais áreas - já citadas -, abordar-se-á a sua incidência no teletrabalho por ser uma questão recente e que ainda apresenta muitas incertezas, sobretudo, em tempos de pandemia. De início, salienta-se que, em 2011, pela Lei nº 12.551, a CLT foi alterada, em seu art. 6º, para equiparar o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e aqueles realizados a domicílio e à distância. Nesse diapasão,

⁵ SCALZILLI, Roberta. O Direito à desconexão: uma análise crítica do instituto do teletrabalho brasileiro frente ao dano existencial como consequência da jornada excessiva de trabalho em tempos de pandemia. **Revista Tribunal Regional do Trabalho 3ª Reg**, v. 1, jul. 2020, p. 655. Disponível em: <https://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/handle/11103/56362>. Acesso em: 30 ago. 2022.

⁶ ALMEIDA, Almiro Eduardo de; SEVERO, Valdete Souto. **Direito à desconexão nas relações sociais de trabalho**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 46.

há subordinação jurídica tanto nos meios pessoais e diretos, quanto nos meios telemáticos e informatizados⁷.

Ainda, em 2017, com a Lei nº 13.467, ou Reforma Trabalhista, inseriu-se na CLT o art. 75-A ao art. 75-E, que dispõe, exclusivamente, sobre o regime do teletrabalho. Dessa maneira, o instituto do teletrabalho pode se confundir com o regime de *home office*, mas, também, é caracterizado por operacionalizar em locais distintos do estabelecimento do empregador que utilizam recursos eletrônicos⁸.

A par dessas considerações, considerando que o teletrabalho é a prestação de serviço fora das dependências do empregador, preponderantemente ou não, com a utilização das *TICs*, a questão do direito à desconexão torna-se patente. Nesse contexto, a tecnologia e o trabalho tornam-se tão inerentes à rotina do empregado, que, na prática, é impossível desassociar os períodos de trabalho dos períodos de descanso. Constantemente vigiado, o empregado é cobrado por produtividade e metas, o que o afasta de tempos necessários de lazer, convívio familiar, privacidade e saúde física e mental, o que explicita a controvérsia.

Por tais motivos, o uso das novas tecnologias, *prima facie*, poderia supor a melhoria das condições de trabalho com o incremento da autonomia e independência do empregado, entretanto, como defende Rafael Neves Harff, o que realmente ocorre é a intensificação do trabalho e da conexão do indivíduo⁹.

O regime do teletrabalho deve, pois, ser conciliado com instrumentos, através do Poder Público, que evidenciem as problemáticas do instituto, sobretudo relacionadas com o direito à desconexão, de modo a propor soluções que levem em consideração a dignidade humana do empregado como ponto de partida.

⁷ BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 25 abr. 2022.

⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2019, p. 1068.

⁹ HARFF, Rafael Neves. Direito à Desconexão: estudo comparado do direito brasileiro com o direito francês. **REVISTA ELETRÔNICA: acórdãos, sentenças, ementas, artigos e informações**. Porto Alegre: Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 4. Região, v. 13, n. 205, p. 69. jul. 2017. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/110255>. Acesso em: 30 ago. 2022.

4 DIREITO FRANCÊS - A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A nível infraconstitucional, os artigos 66 a 72 e 129 a 138, da CLT¹⁰, tratam acerca de períodos de descanso e férias, institutos estes que desdobram o direito à desconexão. Em relação ao tema a nível constitucional, a partir do art. 7º, da Constituição Federal, incisos XIV, XV e XVII¹¹, interpreta-se o direito a desconectar-se. Outrossim, a Declaração Universal dos Direitos Humanos¹² e o Pacto de San José da Costa Rica¹³, ratificados pelo Brasil, nos arts. 24 e 7º, respectivamente, depreende-se tal direito.

Somada a tais reflexões, a aplicabilidade do direito à desconexão em ordenamento jurídico pátrio, também, faz-se possível em decorrência do art. 8º, da CLT, que dispõe:

Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público¹⁴.

Destarte, países como Alemanha, Itália, Reino Unido e Chile¹⁵ já estão mobilizando-se no tocante à regulação da temática e poderiam auxiliar o país na aplicação da matéria. Todavia, analisar-se-á a disposição do direito à desconexão de acordo com o direito francês.

Nesse contexto, não é recente a problematização do necessário tempo de desvinculação do empregado de seu serviço na França, seja pela duração da jornada de trabalho, seja pelas condições do próprio meio ambiente de trabalho¹⁶. Nesse sentido, decisões da Suprema Corte Francesa, por exemplo, já decidiram que não é obrigação do empregado o trabalho em casa e

¹⁰ BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 25 abr. 2022.

¹¹ 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 abr. 2022.

¹² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 25 abr. 2022.

¹³ BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 25 abr. 2022.

¹⁴ BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 25 abr. 2022.

¹⁵ CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. **Teletrabalho no Brasil e no Mundo. Legislações comparadas - estudo de relações de trabalho**. Brasília: CNI, 2020. Disponível em: <https://conexaotrabalho.portaldaindustria.com.br/media/publication/files/Teletrabalho%20no%20Brasil%20e%200mundo.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2022.

¹⁶ COSTA, Thales Morais da. **Introdução ao direito francês**. Curitiba: Juruá, 2009.

que a inacessibilidade do trabalhador fora de seu expediente ordinário não caracteriza má conduta.

Em consequência disso, em 2016, a Lei *El Khomri*, previu expressamente sobre o *droit de la déconnexion*, justamente para proteger o trabalhador em tempos de comunicação digital. A referida lei incluiu o §7º no art. L. 2.242-8, do Código do Trabalho Francês:

Os procedimentos para o pleno exercício pelo funcionário do seu direito de se desconectar e o estabelecimento pela empresa de mecanismos para regulamentar o uso de ferramentas digitais, com o objetivo de garantir o respeito aos períodos de descanso e férias, bem como vida pessoal e familiar. Na falta de acordo, o empregador deve elaborar uma carta, após consulta ao conselho de empresa ou, na sua falta, aos delegados do pessoal. Esta carta define esses procedimentos para o exercício do direito de desconectar e, além disso, prevê a implementação, para funcionários e pessoal de gerência, de atividades de treinamento e conscientização sobre o uso razoável de ferramentas digitais¹⁷.

Destarte, pode-se certificar que houve uma certa positivação de modalidades do Direito à Desconexão na França, de modo a permitir a negociação coletiva para tutelar os períodos de descanso, intervalos de jornada, férias e direitos à intimidade e privacidade dos trabalhadores franceses.

Afirma-se, portanto, mas sem pretensões de esgotar o tema que, com fulcro no art. 8ª, da CLT¹⁸, busca-se, no direito comparado, respostas às indagações que surjam no país, de modo a complementar e, de maneira gradativa, integrar o ordenamento jurídico pátrio.

Em 2020, o Senador Fabiano Cantarato propôs o Projeto de Lei nº 4044/2020, em uma tentativa de regulamentar o direito à desconexão no Brasil. Nesse âmbito, a nova redação da CLT traria uma vedação da utilização de meios telemáticos pelo empregador para entrar em contato com o empregado durante seus períodos de descanso, relativamente ao regime de teletrabalho, ressalvadas as hipóteses de necessidade imperiosa em que fosse constatada força maior ou caso fortuito¹⁹.

¹⁷No Original: “Les modalités du plein exercice par le salarié de son droit à la déconnexion et la mise en place par l'entreprise de dispositifs de régulation de l'utilisation des outils numériques, en vue d'assurer le respect des temps de repos et de congé ainsi que de la vie personnelle et familiale. A défaut d'accord, l'employeur élabore une charte, après avis du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel. Cette charte définit ces modalités de l'exercice du droit à la déconnexion et prévoit en outre la mise en œuvre, à destination des salariés et du personnel d'encadrement et de direction, d'actions de formation et de sensibilisation à un usage raisonnable des outils numériques”. FRANCE. *Code du travail*. 2016. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=8E14CA6A0E436D07232F502E7D4230B.B.tpdila14v_1?idSectionTA=LEGISCTA000006178001&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20161031. Acesso em: 30 abr. 2022.

¹⁸ BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 25 abr. 2022.

¹⁹ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de lei nº 4044, de 2020**. Altera o § 2º do art. 244 e acrescenta o § 7º ao art. 59 e os arts. 65-A, 72-A e 133-A ao Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre o direito à

Além disso, o projeto traz uma definição do direito em questão, consistindo “na fruição, pelo empregado, de seu tempo de folga, a fim de garantir seu direito à saúde, ao lazer e à vida privada²⁰”. Contudo, conforme explicitado acima, a positivação do direito à desconexão, ainda que bem-vinda, não se mostraria necessária, tendo em vista que, por meio de uma interpretação lógico-sistemática, é possível compreendê-lo a partir de institutos infraconstitucionais, constitucionais e internacionais.

Por fim, indica-se que a jurisprudência acerca do tema ainda está se formando, contudo, entendeu a 7ª Turma do Tribunal Superior de Trabalho (AIRR-2058-43.2012.5.02.0464)²¹, em 2018, que a manutenção de empregado em regime de sobreaviso, além do limite permitido em lei (art. 244, §2º, da CLT), ofende o direito à desconexão. Faz-se, primeiro, necessário explicitar que o instituto de sobreaviso, hoje, por meio da analogia, aplica-se tanto para os ferroviários quanto para os empregados em geral, caracterizando-se como o período de tempo em que o funcionário aguarda ordens de seu empregador, estando em local diverso do local de trabalho, para o início do serviço. É, portanto, um instituto legal, mas que se utilizado de maneira desproporcional e abusiva pode ensejar consequências, sobretudo, ofensas ao direito à desconexão.

Nesse âmbito, percebe-se o que regime de sobreaviso, lido sob a ótica das novas tecnologias, se não aliado a instrumentos que melhorem, de fato, a condição de trabalho, acarreta o efeito contrário: o empregado torna-se refém de seu serviço, com a consequente supressão de seus períodos de descanso.

desconexão do trabalho. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8871666&ts=1630441472970&disposition=inline>. Acesso em: 25 abr. 2022.

²⁰ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de lei nº 4044, de 2020**. Altera o § 2º do art. 244 e acrescenta o § 7º ao art. 59 e os arts. 65-A, 72-A e 133-A ao Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre o direito à desconexão do trabalho. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8871666&ts=1630441472970&disposition=inline>. Acesso em: 25 abr. 2022.

²¹ Agravo De Instrumento Em Recurso De Revista Em Face De Decisão Publicada Antes Da Vigência Da Lei Nº 13.015/2014. Jornada de Trabalho. Horas De Sobreaviso. O regime de sobreaviso caracteriza-se como o tempo, previamente ajustado, em que o empregado permanece, fora do horário normal de serviço, à disposição do empregador, no aguardo de eventual chamada para o trabalho (...). Na hipótese, o quadro fático delineado no acórdão regional comprova, efetivamente, a ocorrência de restrição à liberdade do autor, já que, quando escalado em regime de plantão, deveria ficar com o telefone celular e notebook disponíveis a fim de prestar suporte técnico ao cliente que necessitava. Incidência do artigo 896, §§ 4º e 5º, da CLT. Agravo de instrumento a que se nega provimento. Responsabilidade Civil do Empregador. Danos Morais Causados Ao Empregado. Caracterização. Direito à Desconexão. Horas De Sobreaviso. Plantões Habituais Longos E Desgastantes. Direito Ao Lazer Assegurado Na Constituição E Em Normas Internacionais. Comprometimento Diante Da Ausência De Desconexão Do Trabalho. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (7. Turma). **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 2058-43.2012.5.02.0464**, Relator: Min. Cláudio Mascarenhas Brandão. Brasília, 18 out. 2017. Disponível em: https://portal.trt3.jus.br/escola/institucional/biblioteca/download/Tema_do_mes_abril_Direito_a_desconexao.pdf. Acesso em: 01 ago. 2022.

