

Coordenadores
Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho
Nelson Rosenvald



ESTUDOS DE RESPONSABILIDADE CIVIL EM PERSPECTIVA COMPARADA

idp



Coordenadores
Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho
Nelson Rosenvald

ESTUDOS DE RESPONSABILIDADE CIVIL EM PERSPECTIVA COMPARADA

Allan Coelho Duarte
Ana Beatriz Brusco
Anderson Luis Motta da Silva Junior
André Viana Bonan de Aguiar
Beatriz Capanema Young
Bruno Costa de Almeida
Divanir Marcelo de Pieri

Felipe Bizinoto Soares de Pádua
João Henrique de Almeida Scaff
Luiza Azambuja Rodrigues
Paula Verônica Rodrigues Brandão
Renato da Costa Lino de Góes Barros
Rodrigo de Almeida Távora
Simone Cohn Dana

idp



Código de catalogação na publicação – CIP

E82 Estudos de responsabilidade civil em perspectiva comparada / coordenadores Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, Nelson Rosenvald ; [autores] Allan Coelho Duarte ... [et al]. — Brasília: Instituto Brasileiro Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa : Universidade do Estado do Rio de Janeiro, [2023].

320 f.

Inclui bibliografia.

ISBN 978-65-87546-17-9

1.Responsabilidade civil. 2.Direito comparado. I.Título
II.Monteiro Filho, Carlos Edison do Rêgo. III. Rosenvald, Nelson.
IV. Duarte, Allan Coelho.

CDDir 341.3012

Elaborada por Natália Bianca Mascarenhas Puricelli – CRB 1/3439

Capa: Felipe Bizinoto Soares de Pádua e Sarah Pais dos Santos

Obra: O Combate entre Carnaval e Quaresma, Pieter Bruegel, o Velho

Diagramação e revisão: Felipe Bizinoto Soares de Pádua

PREFÁCIO

Atribui-se a Antoine de Saint-Exupéry a passagem literária segundo a qual *“Cada um é responsável por todos. Cada um é o único responsável. Cada um é o único responsável por todos”*. O raciocínio do autor clássico soube captar a acentuação da socialidade nas interconexões dos relacionamentos humanos, forjando as bases de uma responsabilidade social. Transposta para a teoria da responsabilidade civil, a noção converge com os desenvolvimentos mais recentes da disciplina, em que se verifica a passagem da monofuncionalidade para a polifuncionalidade, sem se descurar da preocupação central de garantia da reparação integral da vítima. A instrumentalização de seus institutos aos valores supremos do ordenamento e a objetivação crescente de sua disciplina são exemplos dessa socialização, o que de certo modo a aproxima da concepção do *alter* ser responsável por todos.

É nessa mudança de paradigma fundada na socialidade que a responsabilidade civil encontra novos desafios. Por ser, simultaneamente, a ‘porta de entrada’ e ‘a porta de saída’ do Direito, a experiência jurídica pôde identificar a crise da noção de sistema e, por conseguinte, da própria sistematização. Em poucas palavras, a crise do Direito é a crise do Direito da Responsabilidade Civil, o que faz com que se busquem novos paradigmas, conforme os dizeres de Thomas Samuel Kuhn. Dentro dessa perspectiva de mudança de bases, os estudos jurídicos comparativos tornam-se de imensa importância.

Pautados no interesse em verticalizar e disseminar os estudos sobre o Direito Comparado na Responsabilidade Civil, os Professores-Coordenadores Nelson Rosenvald e Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho uniram esforços em conjunto com o Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP) e a Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) para a criação do grupo Responsabilidade Civil em Perspectiva Comparada (RCPC), constituído, essencialmente, entre pessoas de diversas regiões brasileiras que se ligam por meio dessas instituições de ensino superior e com o interesse comum de contribuir para a construção de paradigmas associados aos novos rumos da responsabilidade civil brasileira.

O Grupo RCPC tem como objetivos, portanto, a difusão do conhecimento e o intercâmbio de estudos e debates sobre a responsabilidade civil contemporânea, sempre por meio do exercício da comparação. Por isso que suas reuniões periódicas, que acontecem por meio do amparo tecnológico, têm como resultado a proposição de textos científicos elaborados por cada membro ou membra do grupo. E como primeiro produto

dos debates sobre os textos pensados e apresentados nos encontros do Grupo desponta o livro ora prefaciado – o primeiro, frise-se, de muitos a serem produzidos pelo Grupo.

O presente livro *Estudos de responsabilidade civil em perspectiva comparada* decorre, assim, da união de textos produzidos pelos integrantes do Grupo RCPC e tem como foco a comparação entre institutos jurídicos da responsabilidade civil de dois ou mais países com o regime jurídico brasileiro, com o fim - e, ousa-se em dizer protagonismo - de contribuir não só para o Direito Comparado, mas para a (re)compreensão e a (res)sistematização do Direito de Danos brasileiro. Esta obra contempla textos essencialmente doutrinários e que tratam de variados temas. Apesar da pluralidade temática, todos têm as mesmas diretrizes, alinhadas a partir de metodologia comum que visa ao aprofundamento do estudo comparativo entre institutos da responsabilidade civil estrangeiro e brasileiro, extraindo-se a relevância dessa comparação para o regime jurídico do Brasil. Nas citadas reuniões periódicas, são apresentados desde cada premissa projetada para os textos, como também as sugestões pelos pares, bem como a revisão por todos da contribuição para a obra coletiva.

Nossa palavra final de agradecimento ao IDP e à UERJ por conferirem os estímulos necessários para a confecção do Grupo, um espaço livre de estudos sobre a responsabilidade civil, bem como a cada um dos membros e das membras que contribuíram para que esta obra coletiva viesse à luz.

Julho de 2023.

ANDERSON LUIS MOTTA DA SILVA JUNIOR

CARLOS EDISON DO RÊGO MONTEIRO FILHO

FELIPE BIZINOTO SOARES DE PÁDUA

NELSON ROSENVALD

SUMÁRIO

Sobre os autores e as autoras	1
A utilização do juiz robô pelo poder judiciário: o caso da estônia e perspectivas para o Brasil.....	4
Allan Coelho Duarte	
Tempo como bem jurídico: estudo do ss.uu., <i>ordinanza</i> 8236/2020 sob a perspectiva comparada.....	23
Ana Beatriz Brusco	
A reparação da lesão ao tempo para além das relações de consumo: o <i>burnout</i> como resultado de uma lesão ao tempo livre do trabalhador	40
Anderson Luis Motta da Silva Junior	
A perda da chance de cura ou de sobrevivência no âmbito da saúde suplementar: uma perspectiva luso-brasileira	60
André Viana Bonan de Aguiar	
A responsabilidade civil por nascimento indesejado: um estudo comparado Brasil-Portugal.....	74
Beatriz Capanema Young	
Responsabilidade do controlador por ato do operador: desafios que se apresentam à experiência luso-brasileira em proteção de dados	101
Bruno Costa de Almeida	
Lesão ao tempo: configuração e reparação para além das relações de consumo	122
Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho	
Responsabilidade do estado pela implantação da política pública de preço mínimo para o produto agrícola.....	146
Divanir Marcelo de Pieri	

Risco da atividade e atividade perigosa: visão comparada entre Direito brasileiro e Direito italiano	168
Felipe Bizinoto Soares de Pádua	
O dever de informar do médico sobre as perdas embrionárias no tratamento da fertilização <i>in vitro</i> : aspectos da doutrina católica e sua consequência na responsabilidade civil..	185
João Henrique de Almeida Scaff	
Além da culpa: análise da responsabilidade subjetiva em perspectiva comparada com os modelos francês e inglês.....	205
Luiza Azambuja Rodrigues	
O dano-morte: a responsabilidade civil pela violação ao direito fundamental à vida..	230
Nelson Rosenvald	
Responsabilidade civil por abandono afetivo: uma análise comparativa entre Brasil e Portugal.....	254
Paula Verônica Rodrigues Brandão	
A perda de uma chance processual: uma análise comparativa dos entendimentos sobre a responsabilidade civil decorrente da perda de uma chance nos tribunais superiores do Brasil e de Portugal	270
Renato da Costa Lino de Góes Barros	
Prevenção e precaução: o projeto de reforma do Código Civil francês como referência para a reconfiguração funcional da responsabilidade civil.....	281
Rodrigo de Almeida Távora	
O “quase” na visão do direito brasileiro e italiano: a chance como bem jurídico passível de tutela	305
Simone Cohn Dana	

SOBRE OS AUTORES E AS AUTORAS

ALLAN COELHO DUARTE

Mestrando em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa. MBA em Finanças pelo Ibmec. Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília e em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília.

ANA BEATRIZ BRUSCO

Doutoranda em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa. Mestra em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa. Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa. Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Brasília. Juíza de Direito no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

ANDERSON LUIS MOTTA DA SILVA JUNIOR

Bacharel e mestrando em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Assessor jurídico da Procuradoria Geral da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

ANDRÉ VIANA BONAN DE AGUIAR

Mestrando em Direito da Cidade pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduado *lato sensu* em Processo Civil pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Graduado pela Universidade Federal Fluminense. Advogado

BEATRIZ CAPANEMA YOUNG

Doutoranda e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

BRUNO COSTA DE ALMEIDA

Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduado *lato sensu* no Programa LLM em Direito: Inovação e Tecnologia da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro. Advogado.

CARLOS EDISON DO RÊGO MONTEIRO FILHO

Professor Titular de Direito Civil da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Professor Permanente e Coordenador da Linha de Direito Civil do Programa de Pós-Graduação stricto sensu (mestrado e doutorado) da Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Doutor em Direito Civil e mestre em Direito da Cidade pela Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Vice-presidente do Instituto Brasileiro de Estudos da Responsabilidade Civil. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Advogado e parecerista em temas de Direito Privado.

DIVANIR MARCELO DE PIERI

Professor na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso. Doutorando em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa. Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho. Especialista em Direito Civil pela Universidade Cruzeiro do Sul, Direito e Transações Imobiliárias pelo Instituto Nacional de Ensino e Pesquisa. Advogado na De Pieri & De Pieri Advocacia.

FELIPE BIZINOTO SOARES DE PÁDUA

Mestre em Direito, Justiça e Desenvolvimento pelo Instituto de Direito Público de São Paulo. Pós-graduando em Direito Empresarial pela Universidade Corporativa Vezzi, Lapolla e Mesquita. Pós-graduado em Direito Constitucional e Processo Constitucional, em Direito Registral e Notarial, em Direito Ambiental, Processo Ambiental e Sustentabilidade, tudo pelo Instituto de Direito Público de São Paulo/Escola de Direito do Brasil. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Professor Assistente nas matérias de Direito Constitucional, Prática Jurídica Constitucional e Direito Civil na Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Assistente de coordenação no Núcleo de Estudos Permanentes em Arbitragem na Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Advogado e consultor jurídico.

JOÃO HENRIQUE DE ALMEIDA SCAFF

Doutorando em Direito Constitucional do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina. Advogado.

LUIZA AZAMBUJA RODRIGUES

Doutoranda e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduada. Membro da *Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française* e do Instituto Brasileiro de Direito Civil. Tabela de Notas.