5 DA RESPONSABILIDADE CIVIL E DO DANO EXISTENCIAL PELA VIOLAÇÃO DO DIREITO À DESCONEXÃO

Em primeiro plano, é necessário analisar se presentes os requisitos da responsabilidade civil para, assim, definir se é possível a responsabilização do empregador pela violação do direito à desconexão. Nesse estudo, adota-se a responsabilidade civil em sua modalidade subjetiva, que exige a existência de três elementos: (i) conduta eivada de culpa lato *sensu*, (ii) dano e (iii) nexa causal.

Com relação ao primeiro elemento, o empregador, ao exigir que seu empregado permaneça conectado em computadores, celulares ou em outros aparelhos informáticos fora de sua jornada de trabalho, comete ato ilícito, nos termos do art. 186, do Código Civil²². Nesse sentido, o empregador pratica ação voluntária que viola o direito à desconexão de seu subordinado, podendo causar danos patrimoniais e, inclusive, danos de natureza extrapatrimonial, tais como o dano existencial.

Ao permanecer à disposição do empregador, o trabalhador não usufrui de maneira plena de seu tempo de descanso, de seu intervalo interjornada, não exercendo, por exemplo, seu direito ao lazer nem seu direito à saúde, direitos sociais estes com *status* de direitos fundamentais, previstos na Constituição Federal²³, em seu art. 6º. Ora, sem se desconectar efetivamente, o indivíduo fica constantemente refém de seu trabalho, de forma a não conseguir realizar outras atividades de modo efetivo.

Além disso, o obstáculo à utilização dos descansos pelo empregado, provocado pelo empregador, fere a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, previsto no art. 1º, da Constituição Federal²⁴. Para que os trabalhadores tenham uma vida e condições de trabalho dignas é fundamental que possam ter o direito de se desconectar do trabalho.

Outrossim, a Declaração Universal dos Direitos Humanos prevê, em seu art. 24, que “todo ser humano tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de

²² BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 08 ago. 2022.

²³ 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 abr. 2022.

²⁴ 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 abr. 2022.

trabalho e a férias remuneradas periódicas”²⁵. Nesse âmbito, percebe-se a íntima conexão entre os descansos previstos em lei e a fruição do direito ao repouso e ao lazer. Não é atoa que a legislação trabalhista e a própria Constituição Federal prevêm a limitação de jornada, sem o devido descanso, além da perda de produtividade do trabalho, é negada aos empregados uma vida digna.

Nesse contexto, insere-se o segundo elemento caracterizador da responsabilidade civil pela violação do direito à desconexão, o dano existencial. De acordo com Elaine Buarque, essa modalidade de dano estaria relacionada com uma “lesão ao prazer de viver do indivíduo, que se realiza e se desenvolve na sociedade em que está inserido”²⁶, tendo dois elementos constitutivos (i) o dano ao projeto de vida, e (ii) o dano à vida de relações.

Ainda sobre o assunto, Sebastião Geraldo de Oliveira defende que dano existencial ocorre:

[...] quando o ato lesivo provoca uma alteração não programada na rotina de vida da vítima, prejudicando suas escolhas, suas preferências e opções de lazer, o desenrolar natural da sua agenda diária, com imposição de um roteiro de sobrevivência não desejado. Seus hábitos e o modo de desfrutar o tempo livre são afetados pelo ato danoso, sobrevivendo a necessidade de ajustes, adaptações ou restrições, temporárias ou permanentes, com real prejuízo para a sua qualidade de vida²⁷.

Além da sua aplicação no Direito Civil, a Reforma Trabalhista inseriu o art. 223-B na Consolidação das Leis Trabalhistas, reconhecendo expressamente a existência da modalidade de dano existencial como espécie de dano extrapatrimonial. Nesse contexto, toda “ação ou omissão que ofenda a esfera [...] existencial da pessoa física ou jurídica” gera dano existencial, que deverá ser indenizado²⁸. Sobre o tema, esclarecem Rúbia Alvarenga e Jorge Boucinhas Filho:

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

²⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 25 abr. 2022.

²⁶ BUARQUE, Elaine. O dano existencial como uma nova modalidade de dano não patrimonial: a necessidade da ampliação do princípio da função social da responsabilidade civil e a busca da reparação integral do dano à pessoa. **Revista IBERC**, Minas Gerais, v. 2, n. 2, p. 1-22, mai.-ago./2019. Disponível em: <https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/57>. Acesso em: 30 ago. 2022.

²⁷ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. O Advento Legal do Dano Existencial Trabalhista. *In*: BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de; MARANHÃO, Ney; MELO, Sandro Nahmias; NASCIMENTO, Sonia Mascaro (Coord.) **O Mundo do Trabalho em Debate. Estudos em Homenagem ao Professor Georgenor de Sousa Franco Filho**. São Paulo, LTr, 2019. p. 327.

²⁸ BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 25 abr. 2022.

ou mesmo de recomeçar os seus projetos de vida, que serão, por sua vez, responsáveis pelo seu crescimento ou realização profissional, social ou pessoal²⁹.

No tocante ao dano ao projeto de vida, o indivíduo perde a possibilidade de atingir a autorrealização, não podendo dispor de seu tempo livremente conforme planejava. Trata-se de uma limitação de natureza existencial, em que o lesado tem tolhida a oportunidade de concretizar suas metas e objetivos³⁰.

Em relação ao direito à desconexão, o empregado, ao estar constantemente pensando no trabalho e à disposição do empregador, perde a oportunidade de gerir seu tempo de descanso como bem entender, o que o priva de se dedicar a alguma meta ou objetivo pessoal, não se sentindo realizado.

Por sua vez, o dano à vida em relações está intimamente conectado à ideia de privação do indivíduo em desenvolver relações interpessoais com outras pessoas em virtude do evento danoso. Com isso, o lesado perde a oportunidade de compartilhar vivências com outros indivíduos conforme gostaria, o que impede o engrandecimento de sua vida com esse contato³¹. Dessa forma, ao ter violado o direito à desconexão, o trabalhador perde a oportunidade de conviver com sua família e amigos, não podendo destinar seu tempo livremente à companhia de seus entes queridos. Assim, perde a oportunidade de realizar intercâmbios culturais, políticos, afetivos, religiosos com outras pessoas, visto que se encontra constantemente pressionado a estar à disposição das demandas laborais de seu empregador.

Por fim, o terceiro e último elemento é o nexo causal, entendido como o liame entre a conduta perpetrada pelo agente e o dano provocado. Em tratando-se de violação do direito à desconexão, é evidente que a conduta do empregador de exigir que o empregado esteja disponível em celulares ou outros meios informáticos para atender demandas laborais se conecta diretamente ao dano existencial sofrido pelo trabalhador.

Logo, resta evidenciada a possibilidade de responsabilização civil do empregador pela violação do direito à desconexão. Dessa maneira, ao constatar o ato ilícito praticado pelo empregador, que provoca dano existencial, surge a obrigação de reparar esse dano, nos termos

²⁹ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de; BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. **O dano existencial e o Direito do Trabalho**. Revista de Direito Trabalhista, v. 19, n. 3, p.33, mar. 2013. Disponível em: https://gvpesquisa.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/arquivos/boucinhas_-_o_dano_existencial_e_o_direito_do_trabalho.pdf. Acesso em: 30 ago. 2022.

³⁰ BUARQUE, Elaine. O dano existencial como uma nova modalidade de dano não patrimonial: a necessidade da ampliação do princípio da função social da responsabilidade civil e a busca da reparação integral do dano à pessoa. **Revista IBERC**, Minas Gerais, v. 2, n. 2, p. 1-22, mai.-ago./2019.

³¹ BUARQUE, Elaine. O dano existencial como uma nova modalidade de dano não patrimonial: a necessidade da ampliação do princípio da função social da responsabilidade civil e a busca da reparação integral do dano à pessoa. **Revista IBERC**, Minas Gerais, v. 2, n. 2, p. 1-22, mai.-ago./2019.

do art. 927, do Código Civil³². Sendo assim, é fundamental que os empregados que tenham esse direito suprimido e não consigam usufruir dos intervalos e descansos, sendo privados de seus direitos fundamentais ao lazer e à saúde, recebam indenização pelo dano existencial sofrido.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante as devidas reflexões, é possível traçar algumas conclusões preliminares. De início, constata-se que a contemporaneidade ensejou uma releitura do direito à desconexão do empregado, outrora interpretado como os períodos em que o trabalhador não está à disposição do empregador. Na atualidade, todavia, além da visão clássica do direito a desconectar-se, são inseridas as novas tecnologias (*tablets, smartphones, notebooks, redes sociais etc*) que violam - *em muito* - o direito do empregador de fruir seus períodos de descansos, seja por meio de mensagens, *e-mails*, ligações, entre outras formas de contato.

Além disso, conclui-se pela presença do referido direito no ordenamento jurídico brasileiro, e diversos são os fundamentos. Em que pese a (i) interpretação sistemática em relação aos institutos já existentes (diplomas infraconstitucionais, constitucionais e internacionais), também busca auxílio no (ii) direito comparado, haja vista a permissão pelo art. 8º, da CLT, do instituto como fonte subsidiária. Também ilustra o tema o Projeto de Lei nº 4.044, de 2020, que busca positivizar o direito à desconexão, contudo, posiciona-se no sentido de que já é viável sua aplicação. O referido Projeto alteraria a CLT, de modo a inserir o direito à desconexão no teletrabalho e nos demais períodos de descanso citados alhures (alteração do §2º, do art. 244 e acréscimo do §7º ao art. 59 e os arts. 65-A, 72-A e 133-A).

No tocante à responsabilidade civil por dano existencial decorrente da violação do direito à desconexão, percebe-se que tal possibilidade encontra respaldo no ordenamento jurídico brasileiro, com base no Código Civil, CLT e Constituição Federal. Nesse contexto, seja em decorrência do dano ao projeto de vida ou em decorrência ao dano à vida em relações, exigir que o empregado fique constantemente à disposição do empregador para resolver demandas laborais após a jornada de trabalho, além de extenuante, priva o trabalhador de exercer seu direito à desconexão, sendo possível e necessária a indenização pela violação desse direito.

Impedir que o empregado usufrua de seu intervalo interjornada livremente impossibilita que o trabalhador atinja o objetivo primordial deste instituto, o descanso.

³² BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 08 ago. 2022.

Ademais, fica o indivíduo obstado de desenvolver seus projetos pessoais e de conviver com seus entes queridos, tendo sua esfera existencial prejudicada. Sendo assim, deve o empregador, no exercício de seus poderes empregatícios, atuar de modo que possibilite que o seu empregado tenha uma vida digna, ou seja, privar o trabalhador de exercitar o direito à desconexão é agir de modo contrário aos direitos humanos e aos ditames da dignidade da pessoa humana, devendo tal conduta ser rechaçada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Almiro Eduardo de; SEVERO, Valdete Souto. **Direito à desconexão nas relações sociais de trabalho**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2016.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de; BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. **O dano existencial e o Direito do Trabalho**. Revista de Direito Trabalhista, v. 19, n. 3, p.32-38, mar. 2013. Disponível em: https://gvpesquisa.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/arquivos/boucinnhas_-_o_dano_existencial_e_o_direito_do_trabalho.pdf. Acesso em: 30 ago. 2022.

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 abr. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 25 abr. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 25 abr. 2022.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 08 ago. 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de lei nº 4044, de 2020**. Altera o § 2º do art. 244 e acrescenta o § 7º ao art. 59 e os arts. 65-A, 72-A e 133-A ao Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre o direito à desconexão do trabalho. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8871666&ts=1630441472970&disposition=inline>. Acesso em: 25 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (7. Turma). **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 2058-43.2012.5.02.0464**, Relator: Min. Cláudio Mascarenhas Brandão. Brasília, 18 out. 2017. Disponível em:

https://portal.trt3.jus.br/escola/institucional/biblioteca/download/Tema_do_mes_abril_Direito_a_desconexao.pdf. Acesso em: 01 ago. 2022.

BUARQUE, Elaine. O dano existencial como uma nova modalidade de dano não patrimonial: a necessidade da ampliação do princípio da função social da responsabilidade civil e a busca da reparação integral do dano à pessoa. **Revista IBERC**, Minas Gerais, v. 2, n. 2, p. 1-22, mai.-ago./2019. Disponível em: <https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/57>. Acesso em: 30 ago. 2022.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. **Teletrabalho no Brasil e no Mundo. Legislações comparadas - estudo de relações de trabalho**. Brasília: CNI, 2020. Disponível em: <https://conexaotrabalho.portaldaindustria.com.br/media/publication/files/Teletrabalho%20no%20Brasil%20e%20mundo.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2022.

COSTA, Thales Morais da. **Introdução ao direito francês**. Curitiba: Juruá, 2009.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2019.

FRANCE. **Code du travail**. 2016. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=8E14CA6A0E436D07232F502E7D4230B_B.tpdila14v_1?idSectionTA=LEGISCTA000006178001&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20161031. Acesso em: 30 abr. 2022.

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

HARFF, Rafael Neves. Direito à Desconexão: estudo comparado do direito brasileiro com o direito francês. **REVISTA ELETRÔNICA: acórdãos, sentenças, ementas, artigos e informações**. Porto Alegre: Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 4. Região, v. 13, n. 205, p. 53 - 74. jul. 2017. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/110255>. Acesso em: 30 ago. 2022.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. O Advento Legal do Dano Existencial Trabalhista. *In*: BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de; MARANHÃO, Ney; MELO, Sandro Nahmias; NASCIMENTO, Sonia Mascaro (Coord.) **O Mundo do Trabalho em Debate. Estudos em Homenagem ao Professor Georgenor de Sousa Franco Filho**. São Paulo, LTr, 2019, p. 322-333.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 25 abr. 2022.

SCALZILLI, Roberta. O Direito à desconexão: uma análise crítica do instituto do teletrabalho brasileiro frente ao dano existencial como consequência da jornada excessiva de trabalho em tempos de pandemia. **Revista Tribunal Regional do Trabalho 3ª Reg**, v. 1, p. 643-664, jul. 2020. Disponível em: <https://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/handle/11103/56362>. Acesso em: 30 ago. 2022.

SEVERO, Valdete Souto; DE ALMEIDA, Almiro Eduardo. **Direito à Desconexão nas Relações Sociais de Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2016.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Do direito à desconexão do trabalho. **Revista do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social**, São Paulo, v. 1, jan/jun, p. 91-115, 2006.

TEODORO; VIANA; ALMEIDA, NOGUEIRA. O direito à desconexão do trabalho: um direito fundamental do trabalhador. *In*: TEODORO, Maria Cecília Máximo (Coord.) **Direito material e processual do trabalho**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2017.

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

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANOS AMBIENTAIS, AÇÃO CIVIL PÚBLICA E LEGITIMADOS ATIVOS SOB A ÓTICA DO PROCESSO DEMOCRÁTICO

12

Clara Santos Furbino

Erick Mateus Silva

Sumário: 1. Considerações iniciais; 2. O meio ambiente jurídico e o dano ambiental; 3. Responsabilidade civil do estado e efetivação; 4. Legitimados ativos da ação civil pública sob a ótica do processo democrático; 5. Considerações finais; Referências.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho se situa na área de direito processual civil na ótica da responsabilidade civil do Estado, perpassando por noções de direito processual democrático e de danos ambientais.

O tema problema da pesquisa que se pretende resolver são os meios de efetivação da responsabilidade civil do Estado por Danos Ambientais, tanto na modalidade de ação como de omissão, sob a ótica do processo democrático. Para isso, irão ser conceituados alguns elementos que caracterizam o dano ambiental, com base no texto constitucional e outras legislações do ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, a presente pesquisa também visa fazer uma análise dos legitimados ativos da Ação Civil Pública e como eles se relacionam com toda a temática apresentada, voltando os olhares para a crítica referente à falta de democratização desse procedimento.

O tema objeto da investigação científica são o direito ambiental, ao discorrer sobre os danos ao meio ambiente, o direito civil material, principalmente no que tange à responsabilidade civil, e o direito processual civil, mais especificamente o procedimento especial de Ação Civil Pública e seus legitimados ativos, baseando-se no texto “Pandemia e as matrizes publicísticas do processo civil”, de autoria de André Cordeiro Leal e Vinícius Lott Thibau.

A pesquisa que se propõe pertence à vertente metodológica jurídico-normativa. No tocante ao tipo de investigação, foi escolhido, na classificação de Witker¹ e Gustin², o tipo jurídico-interpretativo. O raciocínio desenvolvido na pesquisa será predominantemente indutivo. Quanto à natureza dos dados, serão fontes secundárias.

2 O MEIO AMBIENTE JURÍDICO E O DANO AMBIENTAL

O conceito de meio ambiente jurídico foi introduzido pela Lei Federal 6.938/1981, denominada Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, em seu artigo 3º, inciso I, que diz que o meio ambiente é um “conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.³

A legislação constitucional, por sua vez, discute sobre o papel do Estado frente ao Meio Ambiente. Esse conteúdo está explicitado no artigo 225 da legislação constitucional, que dispõe, em seu parágrafo primeiro, o rol taxativo das incumbências do Poder Público para assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.⁴

Entre os incisos contidos na norma citada, destacam-se os V e VII, que discorrem, respectivamente, sobre “controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente” e “proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”⁵. Esses dois incisos são exemplos claros acerca do dever de ação do Estado, empregados nos verbos “controlar” e “proteger”. Ao deixar de realizar esses atos, o Estado pode cair no lugar da conduta omissiva, respondendo também pelo dano ambiental causado por terceiro.

Dessa maneira, correlacionado com a temática principalmente quando se fala em omissão do Estado, o dano ambiental é difícil de conceituar. Como visto anteriormente, o Meio Ambiente abriga e rege a vida em todas as suas formas, se tornando com conceito extremamente amplo. Nesse sentido, essa dificuldade de conceituação do dano ambiental fez com que a Doutrina desenvolvesse uma classificação que circunda três elementos: a amplitude do bem

¹ WITKER, Jorge. **Como elaborar uma 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. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

³ BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília, DF.

⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

protegido, a reparabilidade e os interesses jurídicos envolvidos e, por último, a extensão e o interesse objetivado⁶.

Quanto à “amplitude do bem jurídico protegido”:

1. Dano ecológico puro. (...) O meio ambiente pode ter uma conceituação restrita, ou seja, relacionada aos componentes naturais do ecossistema e não ao patrimônio cultural ou artificial. Nesta amplitude o dano ambiental significaria dano ecológico puro e sua proteção estaria sendo feita em relação a alguns componentes essenciais do ecossistema. Trata-se, segundo a doutrina, de danos que atingem, de forma intensa, bens próprios da natureza, em sentido restrito. 2. Em maior amplitude, o dano ambiental *latu sensu*, ou seja, concernente aos interesses difusos da coletividade, abrangeria todos os componentes do meio ambiente, inclusive o patrimônio cultural. Assim, estariam sendo protegidos o meio ambiente e todos os seus componentes, em uma concepção unitária. 3. Dano Individual ambiental ou reflexo, conectado ao meio ambiente, que é, de fato, um dano individual, pois o objetivo primordial não é a tutela dos valores ambientais, mas sim dos interesses próprios do lesado, relativos ao microbem ambiental. O bem ambiental de interesse coletivo estaria, desta forma, indiretamente ou, de modo reflexo, tutelado, e não haveria uma proteção imediata dos componentes do meio ambiente protegido⁷.

No que tange à “natureza do interesse lesado”, a doutrina apresenta um interesse lesado de natureza de dano patrimonial/material e dano extrapatrimonial/moral, que irão se identificar de acordo com o caso concreto. Nessa conjuntura, o dano ambiental patrimonial é aquele que vai repercutir nele próprio, ou seja, na proteção constitucional de meio ambiente ecologicamente equilibrado, no artigo 225 da Constituição Federal. Esse dano vai se relacionar com compensação, indenização, ou restituição ao *status quo ante*. O dano ambiental extrapatrimonial, por outro lado, é a ofensa ao sentimento difuso ou coletivo resultante da lesão ambiental patrimonial, que só contempla o campo da compensação⁸.

Em relação à “reparabilidade e o interesse envolvido”:

1. Dano ambiental de reparabilidade direta, quando diz respeito a interesses próprios individuais ou individuais homogêneos e apenas reflexos com o meio ambiente e atinentes ao microbem ambiental. O interessado que sofreu lesão será diretamente indenizado. 2. Dano ambiental de reparabilidade indireta, quando diz respeito a interesses difusos, coletivos e eventualmente individuais de dimensão coletiva, concernentes à proteção do macrobem ambiental e relativos a proteção do meio ambiente como bem difuso, sendo que a reparabilidade é feita indireta e preferencialmente, ao bem ambiental de interesse coletivo e não objetivando ressarcir interesses próprios e pessoais. Observe-se que, nesta concepção, o meio ambiente é reparado indiretamente no que concerne à sua capacidade funcional ecológica e à capacidade de aproveitamento humano e não, por exemplo, considerando a deterioração de interesse dos proprietários do bem ambiental⁹.

⁶ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental**. 8. ed., rev., atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 95.

⁷ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental**. 8. ed., rev., atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 95.

⁸ FOPA, Tamires Regina Zimermann. Dano ambiental e sua reparação. **Âmbito jurídico**, 24 jul. 2019.

⁹ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental**. 8. ed., rev., atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 95-96.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E EFETIVAÇÃO

Uma vez conceituados o meio ambiente e o dano ambiental, resta uma indagação: quem responde pelas consequências desse dano, se o meio ambiente é tão amplo e coletivo? A verdade é que tanto empresas que causam dano quanto particulares podem responder, mas o agente que realmente se destaca quando o assunto é dano ambiental nada mais é do que aquele que engloba a coletividade: o Estado.

A Responsabilidade Civil do Estado perpassou por muitas questões na jurisdição brasileira nos últimos anos, contando com divergências sobre a sua natureza (isto é, responsabilidade civil subjetiva ou objetiva) e conceitos relacionados. Ao longo de todo o período no qual os pormenores acerca desta temática eram discutidos, conseguiu-se chegar a um consenso: a responsabilidade civil do Estado é objetiva, ilimitada e solidária.

Entretanto, nenhuma classificação jurídica possui finalidade se não houver o entendimento da ocorrência de responsabilização civil do Estado. Esta, por sua vez, se divide em duas: o Estado possui responsabilidade tanto por atos comissivos (ação) quanto por omissivos (omissão).

Pela ação, é seguida a lógica intrínseca à responsabilização civil: um ato ilícito é derivado da conduta do agente, que por sua vez é o responsável pelo dano causado e, conseqüentemente, adquire o dever de indenizar. Na legislação brasileira, a responsabilidade civil do Estado por atos comissivos se encontra normatizada no artigo 37, §6º da Constituição Federal, que dispõe:

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.¹⁰

Pela omissão, entretanto, o raciocínio se torna mais complexo: os danos, em regra, não são causados por agentes públicos, mas sim por fatos da natureza ou fatos de terceiro que poderiam ter sido evitados ou minorados se o Estado se omitiu¹¹. Em outras palavras, o Estado responde civilmente quando descumpre seu dever de agir, ou seja, deveria atuar e não o fez.