NELSON ROSENVALD

Professor do corpo permanente do Doutorado e Mestrado do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa. Professor Visitante na Universidade Carlos III. *Visiting Academic na Oxford University*. Pós-Doutor em Direito Civil na *Università Roma Tre*, Pós-Doutor em Direito Societário na Universidade de Coimbra. Doutor e Mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos da Responsabilidade Civil. Procurador de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais.

PAULA VERÔNICA RODRIGUES BRANDÃO

Mestranda em Direito Constitucional do Instituto Direto Público, Pós-Graduada em Direito de Família pela Universidade Federal Fluminense, Defensora Pública aposentada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.

RENATO DA COSTA LINO DE GÓES BARROS

Doutorando em Direito Constitucional pelo IDP e Mestre em Direito Privado e Econômico pela Universidade Federal da Bahia. Advogado e professor.

RODRIGO DE ALMEIDA TÁVORA

Doutorando em Direito Civil e Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Membro do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil. Advogado.

SIMONE COHN DANA

Bacharel e Mestranda em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

A UTILIZAÇÃO DO JUIZ ROBÔ PELO PODER JUDICIÁRIO: O CASO DA ESTÔNIA E PERSPECTIVAS PARA O BRASIL

Allan Coelho Duarte

Sumário: 1. Introdução. 2. Análise jurídica por algoritmos de inteligência artificial. 3. O desenvolvimento de um juiz robô pelo Judiciário estoniano e perspectivas para o Brasil. 4. A responsabilidade civil do juiz robô. 5. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O Direito pode ser compreendido como uma tecnologia da informação – um código que regula a vida social. Hodiernamente, em virtude do crescimento exponencial das tecnologias disponíveis na sociedade contemporânea, o código jurídico tem se entrelaçado constante e acentuadamente com os códigos programados pelas ciências da computação, de modo a promover uma verdadeira fusão entre esses campos do saber.

Consequentemente, a ciência jurídica tem vivido intensas disrupções. A título de exemplo, vale citar que *softwares* de computador – e, especificamente, de inteligência artificial (IA) – já estão sendo empregados em diversas tarefas no meio jurídico, como revisão e geração de documentos, pesquisa jurídica e, até mesmo, previsão de resultados de litígios.

Outro exemplo interessante são os *chatbots*, *softwares* empregados para mediar a comunicação entre as partes de maneira ágil e eficiente. Conforme ensinam Júlia Lage e Henrique Rezende¹, a “carência por rapidez é muito evidente na área jurídica, onde a mediação ainda é morosa e pouco aprimorada. A adoção do Chatbot se deu gradativamente e hoje é ferramenta ordinária em grandes e médias empresas”.

Vale dizer, o chatbot – e outras ferramentas baseadas em IA – são extremamente

¹ LAGE, Júlia; REZENDE, Henrique. Chatbot na Advocacia: dinamização do direito na realidade pandêmica. Congresso internacional de Direito e inteligência artificial inteligência artificial e tecnologias aplicadas ao Direito II. Organização Congresso Internacional de Direito e Inteligência Artificial: Skema Business School – Belo Horizonte, ago/2020, p. 5.

viáveis no Direito, área que possui sobrecarga de dados repetitivos passíveis de serem procedimentalizados. A esse respeito, o Relatório Geral da Justiça do Trabalho de 2018 constatou o recebimento de 2.900.573 novos casos no Tribunal Superior do Trabalho no referido ano, sendo 652.309 apenas concernentes a reivindicações sobre Aviso Prévio. Sendo assim, resta evidente que “a vultosa carga de processos trabalhistas de um mesmo gênero é notável, sendo contundente a adoção de tecnologia que atuaria de maneira a reduzir o tempo de um profissional do direito com situações reiteradamente levadas ao escritório”².

Visando a atacar problema similar ao explicitado acima – ou seja, abundância de casos similares e repetitivos no Direito –, foi implementado em 2014 o “advogado” de chatbot denominado *DoNotPay*, o primeiro advogado de IA do mundo. Esse chatbot foi concebido com o exclusivo objetivo de apelar a multas de estacionamento em Londres. Em 21 meses, atuou em 250.000 casos, ganhou 160.000 e reverteu mais de US\$ 4 milhões em multas³.

Ainda quanto ao tema, saliente-se que dois fatores foram especialmente responsáveis por esse substancial aumento do poder das vertentes de aprendizado de máquina da IA. Em primeiro lugar, a “datificação” da sociedade levou à criação de vastos conjuntos de dados rastreáveis – *e.g.* os *smartphones* fornecem dados de localização constantemente atualizados e os aplicativos e sites de internet registram hábitos, padrões de consumo e preferências de seus usuários. Ademais, foram aprimoradas técnicas de programação que imitam a maneira como o cérebro humano processa informações. Esses algoritmos de “redes neurais” fazem uso de várias construções matemáticas e lógicas para analisar, pesar dados e calcular probabilidade de resultados⁴.

Como consequência, a complexidade gerida por *softwares* de IA tem se tornado cada vez maior. No ano de 2016, o programa de computador intitulado *AlphaGo* venceu o melhor jogador mundial de Go, jogo chinês que possui um número virtualmente infinito de movimentos possíveis. Diferentemente do Xadrez, um computador jogando Go não pode simplesmente identificar todas as sequências possíveis de movimentos. Por isso, o feito conquistado pelo *AlphaGo* evidenciou a grande sofisticação dos atuais algoritmos

² Idem, p. 6.

³ PARK, Joshua; WRITER, Staff. *Your honor, AI.* *Harvard International Review*. v.41/2020, p. 46-48, 2020, p. 47.

⁴ CAMPBELL, Ray Worthy. *Artificial Intelligence In The Courtroom: The Delivery Of Justice In The Age Of Machine Learning.* *Colorado Technology Law Journal*. v. 18/2020, p. 323-349, out. 2020, p. 328.

de IA⁵.

Essa sofisticação é tamanha que alguns países têm utilizado IA, até mesmo, para realizar análise jurídica e proferir sentenças, em substituição a magistrados. Algumas cidades da China, por exemplo, desenvolveram um juiz de IA em um tribunal cibernético. Em 2019, o mais alto tribunal da China, o Supremo Tribunal Popular, revelou que estava usando um juiz robô para tratar de disputas de comércio eletrônico e direitos autorais⁶.

No entanto, o caso mais emblemático acerca da utilização de tecnologias digitais pelo Poder Público, até o momento, é o da Estônia. Esse pequeno país europeu possui um número desproporcional de *startups* e é responsável por fornecer ao mundo diversas invenções úteis, como os aplicativos *Skype* e *Transferwise*. Além disso, a Estônia também é pioneira na adoção de iniciativas digitais no serviço público. Uma dessas medidas é o desenvolvimento de um sistema de inteligência artificial para sentenciar litígios cíveis menos complexos.

Conforme será analisado ao longo dos próximos tópicos, a implementação de um juiz robô traz consigo inúmeras oportunidades, entre elas a de se alcançar maior eficiência e produtividade no meio jurídico. Não obstante, também está imbuída de importantes riscos a serem ponderados. Tendo essas perspectivas em mente, o presente artigo terá o objetivo de investigar a utilização em potencial da IA – mais especificamente, do juiz robô – pelo Judiciário estônio, bem como o processo de análise jurídica seguido por essa tecnologia. Ademais, avaliar-se-á quais *insights* podem ser retirados dessa iniciativa diante de uma eventual implementação de sistema similar no Brasil. Por fim, buscar-se-á compreender a responsabilidade civil pela utilização dos juízes robôs tanto na Estônia quanto no Brasil.

2. ANÁLISE JURÍDICA POR ALGORITMOS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Apesar de o campo da inteligência artificial (IA) ter se desenvolvido muito nos últimos anos, a teorização do conceito e a criação do termo “inteligência artificial” pode ser atribuída ao professor de Dartmouth e do MIT, John McCarthy, em meados dos anos 1950.

⁵ Outro exemplo de IA que tem conquistado grande notoriedade recentemente é o ChatGPT, um “sistema avançado de Processamento de Linguagem Natural (PLN) que foi treinado com um grande conjunto de dados de textos para responder às suas perguntas e prever o que você está tentando dizer”. Disponível em: <https://openai.com.br/chatgpt/>. Acesso em: 29 de janeiro de 2023.

⁶ Idem.

Juntamente com outros pesquisadores proeminentes nas searas da ciência da computação e da teoria da informação, McCarthy, em documento intitulado “*a proposal for the darthmouth summer research project on artificial intelligence*”, consolidou as ideias iniciais sobre o assunto, a fim de se estimular mais pesquisas a seu respeito.

Conforme a supracitada proposta, o objetivo do campo da IA é produzir máquinas capazes de utilizar linguagem, abstrações e conceitos, a fim de resolver problemas a partir do processo de aprendizado e raciocínio inteligente atualmente reservado aos seres humanos⁷.

Nesse sentido, Russel e Norvig⁸ definem quatro abordagens inter-relacionadas utilizadas para se trabalhar com a IA: pensar como humanos, agir como humanos, pensar racionalmente e agir racionalmente. As duas primeiras focam no processo cognitivo inerente ao ser-humano e, por isso, são abordagens mais empíricas e que fazem uso, também, da psicologia e da análise comportamental. Por sua vez, as duas últimas perspectivas centram na otimização de resultados e no pensamento puramente racional – consequentemente, são ainda mais vinculadas à matemática, lógica e engenharia. Os algoritmos de IA podem incorporar quaisquer abordagens definidas pelos seus desenvolvedores.

A fim de se operacionalizar *softwares* de inteligência artificial, existem duas vertentes principais de algoritmos que podem ser utilizados. A primeira é a programação baseada em regras, que envolve a criação de árvores lógicas (*decision trees*) complexas com comandos do tipo “se A, então B”. Uma vez caracterizado um evento ou fato, o *software* aplicará a regra prescrita. Todavia, nem todos os problemas se encaixam nesse modelo de solução “se A, então B” e surgem dificuldades consideráveis quando as árvores de decisão se tornam muito complexas.

Já a segunda vertente é ancorada na análise de dados e redes neurais, que foca no aprendizado da IA (*machine learning*) e procura padrões em grandes corpos de dados (*big data*). Assim, opera procurando associações e encontra relações e correlações, das quais deriva conclusões. Logo, o *software* incorpora conhecimento, efetivamente aprendendo, avalia como certos fatores são preditivos e aprimora os relacionamentos que podem não ser visíveis para a análise humana. Por isso, o algoritmo pode identificar padrões que não são facilmente visíveis para humanos e exceder as nossas faculdades cognitivas devido à

⁷ <http://www-formal.stanford.edu/jmc/history/dartmouth/dartmouth.html>. Acesso em: 25 de jan de 2023.

⁸ RUSSEL, Stuart J.; NORVIG, Peter. *Artificial Intelligence: A Modern Approach*. 3. ed. Upper Saddle River: Pearson, 2010, p. 2.

capacidade de processamento dos computadores⁹.

A respeito da capacidade de autoaprendizagem dos sistemas de IA, elemento essencial para que tais algoritmos possam ser empregados com sucesso em um campo complexo e cheio de nuances como o jurídico, Enrico Roberto¹⁰ ensina o seguinte:

Trata-se, de maneira geral, de um processo que permite que um sistema aprenda novos fatos a partir de dados sem algoritmos explícitos, bem como adaptar tais fatos aprendidos a novas situações (Alpaydin, 2016, p. 17).