A chave para determinar a falta de serviço e, conseqüentemente, a procedência da responsabilidade estatal por um ato omissivo se encontra na configuração ou não de

¹⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 655.

uma omissão antijurídica. Esta última se perfila só quando seja razoável esperar que o Estado atue em determinado sentido para evitar os danos às pessoas ou aos bens dos particulares. Pois bem, a configuração de dita omissão antijurídica requer que o Estado ou suas entidades descumpram uma obrigação legal expressa ou implícita (art. 1.074 do Cód. Civil) tal como são as vinculadas com o exercício da polícia administrativa, descumprimento que possa achar-se imposto também por outras fontes jurídicas.¹²

Isto significa dizer que, para a responsabilidade decorrente de omissão, tem que haver o dever de agir por parte do Estado e a possibilidade de agir para evitar o dano. Nesse contexto, a culpa está embutida na ideia de omissão, pois não há como falar em responsabilidade objetiva em caso de inércia do agente público que tinha o dever de agir e não agiu, sem que para isso houvesse uma razão aceitável.¹³

A autora Weida Zancaner Brunini elucida a temática:

Portanto, o Estado responde tanto pelas ações, como pelas omissões dos agentes públicos em geral, pois pode a omissão vir a ser causa eficiente do dano. A Constituição, a nosso ver, agasalhou a responsabilidade objetiva, tanto nos atos comissivos, como nos omissivos, parecendo-nos preferível este entendimento àquele que pretende apartar da teoria objetiva os comportamentos omissivos, enquadrando-os na teoria subjetiva e, portanto, sujeitando-se à comprovação de culpa para a consequente imputação de responsabilidade ao Estado.¹⁴

Nesse sentido, quando se discute a responsabilidade civil do Estado por omissão, não se pode deixar de falar do princípio do poluidor-pagador, que por um lado reitera e reforça a máxima proteção ambiental através dos princípios ambientais de prevenção, precaução e reparação/responsabilidade, por outro, orienta e busca implementar uma forma justa de distribuição do ônus da prevenção e reparação dos danos ambientais entre os agentes econômicos, parceiros comerciais e consumidores, mediante um sistema que transfere os custos de poluição do Estado e da sociedade para os responsáveis diretos e indiretos pela atividade pública.¹⁵

Esse princípio implica, necessariamente, na responsabilidade civil objetiva, prioridade da reparação específica do dano ambiental e da solidariedade para suportar os danos causados ao meio ambiente.¹⁶

¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 655.

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 655.

¹⁴ BRUNINI, Weida Zancaner. **Da responsabilidade extracontratual da Administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 62.

¹⁵ BECHARA, Erika. Princípio do poluidor pagador. In: NERY JR., Nelson; FREIRE, André Luiz; ABOUD, Georges. **Enciclopédia jurídica da PUCSP**, tomo Direitos Difusos e Coletivos, julho de 2020.

¹⁶ SANTOS, Flávio Luiz Vidal dos. Responsabilidade civil ambiental do Estado por omissão: responsabilidade objetiva e solidária de execução subsidiária. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul**, v. 15, p. 155-167, fev. 2020.

Diante do exposto acima, faz-se de extrema necessidade explicar as classificações da responsabilidade civil do Estado (que também se encontram pautadas no princípio do poluidor-pagador), que são responsabilidade objetiva, ilimitada e solidária. É solidária porque o Estado deve responder juntamente com o terceiro causador do dano porque deixou de executar seu dever de agir e é ilimitada porque se discute um interesse difuso e coletivo, o meio ambiente, frente à responsabilização por dano ambiental. Mas, por que é objetiva em todos os casos, se a responsabilidade por omissão é classificada por alguns doutrinadores como subjetiva?

O principal e mais genérico argumento jurídico, frequentemente utilizado para embasar essas decisões, em respeito ao art. 93, inciso IV, da CRFB/88, é o fato de ser pacífico que a sistemática da responsabilidade objetiva foi completamente absorvida por nossa legislação, no que se refere à matéria ambiental, e, como se sabe, a responsabilidade deve ser objetiva quando há previsão legal.¹⁷

Além disso, o STJ, quando se trata de danos ao meio ambiente, mostrou nos últimos 10 anos um rumo mais constante no sentido de defender a responsabilidade objetiva do Estado, mesmo quando este se apresenta como poluidor indireto.¹⁸

Nesse contexto, se torna essencial realizar a seguinte indagação: como é possível a efetivação da responsabilidade civil do Estado? Diante do exposto, fica claro que, para a efetivação da responsabilidade civil do Estado, o meio mais eficaz, é a utilização, pelo Ministério Público, da Ação Civil Pública, sendo um mecanismo legal e mais eficiente na luta pela preservação ambiental.

4 LEGITIMADOS ATIVOS DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA SOB A ÓTICA DO PROCESSO DEMOCRÁTICO

Expostas as observações sobre a responsabilidade civil ambiental, é preciso analisar, também, a forma de efetivação desse direito. Para tal, a ação civil pública se mostra como meio mais efetivo e mais usado.

É importante registrar – mais detalhadamente adiante – que o reconhecimento do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (na Lei 6938/81 – Política Nacional do Meio Ambiente), bem como a previsão de que caberia ao Ministério Público a propositura de uma ação civil de responsabilidade pelos danos causados no art. 14, § 1º foi a justificativa para que se deflagrasse o surgimento da Lei n. 7347/85. É da Lei 6938/81 que estabeleceu a Política Nacional do Meio Ambiente que surge a

¹⁷ SANTOS, Flávio Luiz Vidal dos. Responsabilidade civil ambiental do Estado por omissão: responsabilidade objetiva e solidária de execução subsidiária. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul*, v. 15, p. 155-167, fev. 2020, p. 157.

¹⁸ SANTOS, Flávio Luiz Vidal dos. Responsabilidade civil ambiental do Estado por omissão: responsabilidade objetiva e solidária de execução subsidiária. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul*, v. 15, p. 155-167, fev. 2020.

ação civil pública. Ali, naquele citado dispositivo o ponto de partida para que se reconhecesse que o CPC não tinha, nem pela legitimidade, nem pela coisa julgada, um sistema apropriado para este tipo de tutela jurídica.¹⁹

Nota-se que neste caso específico a ação civil pública busca tutelar um direito difuso, que é o direito a um meio ambiente equilibrado, além da preservação ambiental. Nesse sentido, o código de Defesa do Consumidor define direitos difusos como:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo
Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.²⁰

Ressaltada a importância de tal ação e “quem” é protegido por esse direito (toda a sociedade, ou seja, a coletividade), é necessário analisar a limitação dos legitimados para a propositura desta ação. Isso porque, como se trata da tutela de um direito difuso, não só algumas instituições devem ter a legitimidade de propor a ação civil pública, como é o caso.

Desse modo, urge analisar a obra “Processo Civil e Sociedade Civil”, de Rosemiro Pereira Leal. Nesta, o autor expõe uma análise sobre a dogmática processual brasileira, que adota a teoria de Oskar von Bülow, e sua influência para a reprodução de uma persistente violência histórica. Nesse sentido, a citada teoria de Bülow se mostra como causa a instrumentalizar e reproduzir a dominação dos patrimonialmente excluídos pelas autoridades, de modo que apenas alguns decidam sobre os rumos da sociedade.²¹

Como visto no texto “Pandemia e as matrizes publicísticas do processo civil”, de André Cordeiro Leal e Vinícius Lott Thibau, a análise de Rosemiro Pereira Leal perpassa por considerações acerca da origem da palavra *civil*, de modo a buscar o seu sentido e sua aplicação na atualidade. Assim:

Pelas conjecturas que formaliza, Rosemiro Pereira Leal aduz que ao civil opõe-se o *potus*, que é o “errante, tonto, vadio, despossuído”, cujos destinos são fixados pelas decisões ordenadoras do civil – o que explica, aliás, o sentido do substantivo *civilitas*, que é “a ciência de governar, politicar”. [...] Isso permite concluir que, pela origem romana do termo, o governo – como imposição da ordem; como administração – é exercido pelos civis e dirigido tanto ao povo adotado (cidadãos) quanto ao povo não adotado (*potus*). Embora a ambos o civil permita um vilejar, ou seja, um “(andar na vila), usar e portar as feitorias civis”, ao *potus*, povo não cidadanizado, resta, apenas, a possibilidade de vagar em tais espaços, porque segue sem um lugar

¹⁹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Ação civil pública e meio ambiente [recurso eletrônico]**: tutela contra o ilícito, o risco e o dano ao equilíbrio ecológico. Indaiatuba: Foco, 2021.

²⁰ BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor.

²¹ LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. Pandemia e as matrizes publicísticas do processo civil. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, Belo Horizonte, n. 42, p. 327-340, set./dez. 2020.

arquiteticamente edificado para que possa habitar na *villa*, tal qual, hoje, o “morador de rua, favelado, campesino, excluído social.”²²

Desse modo, Rosemiro Pereira Leal conclui que a dogmática tradicional do processo civil contribui para a reafirmação da violência histórica dos civis. Isso porque, com a adoção da teoria de Oskar von Bülow, o direito processual brasileiro afirma que o processo é apenas um instrumento da jurisdição e da ação dos civis, de modo a reforçar a ordem dos patrimonializados, que governam e sentenciam os cidadãos.²³

Ato contínuo, para André Cordeiro Leal e Vinícius Lott Thibau:

[...] a jurisdição dos civis é responsável pela manutenção da ordem pública, da segurança jurídica, da paz social e da justiça, não se podendo desconsiderar, para que tal se implemente, a missão judiciária de busca permanente pela realização de escopos metajurídicos da nação. A assimilação expressa pelo Código de Processo, que é Civil, bem como pelas demais leis processuais vigentes no Brasil, de pressupostos que ocultam e reproduzem uma persistente violência histórica no recinto de operacionalização do direito, ratifica que o “mais perverso legado deixado pela proposta daquele que é considerado o criador da ciência do processo, com efeito, foi o seu pano de fundo jurisdicionalista”.²⁴

Nesse sentido, a limitação de legitimados para a propositura da ação civil pública com o objetivo de proteger o direito (difuso) a um meio ambiente equilibrado é uma consequência, um desdobramento, da teoria de Oskar von Bülow. Desse modo, a situação em questão é uma reafirmação da violência histórica dos civis, em que o *potus* é, mais uma vez, excluído.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, a exposição apresentada neste texto mostra a importância da tutela do meio ambiente ecologicamente equilibrado, como já elucidado na Constituição Federal de 1988. Tendo essa premissa em vista, discutiu-se o conceito de dano ambiental e todas as esferas que este alcança, concluindo que é um direito inerente à coletividade.

Apreciando a coletividade do dano ambiental, discute-se acerca da responsabilidade civil do Estado, mas o agente que realmente se destaca quando o assunto é dano ambiental, pois engloba a coletividade. Nesse contexto, é analisada a responsabilidade estatal não só pela ação como pela omissão (que engloba também fatos da natureza ou fatos de terceiro que poderiam ter sido evitados ou minorados se o Estado se omitiu) da proteção ao meio ambiente,

²² LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. Pandemia e as matrizes publicísticas do processo civil. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, Belo Horizonte, n. 42, p. 327-340, set./dez. 2020.