Algumas abordagens comuns à autoaprendizagem incluem os campos da aprendizagem em árvore de decisão, por regras de associação, redes bayesianas, aprendizagem de reforço, *deep learning*, entre outras (Cerka, Grigienė & Sirbikyteb, 2015, p. 4; Alpaydin, 2016, p. 20; Ertel, 2013, pp. 203-226). Embora estas sejam frequentemente citadas como áreas específicas da inteligência artificial, elas não passam de processos diferentes para o que se apontou acima: em outras palavras, a percepção de padrões em dados para sua conformação em novos cenários, de forma a permitir conclusões não explicitamente buscadas por seus programadores. As diferentes técnicas mencionadas diferem em seus algoritmos e, principalmente, na forma como os dados são fornecidos e como novos resultados surgem a partir desses dados. A capacidade de autoaprendizagem, portanto, refere-se exatamente à *possibilidade que tais sistemas têm de realizar tais inferências não esperadas e não pré-programadas a partir de um conjunto de dados*.

Precisamente porque os sistemas de inteligência artificial não são integralmente limitados por regras humanas predeterminadas, eles podem encontrar soluções que as pessoas não haviam considerado, ou que, mesmo que pareçam a princípio menos intuitivas, são mais eficientes (e.g. do ponto de vista de gasto energético) para atingir os objetivos para o qual os sistemas em questão foram criados (Balkin, 2015, p. 52). É precisamente esta capacidade de criar soluções inesperadas que torna a utilização de sistemas de inteligência artificial cada vez mais atrativa numa variedade de áreas.

Em virtude das supracitadas características, os sistemas de IA vêm sendo utilizados no meio jurídico. A tecnologia já se provou extremamente útil, por exemplo, para realização de pesquisas jurídicas, uma vez que encontra legislações e jurisprudências

⁹ CAMPBELL, Ray Wothe. *Artificial Intelligence In The Courtroom: The Delivery Of Justice In The Age Of Machine Learning*. *Colorado Technology Law Journal*. v. 18/2020, p. 323-349, out. 2020, p. 327-328.

¹⁰ ROBERTO, Enrico. Responsabilidade civil pelo uso de sistemas de inteligência artificial: em busca de um novo paradigma. *Revista internet&sociedade*. v. 1/2020, p. 121-143, fev. 2020, p. 126.

com maior precisão, relevância e eficiência¹¹. Ademais, a inteligência artificial é aplicada para realização de análise preditiva, disciplina que realiza previsões, a partir de um conjunto substancial de dados, otimizadas pelo poder computacional.

Ressalte-se, quanto ao tema, que algoritmos de IA utilizam sua capacidade de autoaprendizado para analisar dados e reconhecer padrões de maneira cada vez mais complexa. Logo, tais modelos computacionais podem estimar consequências jurídicas ou, até mesmo, prever o que acontecerá em situações futuras similares. Como o Direito é uma área que abriga enormes quantidades de dados de jurisprudências, legislações, doutrinas e outros documentos, esta é propícia à mineração de dados e à ciência preditiva. Nesse sentido, a análise jurídica amparada em IA pode utilizar padrões de fatos e precedentes para prever o resultado de um caso, o que permite que advogados avaliem melhor cada litígio¹².

Assim como a IA acelera a pesquisa jurídica e permite a análise preditiva para advogados, esta pode ser empregada para facilitar a rotina dos juízes. Afinal, grande parte do trabalho dos tribunais é repetitivo e vinculado a precedentes. De fato, a IA já é empregada para auxiliar magistrados a determinar se os prisioneiros devem ser libertados antes do julgamento e em que valor a fiança deve ser fixada. Ferramentas de avaliação de risco criminal, como o software COMPAS, usam algoritmos para prever as probabilidades de violações, fuga e reincidência dos réus¹³.

Especificamente na seara da Responsabilidade Civil, *softwares* de IA podem ser desenhados, por meio de *decision trees*, para fornecer perguntas pré-programadas e automatizadas a serem preenchidas pelas partes envolvidas em determinado litígio. Se a causa comportar pedido de indenização, por exemplo, o próprio sistema já gera uma lista automática com possíveis pedidos e pré-requisitos. Ademais, fazendo uso de redes neurais, *big data* e *machine learning*, os algoritmos podem reconhecer o tipo de queixa, pesquisar precedentes, legislações e documentos relevantes – e, até mesmo, realizar análises preditivas e sentenciar o caso.

Apesar de o cenário descrito acima se assemelhar ao roteiro de um filme futurista, situações similares já estão sendo testadas em alguns países, como a Estônia. Conforme

¹¹ MCGINNIS, John O.; PEARCE, Russel G. *The Great Disruption: How Machine Intelligence Will Transform the Role of Lawyers in the Delivery of Legal Services*. *Fordham Law Review*. v. 82/2014, p. 3041-3066, 2014, p. 3048-3049.

¹² *Idem*, p. 3052.

¹³ CAMPBELL, Ray Wothe. *Artificial Intelligence In The Courtroom: The Delivery Of Justice In The Age Of Machine Learning*. *Colorado Technology Law Journal*. v. 18/2020, p. 323-349, out. 2020, p. 341-345.

será demonstrado no tópico seguinte, esse pequeno país europeu está desenvolvendo uma IA para aferir obrigações, definir indenizações e sentenciar litígios cíveis¹⁴.

3. O DESENVOLVIMENTO DE UM JUIZ ROBÔ PELO JUDICIÁRIO ESTONIANO E PERSPECTIVAS PARA O BRASIL

O uso de modernas tecnologias de informação e comunicação pelo governo da Estônia colocou o país na vanguarda dos Estados que visam a modernizar seu setor público e ampliar a governança e a transparência dos serviços prestados.

Atualmente, vários serviços públicos *on-line* estão disponíveis para cidadãos estonianos, como identificação digital, assinaturas digitais, declaração eletrônica de impostos, prescrições médicas *on-line* e votação pela Internet.

A prestação desses serviços tem se mostrado extremamente eficiente e, como resultado, há grande economia de recursos públicos e privados, redução na burocracia e no tempo expendido em atividades relacionadas ao governo.

Um exemplo notório é o das transações de compra e venda de automóveis, que ocorrem de maneira completamente remota e podem ser concluídas em menos de quinze minutos. Ademais, preencher uma declaração de impostos online na Estônia exige o emprego de não mais do que cinco minutos e participar de eleições por votação pela Internet leva noventa segundos em média.

O sucesso da utilização de medidas digitais pelo governo estônio é evidenciado pelas estatísticas. A identificação digital, elemento fundamental para a democracia digital moderna, é obrigatória para todos os cidadãos e, em 2014, foi utilizada mais de oitenta milhões de vezes para autenticação e trinta e cinco milhões de vezes para transações digitais. Noventa e cinco por cento de todas as declarações de imposto de renda são feitas online e um em cada três cidadãos votou online nas últimas eleições¹⁵.

Tendo em vista os resultados favoráveis com as iniciativas digitais, a Estônia tem a intenção de fazer uso dessas tecnologias – e, para os propósitos deste artigo, especificamente da inteligência artificial – também no Poder Judiciário.

¹⁴ NIILER, Eric. *Can AI Be A Fair Judge In Court? Estonia Thinks So. Wired.* 2019. Disponível em: <https://www.wired.com/story/can-ai-be-fair-judge-court-estonia-thinks-so/>. Acesso em: 30 de janeiro de 2023.

¹⁵ VASSIL, Kristjan. *Estonian e-Government Ecosystem: Foundation, Applications, Outcomes. World Development Report*, p. 1-30, jun. 2015, p. 2.

Segundo Joshua Park e Staff Writer¹⁶, o juiz amparado em IA da Estônia foi idealizado após o Ministério da Justiça da Estônia solicitar ao seu diretor de dados, Ott Velsberg, ajuda para projetar um “juiz robô” capaz de julgar disputas de pequenas causas de até, aproximadamente, 7.000 euros. A ideia é que os algoritmos desse sistema de IA funcionem como explicitado no tópico anterior: por meio de *decision trees*, *big data* e *machine learning*, o *software* fará a análise jurídica preditiva de cada caso e confirmará um veredito. Todavia, as partes sempre poderão recorrer para um juiz humano¹⁷.

Embora o projeto do juiz robô se encontre atualmente em fase de desenvolvimento e testes¹⁸, o país já emprega a inteligência artificial para a solução de litígios online (ODR – *online dispute resolution*). Os sistemas de IA são capazes de fazer a mediação entre as partes mediante o emprego de algoritmos que aprendem táticas de lances em leilões, bem como as prioridades das partes envolvidas em determinada disputa. Com isso, aumentam a eficiência e reduzem muito os custos associados a essas transações jurídicas¹⁹.

Algumas vantagens relevantes da disseminação da inteligência artificial no Poder Judiciário – e na seara arbitral – dizem respeito ao fato de os juízes e mediadores robôs serem, em tese, mais rápidos, baratos e precisos, uma vez que podem processar vários casos ao mesmo tempo e encontrar documentos relevantes quase instantaneamente. Ainda, a tecnologia desafoga os juízes humanos, ao retirar os casos mais simples das suas mãos, e permite que estes se concentrem em decisões mais importantes e complexas. Ademais, em função das razões supracitadas, os cidadãos poderão ter o acesso à justiça ampliado, além de evitar processos demorados, caros e estressantes.

Juízes robôs também têm o potencial de serem mais justos do que juízes humanos – embora, conforme veremos logo adiante, ao tratarmos dos riscos associados a essa tecnologia, esse tema seja controverso. A tal respeito, um estudo realizado conjuntamente por duas renomadas universidades australianas comprovou que os tribunais do país são influenciados por fatores arbitrários – como raça ou status socioeconômico – e que os julgamentos são inconsistentes, já que o Judiciário é composto por milhares de diferentes

¹⁶ PARK, Joshua; WRITER, Staff. *Your honor, AI*. *Harvard International Review*. v.41/2020, p. 46-48, 2020, p. 46.

¹⁷ NIILER, Eric. *Can AI Be A Fair Judge In Court? Estonia Thinks So*. *Wired*. 2019. Disponível em: <https://www.wired.com/story/can-ai-be-fair-judge-court-estonia-thinks-so/>. Acesso em: 30 de janeiro de 2023.

¹⁸ Idem.

¹⁹ VASDANI, Tara. *From Estonian AI judges to robot mediators in Canada, U.K.* *LexisNexis*. 2019. Disponível em: <https://www.lexisnexis.ca/en-ca/ihc/2019-06/from-estonian-ai-judges-to-robot-mediators-in-canada-uk.page>. Acesso em: 28 de janeiro de 2023.

juízes, com vieses individuais²⁰.

Quanto ao tema, impende salientar que, em virtude de a Estônia ser pioneira em diversas iniciativas relacionadas à aplicação de soluções tecnológicas nas atividades do Estado, há uma propensão maior da população em aceitar sentenças advindas de uma inteligência artificial. De todo modo, não há uma diferença significativa em seu sistema jurídico-legislativo, em relação ao brasileiro, que poderia admitir o sucesso dos juízes robôs lá, mas não aqui. Afinal, a Estônia pertence à União Europeia e faz parte do sistema legal da Europa continental (*civil law*), muito similar à estrutura jurídica também adotada no Brasil.