²³ LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. Pandemia e as matrizes publicísticas do processo civil. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, Belo Horizonte, n. 42, p. 327-340, set./dez. 2020.

²⁴ LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. Pandemia e as matrizes publicísticas do processo civil. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, Belo Horizonte, n. 42, p. 327-340, set./dez. 2020.

perpassando pelos conceitos de responsabilidade objetiva, ilimitada e solidária características do Estado, além do princípio do poluidor-pagador, que tem como um de seus objetivos reiterar e reforçar a máxima proteção ambiental através dos princípios ambientais de prevenção, precaução e reparação/responsabilidade.

A partir da análise de todos esses conceitos, o raciocínio parte para meios de efetivação dessa proteção ambiental de forma plena, levando a crer que essa responsabilidade deve ser cobrada através do ajuizamento de ação civil pública.

Nesse sentido, a limitação de legitimados para a propositura da ação civil pública, com o objetivo de proteger o direito (difuso) a um meio ambiente equilibrado, é uma consequência, um desdobramento, da teoria de Oskar von Bülow, que rege o processo civil brasileiro atual, com característica essencialmente instrumentalista. Dessa maneira, são mostradas as falhas desse sistema com base no texto “Pandemia e as matrizes publicísticas do processo civil”, de autoria de André Cordeiro Leal e Vinícius Lott Thibau.

Desse modo, é mostrada a situação em questão como mais um exemplo de como a citada teoria de Bülow se mostra como causa a instrumentalizar e reproduzir a dominação dos patrimonialmente excluídos pelas autoridades, de modo que apenas alguns decidam sobre os rumos da sociedade, fechando as portas para o processo democrático e reforçando o processo civil com características quase que aristocráticas.

REFERÊNCIAS

BECHARA, Erika. Princípio do poluidor pagador. In: NERY JR., Nelson; FREIRE, André Luiz; ABOUD, Georges. **Enciclopédia jurídica da PUCSP**, tomo Direitos Difusos e Coletivos, julho de 2020. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/334/edicao-1/principio-do-poluidor-pagador>. Acesso em: 19 ago. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%206.938%2C%20DE%2031%20DE%20AGOSTO%20DE%201981&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20Pol%C3%ADtica%20Nacional,aplica%C3%A7%C3%A3o%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias. Acesso em: 20 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 19 ago. 2022.

BRUNINI, Weida Zancaner. **Da responsabilidade extracontratual da Administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FOPA, Tamires Regina Zimmermann. Dano ambiental e sua reparação. **Âmbito jurídico**, 24 jul. 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/180/dano-ambiental-e-sua-reparacao/>. Acesso em: 19 ago. 2022.

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

LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. Pandemia e as matrizes publicísticas do processo civil. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, Belo Horizonte, n. 42, p. 327-340, set./dez. 2020. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/01/DIR42-20.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2022.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental**. 8. ed., rev., atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Ação civil pública e meio ambiente [recurso eletrônico]: tutela contra o ilícito, o risco e o dano ao equilíbrio ecológico**. Indaiatuba: Foco, 2021.

SANTOS, Flávio Luiz Vidal dos. Responsabilidade civil ambiental do Estado por omissão: responsabilidade objetiva e solidária de execução subsidiária. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul**, v. 15, p. 155-167, fev. 2020. Disponível em: <http://www.pge.ms.gov.br/wp-content/uploads/2020/02/Revista-PGE-completo-1.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2022.

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

RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E WRONGFUL CONCEPTION

13

Camilla Rodrigues Cardoso

Mariza de Souza Paiva

Sumário: 1. Considerações iniciais; 2. Aspectos conceituais e terminológicos do nascimento indesejado; 3. Wrongful conception e os procedimentos de esterilização eletiva; 4. Responsabilidade civil do médico pelo nascimento indesejado; 5. Wrongful conception à luz dos danos materiais e imateriais; 5.1. Dano material; 5.2. Dano moral; 5.3. Dano existencial; 5.4. Dano estético; 6. Considerações finais; Referências.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A busca pela regulação do corpo social e, em especial, das relações que o compõem, está constantemente sob a ótica do Direito. Nesse sentido, os avanços produzidos pela Ciência e o desenvolvimento de novas tecnologias encontram espaço nos mais diversos ramos da vida em sociedade, influenciando a construção e a aplicação das normas jurídicas. Dessa forma, dentre as mudanças ocasionadas pela evolução da sociedade, destaca-se o surgimento de novos danos que passam a ser objeto de reconhecimento no âmbito da Responsabilidade Civil em hipóteses anteriormente – quase – impensáveis.

Nesse contexto, ressaltam-se a evolução e o aperfeiçoamento dos métodos contraceptivos existentes na atualidade, precipuamente, os procedimentos de esterilização eletiva. Dessarte, a pesquisa se propõe a analisar a responsabilidade civil médica atinente ao nascimento de filhos indesejados, sobretudo, nos casos de *Wrongful Conception*.

A princípio, estuda-se acerca dos elementos conceituais e terminológicos associados ao Nascimento Indesejado. Em segundo lugar, analisou-se a relação existente entre os procedimentos de esterilização eletiva e as hipóteses em que se verifica o *Wrongful Conception*. Posteriormente, passou-se ao estudo da Responsabilidade Civil Médica, com enfoque na relação médico-paciente, bem como nas regras e deveres de conduta do médico. Por fim, buscou-se identificar os tipos de danos passíveis de indenização relacionados ao nascimento indesejado, explorando, inclusive a temática dos “novos danos”.

A metodologia empregada se restringiu à análise da possibilidade de imputação de responsabilidade civil nos casos de gravidez indesejada, de modo a identificar os danos indenizáveis existentes. Assim, o trabalho se pautou na pesquisa qualitativa com a utilização da técnica de pesquisa bibliográfica e documental, tendo o Código de Ética Médica (CEM), o Código de Defesa do Consumidor (CDC) e a jurisprudência pátria como elementos fundamentais constituintes do embasamento técnico-científico. Outrossim, a construção da hipótese de imputação da responsabilidade se deu por meio do método dialético, já que sua ratificação perpassa a interlocução de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais.

Em síntese, se faz mister frisar a relevância da referida matéria, uma vez que as divergências quanto ao reconhecimento, no ordenamento jurídico brasileiro, dos danos decorrentes do nascimento indesejado são capazes de resultar em insegurança jurídica.

2 ASPECTOS CONCEITUAIS E TERMINOLÓGICOS DO NASCIMENTO INDESEJADO

A nomenclatura relativa à figura do nascimento de filhos indesejados encontra raízes no direito comparado. O termo “*Wrongful Actions*”¹ é a denominação utilizada para definir espécies de ações indenizatórias que têm por fundamento uma falha médica que resulta em uma concepção, gravidez ou nascimento indesejado². No íntimo dessa terminologia, encontram-se as figuras do “*Wrongful Conception*”³, “*Wrongful Birth*”⁴ e “*Wrongful Life*”⁵. Ainda que essas designações tenham origem na doutrina norte-americana, é importante salientar que não há consenso nos aspectos conceituais desses institutos.

Na visão de alguns autores como David Hirsch⁶, as ações de *Wrongful Birth* seriam aquelas fundadas no nascimento de uma criança indesejada, ainda que saudável, em decorrência de uma negligência médica. Já o conceito de *Wrongful Life* abarcaria os casos em que o erro médico desencadeou o nascimento de uma criança deficiente que demandaria cuidados especiais por toda a vida.

¹ Traduzida em seu sentido literal como “Ações erradas”, ações que são fundadas no erro.

² DE SÁ, Priscilla Zeni; NARDELLI, Eduardo Felipe. Concepção Indesejada (*wrongful conception*), Nascimento Indesejado (*wrongful birth*) e Vida Indesejada (*wrongful life*): Possibilidade da Reparação na Perspectiva do Direito Civil – Constitucional Brasileiro. Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva, Curitiba, v.2, n.2, p. 152, jul./dez. 2016.

³ Traduzida em seu sentido literal como “Concepção errada”, concepção indesejada ou concepção por engano

⁴ Traduzida em seu sentido literal como “Nascimento errado”, nascimento indesejado ou nascer por engano.

⁵ Traduzida em seu sentido literal como “Vida errada”, vida indesejada ou vida por engano.

⁶ HIRSCH, David. *Rights and Responsibilities in Wrongful Birth/ Wrongful Life Cases*. *UNSW Law Journal*, v. 29, n. 2, p. 233-238, 2006.

Na vertente contrária, Wendy F. Hensel⁷ defende a utilização do termo *Wrongful Birth* nas hipóteses em que há, necessariamente, o nascimento de uma criança deficiente, em que sua concepção ou nascimento poderiam ter sido evitados com seu diagnóstico prévio. Para Hensel há grande similaridade entre *Wrongful Birth* e *Wrongful Life*, se distinguindo apenas pelo fato de que a segunda terminologia é utilizada quando a ação é proposta no nome da própria criança.

Apesar da divergência doutrinária, a tendência majoritária trata do *Wrongful Conception* como a denominação correta para abarcar todos os casos que envolvem o nascimento de crianças sem qualquer tipo de deficiência, mas indesejadas⁸, ao passo que o *Wrongful Birth* seria adequadamente aplicado às ações propostas por pais de filhos planejados, mas que nasceram com alguma deficiência.

O dissenso terminológico e a ausência de sistematização da nomenclatura utilizada nas *Wrongful Actions* abrem portas para a insegurança jurídica, que se agrava ainda mais no Brasil, em que não há, até o momento, regras positivadas acerca do tema. Nesse sentido, Melina Gruber Endres⁹ defende a importância em compreender *Wrongful Conception*, *Wrongful Birth* e *Wrongful Life* como danos autônomos, afim de se estabelecer critérios objetivos e evitar sua banalização.

3 WRONGFUL CONCEPTION E OS PROCEDIMENTOS DE ESTERILIZAÇÃO ELETIVA

A partir da elucidação do conceito de *wrongful conception*, passa-se a análise da relação desse fenômeno com os procedimentos de esterilização eletiva, uma vez que estes objetivam, sobretudo, a incapacidade para a reprodução¹⁰. Nesse sentido, segundo Hélio Pereira de Magalhães¹¹, diferentemente dos procedimentos de urgência que necessitam de serem realizados de forma imediata, nos eletivos a situação clínica do paciente permite que sejam programados e, portanto, viabilizam que os profissionais tenham conhecimento prévio das técnicas a serem empregadas para o sucesso da cirurgia. Dessa forma, os procedimentos de

⁷ HENSEL, Wendy F. *The Disabling Impact of Wrongful Birth and Wrongful Life Actions*. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, p. 142, v. 40, 2005

⁸ PETEFFI DA SILVA, Rafael; RAMMÊ, Adriana Santos. Responsabilidade Civil pelo Nascimento de Filhos Indesejados: Comparação Jurídica e Recentes Desenvolvimentos Jurisprudenciais. *Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisprudencial*, v. 1, n.01, p. 124, dez. 2013.

⁹ ENDRES, Melina Gruber. Danos ao planejamento familiar: análise das *Wrongful Actions* no Direito Brasileiro. *Revista das Jornadas Luso-Brasileiras do CIDP*, Ano 4 (2018), n.6, p.581.

¹⁰ CASEY, Frances E. Esterilização. *MDS MANUALS*, nov. 2018. Disponível em: <https://www.msdmanuals.com/pt/casa/problemas-de-saude-feminina/planejamento-familiar/esterilizacao>. Acesso em: 27 jan. 2021.

¹¹ MAGALHÃES, Hélio Pereira de. *Técnica cirúrgica e cirurgia experimental*. São Paulo: Ed. Roca. 1989.

esterilização eletiva possibilitam um contato anterior entre médico e paciente, e, assim, o diálogo e a definição acerca do método mais adequado ao caso concreto, além dos riscos e demais instruções fundamentais para a eficácia da cirurgia.

Para a esterilização em homens, utiliza-se a vasectomia, procedimento que “envolve cortar e fechar os canais deferentes (tubos que transportam os espermatozoides desde os testículos).”¹² De acordo com o Ministério da Saúde¹³, trata-se de uma cirurgia simples, com 98% de taxa de segurança, pouco invasiva, e que pode ser realizada até mesmo em ambulatório. Ademais, o procedimento integra a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde do Homem e é ofertado pelo Sistema Único de Saúde (SUS) aos homens com capacidade civil plena e maiores de 25 anos de idade ou que tenha ao menos dois filhos vivos, segundo o artigo 10 da Lei nº 9.263 de 1996.

Nesse contexto, diante dos elevados índices de sucesso e de simplicidade do procedimento, observa-se um aumento significativo na procura pela vasectomia ao longo dos últimos anos. Conforme Deivid Ramos dos Santos *et. al*¹⁴, a realização de vasectomias pelo SUS cresceu 40,5% entre 2009 e 2018, chegando a uma média superior a 35 mil cirurgias por ano¹⁵.

No tocante à esterilização em mulheres, os procedimentos consistem na laparoscopia, histeroscopia e minilaparotomia. Dentre tais métodos, o mais comum é a esterilização laparoscópica, mais conhecida como laqueadura, em que “o médico insere um tubo de visualização fino (laparoscópio) através de uma incisão e opera através do laparoscópio para remover, cortar e/ou bloquear as trompas de Falópio.”¹⁶ Tal procedimento é ofertado pelo SUS a mulheres que cumpram os mesmos requisitos do artigo 10 da Lei nº 9.263 de 1996¹⁷. Ademais,

¹² CASEY, Frances E. Esterilização. MDS MANUALS, nov. 2018. Disponível em: <https://www.msdmanuals.com/pt/casa/problemas-de-saude-feminina/planejamento-familiar/esterilizacao>. Acesso em: 27 jan. 2021.

¹³ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Vasectomia: Saiba mais sobre indicação, segurança e reversão. Blog da Saúde, 18 maio 2016. Disponível em: <http://www.blog.saude.gov.br/index.php/50999-vasectomia-saiba-mais-sobre-indicacao-seguranca-e-reversao>. Acesso em: 27 jan. 2021.

¹⁴ DOS SANTOS, Deivid Ramos *et al*. Crescimento da vasectomia no Sistema Único de Saúde entre 2009 a 2018: um estudo retrospectivo. Revista Eletrônica Acervo Saúde, v. 12, n. 3, p. 4, 2020.

¹⁵ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Vasectomia: Saiba mais sobre indicação, segurança e reversão. Blog da Saúde, 18 maio 2016. Disponível em: <http://www.blog.saude.gov.br/index.php/50999-vasectomia-saiba-mais-sobre-indicacao-seguranca-e-reversao>. Acesso em: 27 jan. 2021.

¹⁶ CASEY, Frances E. Esterilização. MDS MANUALS, nov. 2018. Disponível em: <https://www.msdmanuals.com/pt/casa/problemas-de-saude-feminina/planejamento-familiar/esterilizacao>. Acesso em: 27 jan. 2021.

¹⁷ BRASIL. Lei nº 9.263 de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm. Acesso em: 29 jan. 2021.

de acordo com Frances Casey¹⁸, a taxa de falha cumulativa da laqueadura depende da técnica escolhida, mas é cerca de 1,8% em 10 anos.

Já na histeroscopia, a esterilização se dá por meio do bloqueio das trompas pelo tecido cicatricial, pois “o médico insere um tubo de visualização flexível nas trompas de Falópio através da vagina e do útero. Bobinas são então colocadas nas trompas de Falópio para bloqueá-las. A bobina irrita o tecido nas trompas, levando à formação de tecido de cicatrização.”¹⁹ Por fim, a minilaparotomia normalmente é realizada logo após o parto, e se trata de uma cirurgia em que o médico faz uma incisão no abdômen e retira uma parte cada trompa do Falópio. Em geral, segundo Frances Casey²⁰, as principais complicações nos procedimentos de esterilização eletiva feminina consistem em morte (1 a 2 mulheres a cada 100 mil), hemorragias ou lesões intestinais (aproximadamente 0,5%) e gestação ectópica (cerca de 30% das gestações que ocorrem após a oclusão tubária).

Em suma, diante dos diversos procedimentos de esterilização eletiva existentes e suas particularidades, resta evidente a importância dos fatores comunicação e confiança na relação médico-paciente, ressaltando-se ainda que o dever de informar do médico é fundamental para o sucesso da operação. A título de exemplo, tem-se a necessidade de se manter algum método contraceptivo nos primeiros meses após a vasectomia, já que a esterilidade apenas é assegurada depois da realização do espermograma que constatar a ausência de espermatozoides, segundo o Ministério da Saúde²¹. Ademais, a mesma instrução precisa ser informada na execução da esterilização histeroscópica, pois a reação que obsta as tubas uterinas pode levar muitas semanas, conforme Frances Casey²².

Assim, orientações como o tempo necessário para a esterilidade, a possibilidade de reversão natural e os riscos do procedimento são fundamentais para definir a responsabilidade civil do médico nos casos de gravidez indesejada. Nesse sentido, a possibilidade de tal reparação depende de uma análise complexa abrangendo as condutas do profissional e do paciente antes, durante e após a cirurgia, tendo como base a legislação e a jurisprudência pátrias.

¹⁸ CASEY, Frances E. Esterilização. MDS MANUALS, nov. 2018. Disponível em: <https://www.msdmanuals.com/pt/casa/problemas-de-saude-feminina/planejamento-familiar/esterilizacao>. Acesso em: 27 jan. 2021.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid.

²¹ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Vasectomia: Saiba mais sobre indicação, segurança e reversão. Blog da Saúde, 18 maio 2016. Disponível em: <http://www.blog.saude.gov.br/index.php/50999-vasectomia-saiba-mais-sobre-indicacao-seguranca-e-reversao>. Acesso em: 27 jan. 2021.

²² CASEY, Frances E. Esterilização. MDS MANUALS, nov. 2018. Disponível em: <https://www.msdmanuals.com/pt/casa/problemas-de-saude-feminina/planejamento-familiar/esterilizacao>. Acesso em: 27 jan. 2021.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO PELO NASCIMENTO INDESEJADO

A imputação de responsabilidade civil ao profissional médico exige uma atenta análise dos institutos jurídicos que compõem a relação médico-paciente. Isso porque é imperativo compreender que nem todo resultado adverso proveniente de um procedimento é considerado erro médico²³.

No âmbito do exercício da medicina, firma-se um contrato de prestação de serviço entre o médico e o seu paciente, havendo, por natureza, uma obrigação recíproca entre as partes. Nessa relação, o médico figura como profissional liberal, sendo aquele que desenvolve atividade específica de serviços, com independência técnica, e com qualificação e habilitação para tal²⁴ configurando-se como fornecedor, nos termos do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor (CDC)²⁵ Por sua vez, o paciente se encaixa na categoria de consumidor, nos termos do art. 2º do referido diploma legal.

Com efeito, verifica-se que na seara do direito obrigacional, essa relação é pautada como uma obrigação de meio ou de diligência, na qual o devedor só é obrigado a empenhar-se para perseguir um resultado²⁶ resguardadas as exceções, como é o caso do que ocorre na realização de cirurgias plásticas com fins estéticos. Nesses termos, o médico apenas será responsabilizado por eventual dano caso seja comprovada a sua culpa em sentido amplo (compreendida em dolo e culpa em sentido estrito), assim sendo considerada uma responsabilidade subjetiva.

De igual maneira, prevê o CDC em seu art. 14, §4º que a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa²⁷.

Por tais considerações, sobreleva notar que o exercício da medicina, apesar de todos os avanços dos últimos séculos, ainda gira em torno de uma ciência inexata, posto que cada organismo humano reage de forma diferente a determinado procedimento ou medicamento. Reitera-se que em se tratando das cirurgias de esterilização eletiva, a reversão do procedimento

²³ FRANÇA, Genival Veloso. *Direito Médico*. – 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 256.

²⁴ LÔBO, Paulo. *Contratos - Coleção Direito civil volume 3* – 6. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020. p. 407.

²⁵ 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: 29 jan. 2021.

²⁶ TARTUCE, Flávio. *Manual de responsabilidade civil : volume único*. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

²⁷ 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: 29 jan. 2021.

pelo próprio organismo é plenamente possível, portanto, não haveria razão em responsabilizar o profissional médico, ressalvada as hipóteses de erro médico na performance dessa operação.

Entretanto, não se pode olvidar da incumbência desse profissional em alertar ao seu paciente sobre esse risco. Os procedimentos esterilizantes são, em regra, extremamente invasivos e compreendem um certo período de recuperação e cuidados especiais, logo, é necessário que o paciente tenha consciência de que nem sempre o resultado corresponderá ao desejado. Vale frisar que geralmente o paciente se encontra, perante o médico, em situação de inferioridade técnica, o que exige desse profissional a prestação de um dever de cuidado que não se exaure no procedimento em si, mas que se estende para antes e depois dele²⁸.

Na esfera contratual, reside o dever crucial de observância aos princípios da probidade e boa-fé objetiva, devendo ser resguardados durante toda sua execução e conclusão, como dita o art. 422 do Código Civil²⁹. Compreende-se desses, ainda, a incidência de outros princípios, como o da vulnerabilidade, informação e transparência³⁰, previstos expressamente nas disposições do CDC.

O Código Consumerista prevê como direito básico do consumidor a informação adequada e clara sobre o serviço a ser prestado (art. 6º, III)³¹. Do mesmo modo, o art. 34 do Código de Ética Médica³² veda a ausência de informação ao paciente sobre o diagnóstico, prognóstico e os riscos e objetivos do seu tratamento. Daqui se extrai a importância do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, em que o paciente, além de consentir com o procedimento médico a ser realizado, expressa ciência acerca das consequências advindas desse.

Frise-se que o descumprimento do dever de informação decorre tanto em não esclarecer ao paciente da possibilidade de a cirurgia não apresentar os resultados esperados em sua totalidade, quanto na ausência de explanação e pouco zelo no que toca aos cuidados pós operatórios, que podem exigir a utilização de alguns métodos contraceptivos por determinado tempo e de cuidados no exercício da atividade sexual.

²⁸ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: responsabilidade civil, volume 3 – 2. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015. p. 778

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: 29 jan. 2021

³⁰ LÔBO, Paulo. Contratos - Coleção Direito civil volume 3 – 6. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020. p. 78.

³¹ 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: 29 jan. 2021.

³² CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM- Brasil). Código de ética médica. Resolução nº 1.246/88. Brasília: Tablóide, 1990.

Ainda no tocante aos deveres de conduta na atividade médica, exige-se desse profissional o dever de atualização e aprimoramento continuado no que se refere às técnicas de exame e aos meios de tratamento³³ que devem ser empregados buscando sempre o resultado pretendido.

Conforme elucidado anteriormente, o médico somente poderá ser responsabilizado perante a comprovação de culpa. Sendo assim, o descumprimento dos deveres éticos que configurarem negligência, imperícia ou imprudência, causando dano ao paciente, poderá ser caracterizado como erro médico, e induzirá a responsabilização desse profissional.