Todavia, embora não haja óbices para a aplicação de sistemas de IA no Poder Judiciário pátrio para a realização de pesquisas e assessoramento judicial²¹, a implementação de juízes robôs similares ao projeto estoniano deverá permitir que temas caros ao nosso ordenamento, como o princípio da cooperação e o do contraditório – compreendido como a real capacidade das partes influírem na decisão do magistrado – sejam devidamente respeitados. No que concerne ao assunto, Marcela Andrade²² traz a seguinte argumentação:

O princípio da cooperação ganhou a alcunha de grande premissa em nosso sistema processual, em razão de seu contorno coparticipativo hábil a reduzir o protagonismo judicial e a proliferação de decisões solipsistas em nosso ordenamento. Esse tema se mostra muito caro ao nosso sistema judiciário, porquanto ele é marcado por decisionismos e arbitrariedades que não compactuam com o modelo de devido processo constitucional (THEODORO JÚNIOR et al, 2016). Conforme a literalidade do artigo 6º do Código de Processo Civil, impõe-se a todos os sujeitos do processo o dever de cooperação para que se obtenha decisão de mérito justa e efetiva, em tempo razoável (...). Para a efetivação desse princípio impõe-se a superação do contraditório como mero aspecto formal, o que permitia ao magistrado prolatar decisões que não

²⁰ PARK, Joshua; WRITER, Staff. *Your honor, AI*. *Harvard International Review*. v.41/2020, p. 46-48, 2020.

²¹ Na verdade, o Brasil já conta com algumas interessantes iniciativas tecnológicas no âmbito do Judiciário, como o da IA desenvolvida pelo STF em parceria com a Universidade de Brasília, denominada “Victor”. Segundo o *site* oficial do Pretório Excelso, “o Victor é uma inteligência artificial voltada para apoiar a atividade de análise de admissibilidade recursal, mediante sinalização de que um dado tema de repercussão geral, ou mais de um, se aplica ao caso dos autos”. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=471331&ori=1>. Acesso em: 29 de janeiro de 2023.

²² ANDRADE, Marcela. Contraditório como garantia de influência: problemáticas em face de decisões algorítmicas. *Congresso internacional de Direito e inteligência artificial inteligência artificial e tecnologias aplicadas ao Direito II*. Organização Congresso Internacional de Direito e Inteligência Artificial: Skema Business School – Belo Horizonte, ago/2020, p. 13-14.

possuíam qualquer ressonância com a defesa desenvolvida ao longo de todo o processo, conferindo às partes uma atuação meramente fictícia e aparente. Deve-se superar, ademais, o conceito de contraditório como mero direito à bilateralidade, traduzido pela lógica simplista de “dizer versus contradizer”, permitindo que ele assuma uma nova roupagem em nosso sistema. Assim, de acordo com o NCPC, o contraditório passa a ser compreendido como a real capacidade das partes influírem na decisão do magistrado, adotando-se o princípio da não-surpresa, conforme estabelecido no artigo 10º do Código de Processo Civil. (THEODORO JÚNIOR et al, 2016) (...). Desta forma, é imperativo que o Direito forneça elementos normativos hábeis a induzir um diálogo genuíno entre os sujeitos processuais. (THEODORO JÚNIOR et al, 2016). Nesse sentido: Há que se ler a cooperação (art.6º) não como dever ético da parte agir contra seus interesses, mas a partir da ideia de “comunidade de trabalho” e na leitura da cooperação a partir do “contraditório como garantia de influência e não surpresa”, porque se criamos um ambiente procedimental em que, realmente as partes possam (já que não são obrigadas, mas facultadas a tal), ao agir na defesa de seus interesses, contribuir para a construção do pronunciamento em conjunto como o magistrado (que deve agir como facilitador do procedimento) – e mais, se compreendemos que esse provimento só é legítimo se for resultado direto daquilo que foi produzido em contraditório no processo (art. 489, §1º, do Novo CPC), seja na reconstrução dos “fatos”, seja no levantamento de “pretensões a direito” (reconstrução do ordenamento) -, então ter-se-á uma compreensão adequada da cooperação no Novo CPC. (...) (THEODORO JÚNIOR et al, 2016). Toda essa perspectiva ganha novos contornos com a virada tecnológica no mundo jurídico, com questionamentos os mais diversos possíveis: é possível a automação de decisões judiciais? Como lidar com a opacidade dos algoritmos? Como driblar os riscos de enviesamento da máquina e a construção de algoritmos preconceituosos? As partes terão direito de esclarecimento sobre as regras de atuação dos robôs? As partes terão a capacidade de influenciar um juiz robô?

De fato, a implementação de juízes robôs, apesar de seus benefícios, também é carregada de riscos potenciais. A esse respeito, vale citar que a incapacidade de se explicar claramente o funcionamento dos sistemas de IA dificultam a legitimidade e a confiabilidade de juízes robôs.

Sobre esse ponto, o jurista Enrico Roberto²³ destaca duas características da IA que possuem importante reflexo jurídico. A primeira consiste no fato de, muitas vezes, as decisões tomadas por uma IA serem ininteligíveis ou opacas – ou seja, uma “*black box*”,

²³ ROBERTO, Enrico. Responsabilidade civil pelo uso de sistemas de inteligência artificial: em busca de um novo paradigma. *Revista internet&sociedade*. v. 1/2020, p. 121-143, fev. 2020, p. 127-128.

em decorrência da complexidade dos algoritmos empregados. Assim, é comum que seja impossível – até mesmo para os engenheiros que criaram o algoritmo – refazer o caminho lógico tomado pelos nodos (neurônios artificiais) que compõem uma rede neural de IA. Por conseguinte, o processo de tomada de decisão de uma IA no âmbito de um processo judicial pode não ser completamente transparente.

Ademais, é comum que sistemas de IA sejam criados de maneira difusa – ou seja, com a contribuição de diversos programadores, plataformas e bibliotecas abertas de algoritmos. Isso significa que, em tais ocasiões, não é possível se estabelecer com segurança quem são os autores de certo algoritmo, tampouco a contribuição individual para o *software* resultante e as decisões tomadas por determinada IA.

Ainda quanto aos riscos de se utilizar algoritmos de IA para realizar a atividade judicante, há que se ponderar a possibilidade de todo sistema digital ser hackeado, bem como a incapacidade de os juízes robôs analisarem criticamente situações concretas e, conseqüentemente, de se adaptarem de forma flexível aos costumes sociais da época ou de se aperfeiçoarem, tomando como base erros passados. Na verdade, os algoritmos de IA tendem a recriarem erros e preconceitos imbuídos em decisões anteriores. Isso ocorrer porque, como vimos, a IA depende de um vasto banco de dados de casos passados para definir seus julgamentos futuros.

Outro ponto de atenção é que os algoritmos são programados por seres humanos e, por isso, tendem a reproduzir os vieses dos seus desenvolvedores. Além disso, diversos desses sistemas dependem da inserção de *inputs* para operar – ou seja, os usuários do *software* inserem alguns dados requisitados para que o algoritmo realize seus cálculos e atinja determinada conclusão. No entanto, caso esses *inputs* sejam adicionados de maneira equivocada ou incompleta no sistema, os resultados – ou *outputs* – podem ser não ótimos. Como se diz nas ciências da computação: *garbage in, garbage out*.

No que concerne ao tema, os pesquisadores Hany Farid e Julia Dressel argumentam que algoritmos utilizados para realizar análise preditiva no âmbito do Judiciário não são mais precisos ou justos do que previsões feitas por pessoas que sequer tenham experiência jurídica²⁴.

Esse ponto é também salientado por Marcela Andrade²⁵, que afirma que a pretensa

²⁴ DRESSEL, Julia; FARID, Hany. *The accuracy, fairness, and limits of predicting recidivism*. *Science Advances*. v. 4/2018, p. 1-5, jan. 2018.

²⁵ ANDRADE, Marcela. Contraditório como garantia de influência: problemáticas em face de decisões algorítmicas. *Congresso internacional de Direito e inteligência artificial inteligência artificial e*

cientificidade que circunda as decisões prolatadas por juízes robôs, ainda que não se saiba exatamente como funcionam os algoritmos aplicados, faz que as sentenças proferidas sejam mais facilmente aceitáveis. Todavia, a dificuldade de se compreender como os sistemas de IA operam torna incompreensível a determinação de quais *inputs* foram determinantes para a tomada de decisões, o que tem o potencial de macular o contraditório como direito de influência.

4. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO JUIZ ROBÔ

Por fim, mister se faz investigar qual é a responsabilidade civil pela inteligência artificial utilizada no âmbito dos juízes robôs – ou seja, caso esses algoritmos profiram sentenças erradas ou danosas, como deveria ser feita a responsabilização dos envolvidos?

Segundo Martin Ebers²⁶, ao tratar da responsabilização em face de danos causados por veículos autônomos na Alemanha – *i.e.* que utilizam tecnologia análoga à aplicada nos juízes robôs estonianos –, as partes lesadas, *a priori*, deverão reivindicar indenização por danos causados por tais veículos em face do detentor do automóvel.

Isso porque a legislação germânica – seção 7(1) da Lei de Trânsito Rodoviário – expressamente prevê que o detentor de veículo automotor é responsável pelos danos causados a terceiros durante a utilização do automóvel, independentemente de qualquer falha operacional. Logo, o ônus de indenizar recai sobre o proprietário – ou sua seguradora, se for o caso –, ainda que o acidente tenha ocorrido em razão de um defeito do produto.

Por outro lado, a montadora automotiva raramente será responsabilizada com sucesso, apesar do fato de que é principalmente o design do veículo autônomo – especialmente seu *software* – que determina como o automóvel se move no tráfego rodoviário. Embora o fabricante seja responsável objetivamente de acordo com a Lei de Responsabilidade do Produto alemã e por falha presumida na seção 823(1) do Código Civil daquele país, raramente será possível para as partes lesadas provar o defeito e o nexos causal entre defeito e dano, devido à complexidade e opacidade dos *softwares* de veículos autônomos. Conforme tratado na seção anterior, essas tecnologias têm a

tecnologias aplicadas ao Direito II. Organização Congresso Internacional de Direito e Inteligência Artificial: Skema Business School – Belo Horizonte, ago/2020, p. 16.

²⁶ EBERS, Martin. *Civil liability for autonomous vehicles in Germany*. Fev. 2022. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4027594>. Acesso em: 31 de janeiro de 2023.

característica de funcionar como uma *black box*, o que dificulta o estabelecimento do nexo causal entre o dano e o *software*.

Independentemente de se atribuir a culpa aos proprietários ou fornecedores de determinado produto que se utiliza de IA para funcionar, na esfera privada, é possível se definir, de maneira subjetiva ou objetiva, um culpado. Porém, como deveria ser feita tal responsabilização na hipótese de a IA estar sendo empregada em uma função pública, como no caso dos juízes robôs?

De acordo com Katrin Metcalf e Tanel Kerikmäe²⁷, como princípio geral, o Estado deve ser responsabilizado pelos danos causados se a IA for utilizada para desempenhar uma função pública, da mesma forma como se o dano tivesse sido causado por uma pessoa agindo em nome da Administração Pública. O fato de o trabalhador público ser uma máquina não significa que o Estado possa se isentar de sua responsabilidade. Afinal, foi o próprio Estado que optou por utilizar essa maneira de executar determinada tarefa e, portanto, deve aceitar a responsabilidade resultante dessa escolha.