De acordo com Genival Veloso França:³⁴

O erro médico, quase sempre por culpa, é uma forma de conduta profissional inadequada que supõe uma inobservância técnica, capaz de produzir um dano à vida ou à saúde do paciente. É o dano sofrido pelo paciente que possa ser caracterizado como imperícia, negligência ou imprudência do médico, no exercício de suas atividades profissionais. Levam-se em conta as condições do atendimento, a necessidade da ação e os meios empregados.

É cediço que o profissional que incorre em erro médico, causando dano a outrem, deve ser responsabilizado. Contudo, no que concerne ao *wrongful conception*, a controvérsia central reside em considerar a concepção indesejada, e todas as suas implicações, como um dano.³⁵

Sob a ótica constitucional, o direito ao planejamento familiar é resguardado pelo art. 226, §7º da Carta Magna³⁶. Ainda, à mulher é assegurada a liberdade individual e autodeterminação. Disso resulta que a falha no procedimento de esterilização eletiva, compreendido também a falha no dever de informação e cautela, fere diretamente os direitos fundamentais protegidos pela Constituição da República.

Entretanto, a jurisprudência pátria não se mostra unívoca nesse sentido. Vale frisar que no que tange às ações indenizatórias pelo nascimento de filhos indesejados, constantemente se confundem preceitos metajurídicos com a moral e a religião, o que compromete a aplicação correta do direito ao caso concreto. A jurisprudência brasileira diverge não só em compreender o *wrongful conception* como dano, mas também em quais danos o fenômeno estaria compreendido.

³³ FRANÇA, Genival Veloso. Direito Médico. – 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 251.

³⁴ FRANÇA, Genival Veloso. Direito Médico. – 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 257.

³⁵ DE SÁ, Priscilla Zeni; NARDELLI, Eduardo Felipe. Concepção Indesejada (*wrongful conception*), Nascimento Indesejado (*wrongful birth*) e Vida Indesejada (*wrongful life*): Possibilidade da Reparação na Perspectiva do Direito Civil – Constitucional Brasileiro. Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva, Curitiba, v.2, n.2, p. 158.

³⁶ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 jan. 2021.

À guisa de exemplo tem-se o julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo³⁷:

Não se pode ver no nascimento de filho um dano moral. (...) não se pode falar em dano moral dessa situação decorrente. A dor, a aflição, a tristeza experimentada não pode ser superior à alegria, à felicidade do nascimento de um filho. Se assim não se entender não se pode reconhecer qualidade de pai ao ascendente biológico. Mais que isso, reconhecer tristeza dos pais na vinda do filho é garantir a este dano moral contra aqueles por desrespeito ao dever de assistência moral que os primeiros devem ao segundo. Nem toda dor é danosa, justificadora de reparação. A dor que sofre um pai com a criação do filho é antes regozijo. Já se disse que ser mãe é andar chorando num sorriso/ ser mãe é ter um mundo e não ter nada/ ser mãe é padecer num paraíso (Henrique Maximiliano Coelho Neto). Não se duvida da dor de ser mãe. Mas ela é compensada, e com sobras, pela vinda do filho que, por isso, não pode ser motivo para justificar dor moral. O sofrimento do torcedor durante o jogo de seu clube é compensado quando da vitória. A dor de curta duração, especialmente quando antecedente de alegria que a suplanta em intensidade, não tem preço. Por isso a necessidade, para efeitos indenizatórios, do efeito lesivo durável. Não se há de restituir a alegria pela dor sofrida pela autora se esta já se faz presente, ou ao menos é natural que isso tenha ocorrido.

O acórdão foi embasado em argumentos extremamente questionáveis. Seguindo a teoria do “evento abençoado”, os julgadores partiram da premissa de que o nascimento de uma criança é sempre um acontecimento feliz, incapaz de configurar um dano indenizável.

Contudo, o mesmo julgado reconheceu a incidência de danos materiais, sob o fundamento:

A vinda de um filho traz despesas, e muitas. Por isso é de se reconhecer sua existência e a obrigação dos requeridos de suportá-los. A vinda de um filho traz prejuízos. Se ele não é esperado, nem foi voluntariamente assumido, é justo que quem provocou os novos encargos os suporte, ao menos em parte. Por isso, as despesas feitas em decorrência da gravidez, e durante esta, com medicamentos, médicos, exames e o próprio parto, devem ser suportados pelos requeridos.³⁸

Lado outro, no mesmo ano o TJRS julgou caso semelhante concedendo plena reparação moral e afastando o dano material:

Situação concreta em que ficou demonstrada a falha na prestação do serviço, na medida em que a realização de cirurgia sem as devidas informações, acarretou ao paciente uma falsa expectativa de que não geraria mais filhos. Disso resulta o dever do prestador de serviço de indenizar os danos morais causados ao lesado. Dano moral "in re ipsa", dispensando a prova do efetivo prejuízo sofrido pela vítima em face do evento danoso. (...)

A indenização, na espécie, fica circunscrita aos danos extrapatrimoniais, pois o dever de prover à subsistência dos filhos, planejados ou não, é imposto aos genitores, aos quais incumbe fornecer meios indispensáveis à manutenção da prole.³⁹

³⁷ TJSP; Apelação Cível 9000007-35.2004.8.26.0053; Relator (a): José Luiz Gavião de Almeida; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 14ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 06/05/2014; Data de Registro: 15/05/2014

³⁸ TJSP; Apelação Cível 9000007-35.2004.8.26.0053; Relator (a): José Luiz Gavião de Almeida; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 14ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 06/05/2014; Data de Registro: 15/05/2014

³⁹ Apelação Cível, Nº 70054700034, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Julgado em: 12-03-2014.

Logo, em matéria de responsabilidade civil, o reconhecimento da incidência dos danos indenizáveis exige atenta análise e estudo acerca desses institutos como forma de afastar a insegurança jurídica que tal divergência traz ao ordenamento brasileiro.

5 WRONGFUL CONCEPTION À LUZ DOS DANOS MATERIAIS E IMATERIAIS

A partir da análise jurisprudencial exposta alhures, percebe-se não ser pacífica a tipificação dos danos provenientes do *Wrongful Conception*. Por essa razão, cumpre perpassar de maneira breve pela conceituação e aplicação dos danos materiais e imateriais, inclusive, dos que são conhecidos como “novos danos”, que se mostram aplicáveis a determinados casos que envolvem o nascimento indesejado.

5.1 Dano Material

Segundo leciona Felipe Braga Netto⁴⁰, os danos materiais consistem, acima de tudo, na “diferença entre o patrimônio da vítima antes e depois do dano”. Tal concepção consubstancia de maneira objetiva a teoria da diferença desenvolvida por Friedrich Mommsen, a qual busca comparar, sobretudo, as situações anterior e posterior ao evento danoso, de modo a identificar os eventuais prejuízos causados. Naturalmente, como essa espécie de dano se dá por meio de uma análise puramente econômica, seu reconhecimento no caso concreto é demonstrado de maneira mais evidente quando confrontado com a verificação dos demais tipos de danos.

Nessa mesma linha de inteligência, Flávio Tartuce: “os danos materiais ou patrimoniais constituem prejuízos ou perdas que atingem o patrimônio corpóreo de uma pessoa natural, pessoa jurídica ou ente despersonalizado”⁴¹. Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves entende como dano patrimonial a diminuição sofrida no patrimônio, tido como o conjunto das relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis em dinheiro. Assim, a indenização concernente ao dano material surge a fim de restaurar o contexto ao *status quo ante*, recompondo o patrimônio da vítima ao que era antes do ocorrido⁴².

⁴⁰ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Novo Manual de Responsabilidade Civil. 2 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. JusPodivm, 2021, p. 297.

⁴¹ TARTUCE, Flávio. Manual de responsabilidade civil : volume único. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018, p. 297

⁴² GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 334.

Nesse contexto, diante da ocorrência de um nascimento indesejado em virtude de culpa do médico na realização de um procedimento de esterilização eletiva, não se apresenta como irrazoável a verificação de múltiplos gastos financeiros suportados pelos responsáveis da criança. Dentre tais custos, destacam-se as despesas relacionadas à realização de novo procedimento de esterilização, ao desenvolvimento da gravidez (consultas médicas, exames, parto etc.) e aos cuidados que a criação de uma pessoa envolve (moradia, educação, saúde, lazer etc.).

Desse modo, considerando que nos casos de *wrongful conception* os gastos supracitados e, conseqüentemente, a diminuição no patrimônio dos pais, se deram em razão unicamente da negligência, imprudência ou imperícia do médico ao realizar o procedimento de esterilização, tem-se que tais danos são considerados como materiais. Logo, nota-se que dentre os danos indenizáveis nas hipóteses de *wrongful conception*, os danos materiais são aqueles de mais fácil percepção e comprovação.

5.2 Dano Moral

Com o advento da Constituição da República de 1988, o ordenamento jurídico brasileiro passou a ser pautado em um Estado de direitos fundamentais. O artigo 5º da Carta Magna garante a todos os brasileiros direitos e garantias, dos quais está elencada no inciso V a indenização por dano moral⁴³.

O dano moral surgiu da perspectiva imaterial da Responsabilidade Civil, ante a necessidade de adequar os seus institutos clássicos ao mundo hodierno, que se preocupa cada dia mais, em especial, com os direitos da personalidade.

Não é por outra razão que hoje se reconhece o dano moral “*in re ipsa*”, dispensando prova da concretização do dano, sendo suficiente a caracterização de ato ilícito.

A doutrina majoritária no país relaciona os danos morais às lesões aos direitos da personalidade⁴⁴. Por outro lado, Cristiano Chaves de Farias, Felipe Peixoto Braga Netto e Nelson Rosenvald definem o dano moral como uma “lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela”⁴⁵. Não obstante, a jurisprudência majoritária compreende

⁴³ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 jan. 2021.

⁴⁴ TARTUCE, Flávio. Manual de responsabilidade civil : volume único. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018, p. 292.

⁴⁵ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: responsabilidade civil, volume 3 – 2. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015. p. 305.

esse dano como “sofrimento moral”, correspondente à “dor, tristeza, sofrimento e humilhação causados injustamente a alguém”⁴⁶

Nesse viés, sob o ponto de vista constitucional, o nascimento de um filho indesejado decorrente da má prestação de um serviço médico poderá ser abarcado como dano moral, na medida em que o direito fundamental ao planejamento familiar, bem como à liberdade e autodeterminação, encontram-se bastante prejudicados.

É cediço que, atualmente, à mulher não é mais imposta a figura de reprodutora, sendo incontável o número de mulheres que não possuem o desejo de ser mãe. Para as mulheres que, diante de uma gravidez indesejada, presenciam a dor e o sofrimento da violação de seu direito, a aplicação do dano moral não só se faz possível, como é imperativa.

Sabe-se que uma das funções precípua da Responsabilidade Civil é o reestabelecimento da situação fática em que se encontrava a vítima anteriormente à eclosão do dano. Acontece que, no que concerne aos danos imateriais, a quantificação de eventual reparação exige do aplicador do direito extrema cautela e minuciosa análise fática. Isso porque, muitas vezes, não é possível quantificar materialmente o dano sofrido.

Por essa razão, a condenação em danos morais busca reparar monetariamente o plano subjetivo, na esperança de que aquela quantia possa ser utilizada para auxiliar a restauração da situação deturpada.

5.3 Dano Existencial

Como já explanado, o desenvolvimento de um Estado de direitos fundamentais exige da ordem jurídica nacional um cuidado especial aos direitos e garantias humanas. O texto constitucional espelha a ideia de primazia da personalidade, e de tudo que a ela é atrelado.

Nessa perspectiva, o dano existencial surge a partir do momento em que se atinge o indivíduo, considerado membro de uma sociedade em que vive e com a qual se relaciona⁴⁷.