No caso da legislação da Estônia, danos causados em uma relação de direito público como resultado da “ação” da IA – ainda que tal dano tenha se originado de uma falha no algoritmo, *software* ou dados subjacentes à operação da IA –, qualifica-se como uma atividade ilegal de uma autoridade pública e enseja a responsabilidade do Estado. Apesar de o sistema jurídico estoniano, normalmente, basear a responsabilidade em culpa, este também reconhece situações de responsabilidade acrescida, responsabilidade de risco e “principal fonte de perigo”, que podem estar relacionadas, por exemplo, à utilização de usinas nucleares. Esses princípios têm sido utilizados para configurar a responsabilidade de risco pelo emprego de IA no serviço público, em casos de erros em algoritmos e demais danos ocasionados por uma inteligência artificial²⁸.

O entendimento de que o ordenamento jurídico da Estônia²⁹ prevê que a responsabilidade em virtude de danos causados por fontes consideráveis de risco é do responsável por gerenciar a fonte do perigo e independe de culpa – no caso do juiz robô, o Estado –, está expressamente descrito no § 1056 da legislação nacional concernente às obrigações, *in verbis*:

If damage is caused resulting from danger characteristic to a thing constituting

²⁷ METCALF, Katrin; KERIKMÄE, Tanel. *Machines are taking over – are we ready?* *Singapore Academy of Law Journal*. v. 33, p. 24-49, 2021, p. 34.

²⁸ *Idem*, p. 35.

²⁹ Law of Obligations Act. §§ 1056-1060. Disponível em: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/506112013011/consolide>. Acesso em 29 de janeiro de 2023.

a major source of danger or from an extremely dangerous activity, the person who manages the source of danger shall be liable for causing of damage regardless of the person's culpability. A person who manages a major source of danger shall be liable for causing the death of, bodily injury to or damage to the health of a victim, and for damaging a thing of the victim, unless otherwise provided by law.

Já no contexto brasileiro, Nelson Rosenthal, Cristiano Farias e Felipe Braga Netto³⁰ ensinam que:

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

Ademais, ainda segundo os supracitados autores³¹, o legislador pátrio optou por conferir responsabilidade objetiva ao Estado e subjetiva ao agente público. Assim, “o Estado, depois de indenizar a vítima, deverá propor ação de regresso contra o agente, provando-lhe a culpa”. Todavia, existem situações – como nos danos advindos de decisões judiciais – para as quais a legislação brasileira exige a presença de dolo para que haja responsabilização pessoal do agente público. Por isso, em nosso país, “em regra, o magistrado não responde pelos danos que advierem de sua decisão”.

Ante o exposto, entendemos que, em razão da estrutura jurídica pátria, caso o Brasil opte por instituir um juiz robô similar ao estoniano, haverá responsabilidade civil objetiva para o Estado em virtude de eventuais erros e danos derivados de sentenças emitidas pela inteligência artificial. Evidentemente, uma IA não possui vontade própria e tampouco dolo (ao menos por enquanto). Logo, não há a figura de um real magistrado a ser responsabilizado, o que exclui a necessidade da presença de dolo em uma eventual ação de regresso, que poderá ser impetrada contra terceiros que tenham sido responsáveis pela programação do algoritmo do juiz robô – *e.g.* empresa privada que tenha desenvolvido o *software* –, embora, conforme explicitado acima, não seja fácil comprovar o nexo causal entre o fornecedor do produto e o dano ocasionado.

Por fim, ainda que a parte seja prejudicada por sentença proferida por um futuro juiz robô tupiniquim, entendemos que o Estado poderá se isentar da obrigação de

³⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 561.

³¹ Idem, p. 604.

indenizar caso consiga provar a presença de alguma excludente de responsabilidade. Por exemplo, não haverá responsabilização estatal se for comprovado que a sentença danosa é decorrente de culpa exclusiva da vítima, que forneceu dados incorretos ou descumpriu prazos impostos pelo sistema. Outrossim, o Estado não precisará indenizar a vítima nas hipóteses de caso fortuito ou força maior – como, por exemplo, um desastre natural que prejudique o correto funcionamento dos servidores onde estão hospedados os algoritmos dos juízes robôs. Ainda assim, poderá haver a responsabilização estatal em função de mero mau funcionamento do algoritmo empregado, em função do risco inerente à utilização desses sistemas, tal qual ocorre na Estônia.

5. CONCLUSÃO

Em face da disseminação de ferramentas de IA no meio jurídico e da recente proposta de implementação de um juiz robô na Estônia, este artigo buscou investigar, sucintamente, qual o processo de análise jurídica realizado por tal disrupção tecnológica; quais principais benefícios e riscos decorrentes de tal medida; bem como quais *insights* relevantes para o Brasil podem ser retirados da experiência estoniana.

Ante a análise expendida, podemos concluir, *prima facie*, que a inteligência artificial tem se mostrado consideravelmente útil para o meio jurídico. Afinal, algoritmos de IA já são empregados, de maneira bem-sucedida, por exemplo, para a realização de pesquisas jurídicas e de análise preditiva.

A utilidade da tecnologia em tela é potencializada pelo fato de o Direito ser uma área que lida com enormes quantidades de dados de jurisprudências, legislações, doutrinas e outros documentos. Logo, fazendo uso de redes neurais, *big data* e *machine learning*, os algoritmos de IA podem ser empregados para auxiliar advogados, mediadores e magistrados em suas atividades rotineiras e, assim, aumentar a produtividade e reduzir a burocracia no meio jurídico. Não à toa, diferentes países já têm utilizado a IA para melhorar a qualidade e reduzir os custos dos serviços públicos prestados à população. Nesse sentido, a Estônia vem desenvolvendo um algoritmo de IA capaz de atuar como um “juiz robô”.

Entre os diversos pontos positivos que pudemos identificar quanto à implementação de tal medida, podemos destacar que os “juízes robôs” tendem a ser mais ágeis, baratos e precisos, uma vez que, em virtude da capacidade de processamento dos computadores, podem lidar com inúmeros casos simultaneamente. Ademais, a tecnologia

tem o potencial de liberar os juizes humanos de tarefas rotineiras de menor complexidade, a fim de permitir que estes foquem em casos mais importantes e complicados. Consequentemente, espera-se que o acesso à justiça seja facilitado e ampliado.

Um ponto de controvérsia, todavia, diz respeito à imparcialidade dos juizes robôs. Conforme vimos, há o argumento de que estes, por serem algoritmos pré-programados e livres de emoção e vieses inerentes ao ser humano, tendem a julgar de maneira mais justa. No entanto, não se pode descartar os vieses presentes nos desenvolvedores dos algoritmos e, tampouco, os vieses que já estejam impregnados nos dados passados, utilizados como base para a análise preditiva dos sistemas de IA.

Outros riscos em potencial dizem respeito à opacidade dos algoritmos de IA – *i.e.*, a incapacidade de se explicar claramente a operacionalização desses sistemas, que funcionam como verdadeiras *black box*, muitas vezes programadas de maneira difusa. Há, ainda, os riscos de *hackeamento* e à incapacidade de juizes robôs analisarem criticamente situações concretas – ou seja, se adaptando de maneira flexível aos costumes sociais de determinada época

Quanto à utilização de inteligência artificial no Judiciário brasileiro, entendemos que não há uma diferença significativa entre o nosso sistema jurídico-legislativo e o estoniano – país cuja estrutura jurídica segue a tradicional *civil law* da Europa continental – capaz de impossibilitar a implementação de ferramentas que façam uso dessa tecnologia por aqui. Corroborando tal entendimento, o próprio STF já vem desenvolvendo uma ferramenta para facilitar a tomada de decisão por parte dos seus Ministros, a IA que recebeu o nome de Victor.

Todavia, embora não haja óbices para a aplicação de sistemas de IA no Poder Judiciário pátrio para a realização de pesquisas e assessoramento judicial, a implementação de juizes robôs similares aos estonianos é tema mais delicado. Primeiramente, é importante que se compreenda que a sociedade brasileira difere da estoniana, muito mais acostumada com a utilização de recursos tecnológicos em seu cotidiano, inclusive no que concerne à fruição de serviços públicos. Em segundo lugar, é fundamental que o juiz robô que venha a ser implementado no Brasil permita que os princípios da cooperação e o do contraditório, essenciais ao nosso Direito Processual, sejam devidamente respeitados.

Por fim, a respeito da responsabilidade civil em razão da utilização de um juiz robô, pôde-se concluir que o fato de o juiz robô ser uma máquina não significa que o Estado possa se isentar de sua responsabilidade. No caso da Estônia, a legislação nacional

expressamente prevê que danos causados em uma relação de direito público como resultado da “ação” da IA enseja a responsabilidade do Estado. A ideia está contida nos princípios da responsabilidade de risco e da “principal fonte de perigo”, que tem sido utilizado naquele país para configurar a responsabilidade estatal pelo emprego de IA no serviço público.

Por sua vez, no que concerne ao ordenamento jurídico brasileiro, este artigo concluiu que, caso o Brasil opte por instituir um juiz robô similar ao estoniano, o Estado poderá ser responsabilizado objetivamente por danos causados pela inteligência artificial. Ainda assim, permanece resguardado ao Estado o direito de regresso contra responsáveis pela instituição do sistema, desde que seja comprovado o nexo causal no caso concreto – algo nada trivial. Ademais, caso seja comprovada a presença de excludente de responsabilidade – como culpa exclusiva da vítima e caso fortuito ou força maior –, o Estado poderá ser isentado da responsabilização por dano causado pela IA. Todavia, o mero mau funcionamento do algoritmo não deve ser considerado uma excludente, já que esse risco é inerente à utilização dessas tecnologias, que são empregadas conforme a discricionariedade do Poder Público.

Em suma, ao final, resta evidente que é interessante a aplicação da IA em atividades jurídicas, uma vez que tal tecnologia permite a obtenção de grandes ganhos de produtividade – tanto para a população quanto para os operadores do Direito – que reduzem custos de transação e proporcionam maior acesso aos serviços jurídicos. No entanto, a utilização específica de juízes robôs, especialmente em casos complexos, também vem eivada de riscos relevantes – alguns mais relacionados a aspectos técnicos, como a opacidade de tais sistemas, e outros mais relacionados ao próprio comportamento humano, como os decorrentes de vieses dos desenvolvedores dos sistemas e de vieses presentes nos dados utilizados como referência para o aprendizado da máquina.

Sendo assim, talvez a questão mais importante não seja se os juízes robôs podem realizar pesquisas jurídicas, lidar com processos rotineiros de maneira mais eficiente, analisar casos simples e repetitivos ou mesmo tornar as sentenças judiciais mais consistentes. Afinal, já sabemos que as respostas para tais questionamentos são afirmativas. Talvez, dado os riscos levantados, a questão seja mais fundamental: estaremos nós, como sociedade, dispostos a atribuir a afirmação da legitimidade do Estado e a delegar poderes essenciais – capazes de promover restrição de direitos e criação de regras – a entidades complexas e não humanas?

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Marcela. Contraditório como garantia de influência: problemáticas em face de decisões algorítmicas. *Congresso internacional de Direito e inteligência artificial inteligência artificial e tecnologias aplicadas ao Direito II*. Organização Congresso Internacional de Direito e Inteligência Artificial: Skema Business School – Belo Horizonte, p. 12-19, ago/2020.
- CAMPBELL, Ray Worthy. *Artificial Intelligence In The Courtroom: The Delivery Of Justice In The Age Of Machine Learning*. *Colorado Technology Law Journal*. v. 18/2020, p. 323-349, out. 2020.
- DRESSEL, Julia; FARID, Hany. *The accuracy, fairness, and limits of predicting recidivism*. *Science Advances*. v. 4/2018, p. 1-5, jan. 2018.
- EBERS, Martin. *Civil liability for autonomous vehicles in Germany*. Fev. 2022. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4027594>. Acesso em: 27 de janeiro de 2023.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.
- LAGE, Júlia; REZENDE, Henrique. Chatbot na Advocacia: dinamização do direito na realidade pandêmica. *Congresso internacional de Direito e inteligência artificial inteligência artificial e tecnologias aplicadas ao Direito II*. Organização Congresso Internacional de Direito e Inteligência Artificial: Skema Business School – Belo Horizonte, p. 4-11, ago/2020.
- MCGINNIS, John O.; PEARCE, Russel G. *The Great Disruption: How Machine Intelligence Will Transform the Role of Lawyers in the Delivery of Legal Services*. *Fordham Law Review*. v. 82/2014, p. 3041-3066, 2014.
- METCALF, Katrin; KERIKMÄE, Tanel. *Machines are taking over – are we ready?* *Singapore Academy of Law Journal*. v. 33, p. 24-49, 2021.
- NIILER, Eric. *Can AI Be A Fair Judge In Court? Estonia Thinks So*. *Wired*. 2019. Disponível em: <https://www.wired.com/story/can-ai-be-fair-judge-court-estonia-thinks-so/>. Acesso em: 30 de janeiro de 2023.
- PARK, Joshua; WRITER, Staff. *Your honor, AI*. *Harvard International Review*. v.41/2020, p. 46-48, 2020.
- ROBERTO, Enrico. Responsabilidade civil pelo uso de sistemas de inteligência artificial: em busca de um novo paradigma. *Revista internet&sociedade*. v. 1/2020, p. 121-143, fev.

2020.

RUSSEL, Stuart J.; NORVIG, Peter. *Artificial Intelligence: A Modern Approach*. 3. ed. Upper Saddle River: Pearson, 2010.

VASDANI, Tara. *From Estonian AI judges to robot mediators in Canada, U.K.* *LexisNexis*. 2019. Disponível em: <https://www.lexisnexis.ca/en-ca/ihc/2019-06/from-estonian-ai-judges-to-robot-mediators-in-canada-uk.page>. Acesso em: 28 de janeiro de 2023.

VASSIL, Kristjan. *Estonian e-Government Ecosystem: Foundation, Applications, Outcomes*. *World Development Report*, p. 1-30, jun. 2015.

TEMPO COMO BEM JURÍDICO: ESTUDO DO SS.UU., ORDINANZA 8236/2020 SOB A PERSPECTIVA COMPARADA

Ana Beatriz Brusco

Sumário: 1. Introdução: o tempo como bem jurídico; 2. A responsabilidade da Administração Pública por violação a deveres anexos ao princípio da legalidade no direito italiano; 3. Da tutela do tempo ao *danno da ritardo*; 4. O caso SS. UU, *ordinanza* 8236/2020; 5. Uma abordagem à luz do direito brasileiro; 6. Conclusão; Referências.

1. INTRODUÇÃO: O TEMPO COMO BEM JURÍDICO

A premissa econômica da escassez nos ensina que as necessidades humanas são ilimitadas, ao passo que os recursos produtivos são limitados. O ordenamento jurídico tutela os bens da vida eleitos no contrato social representado pela Constituição, para garantir que tais recursos cumpram seu mister dentro de balizas adotadas pelos direitos fundamentais e sem exaurimento por uso indevido.

O tempo é, por essência, o recurso mais escasso de todos. A demora na tomada de decisões pela Administração Pública mesmo de poucos dias, pode ter consequências graves aos particulares. A preocupação com a inércia administrativa se reforçou com a pandemia da Covid-19, quando evidenciado mais uma vez a importância de uma decisão tempestiva, sobretudo em momentos emergenciais. O agir gradativo não é compatível, no mais das vezes, com contexto emergencial (MADDALENA, 2020).

Por outro lado, a robustez do aparato estatal lhe confere tempo diferente de agir em relação aos agentes privados. Há de se encontrar o ponto de equilíbrio em que o ordenamento jurídico incentive a tomada de decisão pela Administração e não conviva com a inércia ou mora injustificada, sem que, com isso, seja gerado dever de indenização desmensurado, a onerar a coletividade e afastar o Estado do desempenho de suas outras funções essenciais.

O caso escolhido para estudo sob a perspectiva comparada apresenta características

muito similares aos problemas enfrentados no Brasil: morosidade administrativa, comportamentos contraditórios do ente público e quebra da confiança do administrado.

A interpretação jurídica conferida pelo julgado comporta o estudo comparado, porquanto os dois ordenamentos jurídicos bebem de fontes comuns do direito e são encontrados ecos das normas e decisões sobre o dever de agir da Administração em julgados de ambos os países.

Este trabalho tem como objetivo fazer uma leitura do caso SS.UU., *ordinanza* 8236/2020 sob a perspectiva comparada com o direito brasileiro, a fim de encontrar pontos em comum na fundamentação utilizada e se perquirir, ao final, se a solução dada pelas Cortes brasileiras trilharia caminhos similares.

A metodologia utilizada consistiu em análise evolutiva da legislação e dos entendimentos jurisprudenciais, administrativos e judiciais, encontrados na Itália sobre o dano decorrente da demora administrativa, a fim de se verificar como o tempo é tutelado naquele ordenamento. Para tanto, fez-se pesquisa aos sítios oficiais de órgãos públicos italianos, com acesso secundário a artigos publicados em outros canais. A doutrina italiana central utilizada para se compreender o *danno da ritardo* foi aquela encontrada no sítio do Tribunal Regional Administrativo italiano, vinculado ao Conselho de Estado. A partir das premissas italianas, refez-se a pesquisa na legislação e nas cortes brasileiras.

O trabalho está dividido em seis partes, sendo a primeira esta introdução. No segundo tópico, será abordada a questão atinente aos deveres anexos de boa-fé e sua aplicação aos entes públicos. No terceiro, passa-se à análise da inércia administrativa e seu tratamento legal na Itália para se chegar ao *danno da ritardo* a fim de se preparar as bases para compreensão do caso selecionado. O quarto ponto analisa as premissas fáticas e jurídicas adotadas no julgamento do caso escolhido, ao passo que o quinto busca a solução à luz das premissas brasileiras. No sexto ponto, traz-se as conclusões.

2. A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO POR VIOLAÇÃO A DEVERES ANEXOS AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO DIREITO ITALIANO

O Código Civil italiano prevê o dever de as partes agirem em conformidade com a

boa-fé e a equidade¹. Como pontuado por LIRA e CALDAS², o referido diploma legal preceitua que as partes devem se comportar segundo boa-fé na condução das negociações e da formação do contrato, o qual deve ser interpretado também segundo boa-fé, bem como o devedor e o credor devem se portar em conformidade com as regras de equidade (artigos 1.337, 1.358 e 1.175³).

No século XIX, teve início movimento de constitucionalização do Direito Civil na Itália. A par dos deveres de boa-fé e equidade, a concepção de cumprimento das obrigações evoluiu para transcender o mero adimplemento da prestação convencionada. Para a liberação do devedor, passou a ser indispensável a presença de comportamento ético e compatível com a expectativa validamente criada pela outra parte da relação⁴.

Paralelamente às mudanças vivenciadas no direito privado, o regime jurídico administrativo também teve incorporados deveres anexos à observância do princípio da legalidade. A aferição da regularidade dos atos administrativos deixou de se pautar unicamente pela conformidade do mérito do ato às normas vigentes. O respeito ao tempo correto para a prática dos atos administrativos, à boa-fé e às justas expectativas criadas pela Administração também passou a ser parâmetro aferível, inclusive para fins de responsabilização do ente público.

Nesse sentido, cita-se a decisão nº 60, de 27 de janeiro de 1967 do Conselho de Justiça Administrativa da Região da Sicília, na qual se firmou o entendimento de que a demora injustificada da Administração Pública em se pronunciar quanto à rescisão de contrato é capaz de atrair a responsabilidade do ente público. A Corte entendeu que o ente público se apropriou de valores que o particular teria arrecadado caso a extinção da avença tivesse sido tempestiva e, não obstante a rescisão do contrato tenha se dado de forma regular, houve a suspensão injustificada dos trabalhos por tempo prolongado. Afirmou-se o princípio da responsabilidade da Administração Pública por qualquer retardo culposos nos

¹ Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-civile>.

² LIRA; CALDAS, 2016, p. 2673.

³ Confira-se as redações originais dos dispositivos “Art. 1337. (*Trattative e responsabilita' precontrattuale*). *Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede.*”; “Art. 1366. (*Interpretazione di buona fede*). *Il contratto deve essere interpretato secondo buona fede.*” e “Art. 1175. (*Comportamento secondo correttezza*). *Il debitore e il creditore devono comportarsi Secondo le regole della correttezza.*”.

⁴ TOMÉ, 2021, p. 116.

seus atos⁵.

Em 7 de agosto de 1990, foi editada a Lei nº 241, com normas aplicáveis ao processo administrativo e relativas ao direito de acesso a documentos administrativos. Com ela, institui-se novo modelo de atuação administrativa, deu-se relevância ao bem da vida e o procedimento administrativo foi regulado segundo critérios de correção. Seu artigo 2 estabelece a responsabilidade do dirigente ou servidor que deixasse de se pronunciar ou o fizesse tardiamente⁶. Já o art. 2-bis prevê o direito ao ressarcimento de danos injustos derivados da inobservância dolosa ou culposa do término e conclusão dos procedimentos administrativos⁷. Esse novo regime jurídico administrativo trouxe consigo a expectativa qualificada de cumprimento destas regras.

A Itália reconheceu a possibilidade de ressarcimento do “interesse legítimo” do administrado em 1999 na notória *Sentenza SS. UU. n.º 500*⁸. No modelo proposto pelo julgado, o ressarcimento dos interesses legítimos pressupõe o êxito favorável no juízo prognóstico quanto ao bem da vida correlato ao interesse em questão.

Entendeu-se que a violação de um interesse legítimo juridicamente relevante é apta a qualificar o dano como injusto para fins de responsabilidade civil, tal como ocorre com os direitos subjetivos. Ressaltou-se que o entendimento firmado não equivale a assentar possibilidade indiscriminada de indenização de interesses legítimos. A compensação só será devida se atividade ilegítima da Administração Pública foi determinante para o dano ao interesse no bem da vida ao qual o interesse legítimo digno de proteção em conformidade com a lei. Dito de outra forma, a violação do interesse legítimo é condição

⁵ SCANDURA, F. “Decisione 27 Gennaio 1967, n. 60; Pres. Aru P., Est. Fortini Del Giglio; Sangiorgi (Avv. Siracusa) c. Assessorato Regionale Dei Lavori Pubblici (Avv. Dello Stato Tavella).” *Il Foro Italiano*, vol. 90, no. 6, 1967, p. 315/316-317/318. *JSTOR*, <http://www.jstor.org/stable/23157997>. Acesso 6 mar. 2023.