De acordo com Elaine Buarque, a doutrina internacional conhece o dano existencial como aquele inserido ao dano ao projeto de vida ou *lost enjoyment of life* e o dano à vida de relações.

A autora explica que:

⁴⁶ BODIN DE MORAES, Maria Celina. Conceito, função e quantificação do Dano Moral. Revista IBERC, v. 1, n.1, p. 01-24, nov.-fev., 2019, p. 4.

⁴⁷ BUARQUE, Elaine. O dano existencial como uma nova modalidade de dano não patrimonial: a necessidade da ampliação do princípio da função social da responsabilidade civil e a busca da reparação integral do dano à pessoa. Revista IBERC. Minas Gerais, v.2, n.2, p.01-22, mai.-ago. 2019, p. 10.

O dano à pessoa não se restringe ao dano moral e não é sinônimo de dano não patrimonial. O interesse pessoal protegido e as consequências que advierem do prejuízo causado ao bem tutelado fazem parte da liquidação do dano, e devem ser levados em consideração.

A lesão permanente da integridade psicofísica, sob o plano da existência da pessoa, induz uma piora na qualidade de vida, que vai além da sua permanência no tempo, representa muito mais que um estado de angústia, esta piora na qualidade de vida da vítima representa um dano às relações sociais, sendo também pública a natureza do interesse protegido.

Inicialmente, pode-se questionar a razão de aplicar o dano existencial aos casos relacionados ao *Wrongful Conception*. Contudo, no que toca aos direitos da personalidade, é preciso manter as portas abertas para qualquer tipo de violação que implique na piora na qualidade da vida de quem sofre o dano.

Não é certo afirmar que o dano existencial será aplicado em todos os casos de gravidez indesejada. Para isso, é imperativa a demonstração de prejuízo efetivo ao planejamento de vida, a piora na qualidade existencial. Imagine-se, a título de ilustração, o caso de uma modelo com contrato de trabalho para anos à frente nas passarelas, mas que devido a uma gravidez indesejada, proveniente de erro médico, não atende às cláusulas contratuais estipuladas e é forçada a abonar a atividade que entendia como sua razão de viver.

Apesar de enraizada a ideia de que uma criança representa sempre um “presente”, uma “benção”, não condiz com o ordenamento jurídico brasileiro impor aos casais uma escolha de vida diferente da que foi feita por esses. O dispêndio do nascimento de filhos indesejados é visto hoje de diversas formas, e é justamente por isso que se busca analisar os casos específicos em que esse fenômeno se demonstra como um dano, para que a reparação possa auxiliar, tanto os filhos, quanto os pais, a lidarem da melhor forma possível com essa inesperada situação.

5.4 Dano Estético

Compreendem Cristiano Farias, Felipe Braga Netto e Nelson Rosenvald,⁴⁸ o dano estético como uma “ofensa à integridade física da pessoa qualificada pelo elemento da “permanência”, ou seja, uma lesão corporal de efeitos prolongados e não meramente transitória ou sanável”. Nessa mesma perspectiva, Felipe Braga Netto⁴⁹ também considera como estético o dano à integridade física de alguém, realçando a gravidade da lesão causada.

⁴⁸ 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. 359.

⁴⁹ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Novo Manual de Responsabilidade Civil. 2 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. JusPodivm, 2021, p. 297.

À primeira vista, é possível que se depare com dificuldades no tocante à distinção entre o dano moral e o estético, uma vez que o segundo, frequentemente, é associado aos sentimentos de dor e sofrimento decorrentes da lesão ocasionada ao corpo da vítima. Em contrapartida, Cristiano Farias, Felipe Braga Netto e Nelson Rosenvald⁵⁰ esclarecem que esta relação se apresenta de forma equívoca ao combinar os efeitos com as próprias razões do dano, já que todas essas emoções são, em verdade, apenas frutos da ofensa suportada.

Nesse contexto, se faz mister frisar que, apesar de haver divergências quanto à autonomia do dano estético, o entendimento da jurisprudência pátria se desenvolve no sentido de que essa espécie de dano não se confunde com o dano moral. À vista disso, a Súmula nº 387 do Superior Tribunal de Justiça⁵¹ considera como lícita a cumulação de indenizações em virtude dessas duas modalidades de danos.

Isto posto, nota-se que, a partir dos casos de *wrongful conception*, além dos danos materiais, morais e existenciais já examinados, é concebível, ainda, que o paciente suporte alguma lesão à sua integridade física com efeitos que se protraíam no tempo. A título de exemplo, tem-se uma cicatriz extremamente anômala ou uma deformidade grave originadas da cirurgia. Nesses casos, estar-se-á diante da ocorrência de danos estéticos e, portanto, tem-se como plenamente possível a verificação de todas as espécies de danos analisados em virtude de apenas um fato, qual seja, o erro médico na realização de um procedimento de esterilização eletiva.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em primeiro lugar, apesar do dissenso quanto à definição do termo *Wrongful Conception*, sua utilização se deu no sentido de englobar todos os casos relativos ao nascimento indesejado de crianças sem deficiência, sendo esse o entendimento doutrinário majoritário.

Em seguida, no tocante aos procedimentos de esterilização eletiva, percebeu-se que se trata de uma questão complexa, já que cada operação apresenta particularidades técnicas, tais como potenciais riscos e tempo necessário para a garantia de sucesso, o que evidencia o dever de informar do médico, bem como o cumprimento, por parte do paciente, de todas as instruções apresentadas pelo profissional da saúde.

⁵⁰FARIAS, 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. 360.

⁵¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 387. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2013_35_capSumula387.pdf. Acesso em: 24 jan. 2021.

Por fim, no que tange à responsabilidade médica propriamente dita, tem-se que o médico é considerado um profissional liberal e, portanto, é um fornecedor, segundo o CDC. Além disso, via de regra, a obrigação assumida pelo profissional nas cirurgias de esterilização eletiva é de meio e, assim, sua responsabilidade é subjetiva, o que é exposto pelo art. 14, §4º, do CDC.

Dentre os princípios que devem reger o contrato firmado entre médico e paciente, destacam-se os princípios da boa-fé objetiva, informação e transparência, os quais devem ser assegurados desde o momento anterior à realização do procedimento, como na posteridade. Ademais, cumpre ainda observar o direito básico do consumidor à informação previsto no CDC e a vedação acerca da ausência de informação por parte do médico trazida pelo CEM, sendo que ambos os aspectos suscitam a relevância do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido.

No que se refere aos danos indenizáveis, não há consenso na jurisprudência pátria, o que leva ao proferimento de sentenças divergentes, e, desse modo, há uma nítida insegurança jurídica. Em contrapartida, a partir da análise realizada, é possível identificar danos materiais, tendo em vista o dispêndio econômico dos pais que se inicia na gravidez e que se perdura durante a criação do filho. Ademais, observa-se ainda a possibilidade de reconhecimento de danos morais diante da violação aos direitos da personalidade do paciente, sobretudo, aos direitos ao planejamento familiar, à liberdade e à autodeterminação.

Vislumbra-se possível, igualmente, a configuração dos denominados “novos danos”, como o dano existencial, entendido como um dano ao projeto de vida, e o dano estético, que importa ofensa à integridade física.

Cumpre ressaltar, outrossim, que há aqueles que defendem o *wrongful conception* como dano autônomo, abrangidos, porém, em corrente extremamente minoritária.

Diante do exposto, resta evidente que a responsabilidade civil médica em face do nascimento indesejado encontra embasamento legal no ordenamento jurídico brasileiro, entretanto, sua incidência ou não se submete à detida análise do caso concreto.

REFERÊNCIAS

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Conceito, função e quantificação do Dano Moral. *Revista IBERC*, v. 1, n.1, p. 01-24, nov.-fev., 2019.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Novo Manual de Responsabilidade Civil*. 2 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. JusPodivm, 2021.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: responsabilidade civil, volume 3** – 2. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 jan. 2021.

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: 29 jan. 2021.

BRASIL. Lei nº 9.263 de 12 de janeiro de 1996. **Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm. Acesso em: 29 jan. 2021.

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: 29 jan. 2021

BRASIL. TJSP. Apelação Cível 9000007-35.2004.8.26.0053. Relator: José Luiz Gavião de Almeida. DJ: 06/05/2014. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7560126&cdForum=0>. Acesso em: 28 fev. 2021.

BRASIL TJRGS. Apelação Cível, Nº 70054700034. Relator: Miguel Ângelo da Silva. DJ: 12/03/2014. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em 28 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 387**. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2013_35_capSumula387.pdf. Acesso em: 24 jan. 2021.

BUARQUE, Elaine. O dano existencial como uma nova modalidade de dano não patrimonial: a necessidade da ampliação do princípio da função doctal da responsabilidade civil e a busca da reparação integral do dano à pessoa. **Revista IBERC**. Minas Gerais, v.2, n.2, p.01-22, mai.-ago. 2019.

CASEY, Frances E. Esterilização. **MDS MANUALS**, nov. 2018. Disponível em: <https://www.msmanuals.com/pt/casa/problemas-de-saude-feminina/planejamento-familiar/esterilizacao>. Acesso em: 27 jan. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM- Brasil). **Código de ética médica**. Resolução nº 1.246/88. Brasília: Tablóide, 1990

DE SÁ, Priscilla Zeni; NARDELLI, Eduardo Felipe. Concepção Indesejada (*wrongful conception*), Nascimento Indesejado (*wrongful birth*) e Vida Indesejada (*wrongful life*): Possibilidade da Reparação na Perspectiva do Direito Civil – Constitucional Brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva**, Curitiba, v.2, n.2, p. 147-167, jul./dez. 2016.

DINIZ, Raimundo Lopes. **Avaliação das demandas física e mental no trabalho do cirurgião em procedimentos eletivos**. 2003. 217 f. Tese (Doutorado em Engenharia de Produção) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2003.

DOS SANTOS, Deivid Ramos *et al.* Crescimento da vasectomia no Sistema Único de Saúde entre 2009 a 2018: um estudo retrospectivo. **Revista Eletrônica Acervo Saúde**, v. 12, n. 3, p. 2822, 2020.

ENDRES, Melina Gruber. Danos ao planejamento familiar: análise das *Wrongful Actions* no Direito Brasileiro. **Revista das Jornadas Luso-Brasileiras do CIDP**, Ano 4 (2018), n.6, 567-587.

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.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil**. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

HENSEL, Wendy F. *The Disabling Impact of Wrongful Birth and Wrongful Life Actions*. **Harvard Civil Rights- Civil Liberties Law Review**, v. 40. 2005

HIRSCH, David. *Rights and Responsibilities in Wrongful Birth/ Wrongful Life Cases*. **UNSW Law Journal**, v. 29, n. 2, p. 233-238, 2006.

LÔBO, Paulo. **Contratos - Coleção Direito civil volume 3** – 6. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

MAGALHÃES, Hélio Pereira de. **Técnica cirúrgica e cirurgia experimental**. São Paulo: Ed. Roca. 1989.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Vasectomia: Saiba mais sobre indicação, segurança e reversão. **Blog da Saúde**, 18 maio 2016. Disponível em: <http://www.blog.saude.gov.br/index.php/50999-vasectomia-saiba-mais-sobre-indicacao-seguranca-e-reversao>. Acesso em: 27 jan. 2021.

PETEFFI DA SILVA, Rafael; RAMMÊ, Adriana Santos. Responsabilidade Civil pelo Nascimento de Filhos Indesejados: Comparação Jurídica e Recentes Desenvolvimentos Jurisprudenciais. **Revistar do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisprudencial**, v. 1, n.01, p. 121-143, dez. 2013.

TARTUCE, Flávio. **Manual de responsabilidade civil: volume único**. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.