⁶ Confirma-se o dispositivo legal: “**Art. 2. (Conclusione del procedimento)** [...] 9. *La mancata o tardiva emanazione del provvedimento nei termini costituisce elemento di valutazione della performance individuale, nonché di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente.*”. Disponível em: https://www.bosettiegatti.eu/info/norme/statali/1990_0241.htm.

⁷ “**Art. 2-bis. (Conseguenze per il ritardo dell’amministrazione nella conclusione del procedimento)** 1. *Le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all’articolo 1, comma 1-ter, sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell’inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento. 1-bis. Fatto salvo quanto previsto dal comma 1 e ad esclusione delle ipotesi di silenzio qualificato e dei concorsi pubblici, in caso di inosservanza del termine di conclusione del procedimento ad istanza di parte, per il quale sussiste l’obbligo di pronunziarsi, l’istante ha diritto di ottenere un indennizzo per il mero ritardo alle condizioni e con le modalità stabilite dalla legge o, sulla base della legge, da un regolamento emanato ai sensi dell’articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400. In tal caso le somme corrisposte o da corrispondere a titolo di indennizzo sono detratte dal risarcimento.*”. Disponível em: https://www.bosettiegatti.eu/info/norme/statali/1990_0241.htm.

⁸ Disponível em: http://www.sanzioniamministrative.it/collegamenti/RicercaGiuridica/sentenze/CassazioneCivile/Cass_Civ_500_1999-Unite.pdf.

necessária, mas não suficiente, para o acesso à tutela compensatória⁹.

A responsabilidade civil do Estado incidirá quando ato administrativo é ilegítimo e o particular poderia ter conseguido a utilidade esperada não fosse tal vício. Diz-se haver ressarcimento dependente de juízo prognóstico acerca do direito da parte. É o interesse legítimo a resultado garantido¹⁰.

O ordenamento italiano passou a adotar medidas contra a fuga da responsabilidade do gestor, com a atribuição de sanções como forma de induzir a administração a agir. Responsabilização disciplinar, dirigencial, administrativa-contábil e penal. Essa tendência ecoou na jurisprudência das Cortes Italianas, as quais passaram a tutelar o direito ao tempo do administrado frente à inércia ou mora administrativa, como se verá a seguir.

3. DA TUTELA DO TEMPO AO DANNO DA RITARDO

A tutela do tempo do administrado se tornou cada vez mais evidente no tratamento legislativo e na jurisprudência italianos. Em 21 de março de 2011, o Conselho de Estado decidiu pela admissibilidade de demanda em face do ente público com fundamento no silêncio. Firmou o entendimento de não ser idônea a justificativa para a demora embasada apenas nas dificuldades normativas da matéria e afirmou que todo cidadão e toda pessoa jurídica tem direito à resposta da Administração a seus pedidos no prazo estatutariamente determinado a fim de planejar suas atividades e alocação de seus recursos¹¹.

A legislação positivada confirmou, novamente, a tutela do tempo e disciplinou indenização pela conclusão tardia do procedimento ao prever o cabimento de indenização pelo mero atraso nas condições estabelecidas na lei ou com base na lei¹².

Em 2020, a Lei nº 120 trouxe novas alterações à Lei nº 241/90, dispondo sobre a obrigação de a Administração medir e tornar público o tempo efetivo de conclusão de

⁹ Essa interpretação do julgado se encontra na publicação: <https://www.altalex.com/documents/news/2011/07/06/risarcibilita-dell-interesse-legittimo-la-storica-sentenza-delle-sezioni-unite>

¹⁰ SIMONETTI, Hadrian. La parabola del risarcimento per lesione degli interessi legittimi. Consiglio di Stato. Tribunali Amministrativi Regionali. Studi e approfondimenti. Dottrina, 2012. Disponível em: <https://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/-/la-parabola-del-risarcimento-per-lesione-degli-interessi-legittimi>. Acesso em: 02 Mar. 2023.

¹¹ A propósito do caso, confira-se: <http://www.gadit.it/articolo/29726>.

¹² Essa disposição legal foi fruto da inserção de disposições urgentes para melhora da economia promovida pelo art. 28 do Decreto-Lei nº 69, de 21 de junho de 2013, posteriormente convertido na modificação da Lei nº 98, de 09 de agosto de 2013. Disponível em: <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2013-08-09:98>.

procedimentos administrativos de maior impacto aos cidadãos, comparando com os termos previstos nas normas vigentes¹³. Para a doutrina italiana, o uso de mecanismos de transparência possui a finalidade de induzir comportamentos virtuosos pela Administração Pública sem acentuar a responsabilização, mas com a valorização do controle pelo público em geral¹⁴.

Havia o entendimento, contudo, de que somente se configuraria dano indenizável se a pretensão do cidadão estivesse destinada a ser satisfeita. A análise do pedido ressarcitório partiria, portanto, de juízo prognóstico acerca do ato a ser emanado pela Administração até então inerte. Para fugir da necessidade de demonstração da titularidade do bem da vida, passou-se a reconhecer também dano de perda de oportunidade e dano de demora¹⁵.

O atraso será relevante quando a Administração Pública é obrigada a se manifestar de forma expressa. Isso porque o atraso na decisão é sempre um custo, pois o fator tempo é uma variável essencial na predisposição e na atuação de planos financeiros para qualquer atividade econômica¹⁶. Cabe ao lesado, por seu turno, o ônus de provar a o dano, seu nexo causal com a demora da Administração Pública e o elemento subjetivo (dolo ou negligência), nos termos do art. 2.043 do Código Civil Italiano¹⁷.

Na sentença nº 1368/2010, decidiu-se que a demora na conclusão de qualquer procedimento é sempre um custo, pois o fator tempo constitui variável essencial na predisposição e na atuação dos planos e da conveniência financeira das partes¹⁸. Nessa mesma linha, no julgamento da Sentença nº 340, Cons. Stato, Sez. V, 21 junho 2013, desenvolveu-se a orientação segundo a qual o tempo deve ser considerado bem da vida autônomo, cuja lesão é relevante para fins de ressarcimento¹⁹.

13 "4-bis. Le pubbliche amministrazioni misurano e pubblicano nel proprio sito internet istituzionale, nella sezione "Amministrazione trasparente", i tempi effettivi di conclusione dei procedimenti amministrativi di maggiore impatto per i cittadini e per le imprese, comparandoli con i termini previsti dalla normativa vigente. Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione, previa intesa in Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, sono definiti modalità e criteri di misurazione dei tempi effettivi di conclusione dei procedimenti, nonché le ulteriori modalità di pubblicazione di cui al primo periodo. (comma introdotto dall'art. 12, comma 1, lettera a), legge n. 120 del 2020)". Disponível em: https://www.bosettiegatti.eu/info/norme/statali/2020_0120.htm.

14 MADDALENA, 2020.

15 RAMAJOLI, 2016.

16 QUINTO, 2012.

17 *In verbis: "Art. 2043. Risarcimento per fatto illecito. Qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno."*. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-civile>.

18 FANTIGROSSI, 2017.

19 O caso é relatado no artigo publicado em: <https://www.altalex.com/documents/news/2022/01/13/il-danno-da-mero-ritardo-della-pa>.

Chega-se à noção de *danno da ritardo* ou dano decorrente da demora. Essa categoria comporta três hipóteses distintas: a) a adoção tardia de um provimento com conteúdo favorável ao particular; b) a ação tardia de provimento legítimo, porém desfavorável ao particular; e c) a mera inércia, a falta de adoção de qualquer provimento.

No primeiro caso, a indenização corresponde à compensação pela mora na concessão do bem da vida. Nas demais hipóteses, o particular não faz jus ao bem da vida, mas é lesado pela demora na constatação do não-direito.

Sobre as duas últimas hipóteses, a doutrina italiana há muito se ocupa. A jurisprudência, ao contrário, apenas admite sua ocorrência em algumas aberturas, sem admitir suscetível de proteção como regra geral²⁰.

A questão é complexa, pois envolve, de um lado, receio fundado oneração ao Erário com a possibilidade de ampliação desmedida das hipóteses de compensação mesmo em caso de pedidos do particular manifestamente infundados, mas apreciados tardiamente pelo ente público²¹. De outro lado, a necessidade de tutelar a boa administração e o reconhecimento do tempo enquanto valor jurídico.

4. O CASO SS.UU., *ORDINANZA* 8236/2020²²

O caso concreto que deu origem a esta sentença teve início quando o particular apresentou anteprojeto para a construção de um grande complexo hoteleiro utilizando a ferramenta do Plano Municipal de Implementação (PAC). Relativamente a este anteprojeto, desenvolveu-se um intenso diálogo entre a empresa proponente, assistida pelos profissionais designados para o efeito, e os gabinetes municipais.

Em junho de 2014, o Município comunicou à empresa que a comissão municipal de planejamento tinha manifestado parecer favorável, com a sinalização de serem necessários alguns esclarecimentos e pedidos de melhoramentos e com o convite à apresentação de pedido de Alvará de Construção em derrogação em substituição do PAC já apresentado. Tal requerimento fora prontamente atendido pelo particular.

Após novas discussões entre o setor privado e os escritórios, incluindo pedidos de esclarecimentos e aditamentos documentais pela Administração Pública, os quais foram

²⁰ MADDALENA, 2020.

²¹ ZERMAN, 2012.

²² Disponível em: <https://www.ratioiuris.it/wp-content/uploads/2020/05/Cassazione-a-Sezioni-Unite-sentenza-8236-del-2020.pdf>. Acesso em 02 mar. 2023.

cumpridos pelo administrado, a Administração adotou uma variante urbanística que modificou significativamente, em sentido restritivo, o regime edilício e urbanístico da área em questão.

Em vista disso, as prefeituras comunicaram ao particular a não aplicabilidade das isenções à construção hoteleira em construção, propondo a oportunidade de apresentar um novo PAC, com renúncia àquele já apresentado. Houve sucessivos pedidos de nova documentação sem a tomada de decisão pela Administração Pública.

Com base na narrativa acima, a empresa reclamou que o Município havia se comportado de forma vacilante e prejudicado as expectativas geradas ao adiar indefinidamente a devida decisão sobre o pedido apresentado, requerendo a condenação do Município ao pagamento de indenização por danos causados aos ser pago meio perito ou equitativamente.

A Corte analisou a tutela da confiança e violação às regras de boa-fé, que também devem informar o comportamento da Administração. Tratou da responsabilidade pela revogação de ato favorável, do limite cronológico para tal revogação, do dever de se ter em conta os interesses dos destinatários e demais interessados, do dever de indenizar os danos injustos causados pela inobservância dolosa ou culposa dos termos para conclusão procedimental (Lei nº 241/1990) e do dano da demora. Concluiu pela existência de quebra ao contrato social qualificado.

Segundo destacado no relatório dos fatos, o comportamento administrativo durou anos, com a divulgação do projeto em questão em jornais, gerando confiança razoável no êxito positivo, muito embora não tenha sido praticado o ato de permissão administrativo. A Corte concluiu que a demanda envolvia direito subjetivo de conservação à integridade do patrimônio, o qual teria sido lesado por escolhas realizadas com base na confiança do provimento administrativo que veio a ser revogado.

O *danno da ritardo* se configurou no caso concreto muito embora não tenha se verificado, em juízo prognóstico, que o particular tinha direito ao bem da vida em debate, qual seja a aprovação do anteprojeto de construção do complexo hoteleiro. Tutelou-se o interesse legítimo do particular a uma conclusão tempestiva da Administração Pública. Isso porque a Administração eficiente é aquela capaz de respeitar o tempo de agir, uma vez que o tempo é o primeiro resultado último em termos de produtividade e de economicidade²³.

²³ QUINTO, 2009.

Ressaltou-se o fato de que o pedido não se baseou somente na demora do Poder Público em apreciar, negativa ou positivamente, o pedido de licença de construção. Do contrário, o Município negou o referido pedido depois de ter se comportado por muito tempo em sentido contrário, o que gerou expectativa legítima de resultado positivo no processo de concessão.

A *causa petendi* não foi o mero descumprimento de prazo processual, mas sim a violação da expectativa de resultado favorável gerada pela Administração por seus comportamentos anteriores reiterados. A conduta do Poder Público foi tida como contrária aos cânones da legalidade e da boa-fé.

Como explica Bianchini, a Administração Pública foi responsabilizada pelos danos causados ao particular em razão da violação da confiança por este depositada na regularidade da ação administrativa. O particular não pode deixar de contar com a regularidade da Administração Pública. Trata-se, pois, de uma responsabilidade que assume a forma de violação dos deveres anexos à referida relação²⁴.

5. UMA ABORDAGEM À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO

Diferentemente do direito italiano, a previsão dos deveres anexos de boa-fé e lealdade das partes não encontra bases tão antigas no Brasil. O Código Civil de 1916 não previa expressamente a boa-fé. Para sua aplicação, recorria-se ao instituto enquanto princípio geral de direito.

A Constituição de 1988, por seu turno, tutelou o dever de agir da Administração Pública ao prever, no rol de direitos fundamentais, a duração razoável do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação²⁵. Trouxe, ainda, o princípio da reparação integral²⁶, o qual tutela de forma privilegiada dos interesses existenciais daquele

²⁴ BIANCHINI, 2020.

²⁵ Veja-se: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

[...] LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;”.

²⁶ “Artigo 5º. [...] V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”.

que sofreu a lesão e projeta a lógica de que o dano sofrido e juridicamente qualificado como tal merece reparação independente de sua natureza, se contratual ou extracontratual²⁷.

A aproximação com a preocupação italiana em regulamentar o agir do Administração Pública se verifica na legislação pós-Constituição de 1988. A exemplo das disposições originárias e sucessivas reformas à Lei italiana nº 241/1990, a Lei nº 9.784/99 possui capítulo específico para regulamentar o dever de decidir²⁸ e tratou de limites temporais para a anulação de atos administrativos de que decorram efetivos favoráveis ao destinatário²⁹.

O artigo 54 ecoa o argumento da Corte Italiana no caso SS.UU., *ordinanza* 8236/2020 no sentido de que o particular não pode deixar de contar com a regularidade da Administração Pública. Outro paralelo entre os ordenamentos jurídicos consiste no incentivo à tomada de decisões por mecanismos diversos da responsabilização do ente público, como é o caso da adoção da transparência quanto aos prazos decisórios, adotada na Itália, e possibilidade de decisões coordenadas, fruto da inclusão do ar. 49-A à Lei nº 9.784/90 pela Lei nº 14.210/2021³⁰.

Tal como ocorreu com o regramento administrativo, o Código Civil de 2002 passou a prever expressamente o dever de boa-fé no artigo 422³¹. A noção de deveres anexos de boa-fé das obrigações se consolidou e abre espaço para sua extensão à observância ao princípio da legalidade pela Administração Pública, tal como se deu nas Cortes italianas.

A doutrina nacional já alertava ao fato de que a boa-fé não se limita às relações obrigacionais. Do contrário, deve ser aplicada a todas as relações jurídicas para que alcancem a efetividade e função social visada em cada caso concreto³².

Assim, a boa-fé objetiva administrativa serve de parâmetro de conduta do Estado e

²⁷ MONTEIRO FILHO, 2021, p. 554.

²⁸ *In verbis*: “CAPÍTULO XI DO DEVER DE DECIDIR Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência. Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada.”

²⁹ “Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.”

³⁰ “Art. 49-A. No âmbito da Administração Pública federal, as decisões administrativas que exijam a participação de 3 (três) ou mais setores, órgãos ou entidades poderão ser tomadas mediante decisão coordenada, sempre que: [...] II - houver discordância que prejudique a celeridade do processo administrativo decisório.”

³¹ Veja-se: “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

³² TOMÉ, 2021, p. 115-116.

guia o modo de agir público em circunstâncias globalmente consideradas e motivadas. Permite que se atenuem os excessos intervencionistas externados por regulamentos e pelas cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos³³.

Haverá violação da boa-fé no âmbito administrativo pela ação ou omissão da Administração, por exemplo, em situações de abuso de direito ou de desvio de poder³⁴. Outro exemplo citado é, justamente, a violação da confiança legítima tratada no julgado italiano. Neste último caso, citam-se os seguintes requisitos para sua configuração: atuação do sujeito capaz de produzir a confiança; circunstância de convicção justificada do destinatário em uma determinada forma de proceder da Administração; investimento de confiança por meio de ações ou omissões em razão da expectativa suscitada; nexo de causalidade e frustração da confiança por comportamento posterior³⁵.

Veja-se como os requisitos apontados nacionalmente são bastante próximos dos fatos destacados pela Corte italiana ao decidir pela configuração do *danno da ritardo* naquele caso concreto. A indenização fixada em favor do particular reforça a tutela da segurança jurídica das relações sociais e se conecta à chamada função preventiva da responsabilidade civil³⁶.

O princípio da tutela da confiança busca que a atividade administrativa tenha compromisso com a coerência e a lealdade ao considerar expectativas por ela produzidas no cidadão. Não se trata apenas da manutenção de entendimento ou de forma de proceder, mas de ferramenta adicional de garantia de que os interesses privados poderão ser devidamente atendidos, desde venham a configurar-se como válidos e legítimos diante da Administração³⁷.

Em sentido similar, a Lei nº 13.655/2018 inseriu dispositivos novos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), para prever a eliminação de incerteza, a necessidade de consideração das consequências práticas das decisões administrativas e regime de transição para cumprimento eficiente e equânime de decisões administrativas³⁸.

³³ LIRA; CALDAS, 2016, p 2691.

³⁴ MENDONCA, 2018.

³⁵ MENDONCA, 2018.

³⁶ MONTEIRO FILHO, 2021, p. 556.

³⁷ MENDONCA, 2018.

³⁸ A propósito, confira-se os seguintes artigos: “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.”, “Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo

A questão relativa à legítima expectativa do administrado também chegou às nossas Cortes Superiores, embora sob premissas fáticas diversas. O caso ora analisado traz disputa entre o Poder Público e pessoa jurídica, tendo se dado relevo ao custo de oportunidade e aos prejuízos financeiros experimentados pela empresa com a análise tardia pela Administração Pública. No Brasil, em geral, as demandas mais conhecidas sobre a tutela de confiança gerada pela Administração versam sobre direito de pessoa natural e não jurídica e tratam de projetos de vida amplos e não de custo de oportunidade para alocações financeiras.

A título ilustrativo, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre a violação da confiança ao analisar a constitucionalidade de lei estadual que estabeleceu prazo decenal para anulação de atos administrativos inválidos³⁹, acerca da ofensa à legítima expectativa de participantes de concurso público ante a instauração de novas regras⁴⁰ e ao apreciar o direito à nomeação de candidatos aprovados dentro do número de vagas ofertadas⁴¹.

Na jurisprudência do STJ, é possível encontrar paralelos às premissas das Cortes italianas, tais como os requisitos para a configuração do dever de ressarcir decorrentes de conduta omissiva do Estado⁴² e a regra de que o descumprimento de prazo pela Administração não enseja, por si só, consequências jurídicas em favor do administrado⁴³.

A questão relativa à tutela do tempo é apreciada do ponto de vista do consumidor e da realização do projeto de vida. Defende-se, no direito nacional, o cabimento de

condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.” e “Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.”.

³⁹ ADI 6019, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 12/05/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-134 DIVULG 05-07-2021 PUBLIC 06-07-2021.

⁴⁰ RE 668810 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 30/06/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-176 DIVULG 09-08-2017 PUBLIC 10-08-2017.

⁴¹ RE 598099, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 10/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-189 DIVULG 30-09-2011 PUBLIC 03-10-2011 EMENT VOL-02599-03 PP-00314 RTJ VOL-00222-01 PP-00521.

⁴² Edição nº 61 do “Jurisprudência em teses”, enunciado 5 “A responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas é subjetiva, devendo ser comprovados a negligência na atuação estatal, o dano e o nexo de causalidade.”. Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/doc.jsp?tipo=JT&materia=%22DIREITO+ADMINISTRATIVO%22.MAT.&b=TEMA&p=true&thesaurus=JURIDICO&l=20&i=12&operador=E&ordenacao=MAT,@NUM>.

⁴³ Edição nº 132 do “Jurisprudência em teses”, enunciado 12 “O prazo previsto no art. 49 da Lei n. 9.784/1999 é impróprio, visto que ausente qualquer penalidade ante o seu descumprimento”. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/doc.jsp?tipo=JT&materia=%22DIREITO+ADMINISTRATIVO%22.MAT.&b=TEMA&p=true&thesaurus=JURIDICO&l=20&i=29&operador=E&ordenacao=MAT,@NUM>.

indenização em razão do tempo perdido pelo consumidor para resolver questões atinentes a vícios ou fatos de produtos e serviços. Sustenta-se que o tempo gasto poderia ser produtivo, mas não o foi por motivo injustificável imputável ao fornecedor⁴⁴.

Vê-se que, muito embora a tutela novamente seja centrada na pessoa natural e em seu projeto de vida, há reconhecimento do direito ao uso produtivo do tempo. Em relação à pessoa jurídica, o tempo também pode ser considerado seu recurso mais escasso, pois o tempo perdido não mais se recupera.

As pessoas jurídicas consubstanciam ficções jurídicas e são criadas pelo Direito com a finalidade de viabilizar determinadas práticas econômicas, filantrópicas, culturais, religiosas etc. Sua existência é mais relevante a partir da atividade exercida do que de sua formação em si⁴⁵. Reconhece-se, no Brasil, a tutela às finalidades da pessoa jurídica por meio do dano institucional.

O dano institucional corporifica a proteção dada pelo ordenamento jurídico às atividades desempenhadas pela pessoa jurídica e, de maneira indireta, ao projeto de vida das pessoas que a integram e que desejam realizar, por meio da ficção jurídica, suas finalidades.

Quanto ao Estado, defende-se suas finalidades constitucionais e toda a coletividade sob a égide da ordem constitucional vigente, à qual interessa o bom funcionamento do Estado⁴⁶. No caso de filantropia, protege-se ainda a coletividade por ela beneficiada. Já para as demais pessoas jurídicas, o dano institucional protege, ainda que de forma indireta, o projeto de vida das pessoas físicas que a compõe.

Nelson Rosendal propõe uma oxigenação do artigo 186 do Código Civil, com a superação da equivalência entre as expressões “dano extrapatrimonial” e “dano moral”, tendo em vista o refinamento conceitual do que se entende por “dano moral” e as novas tipologias de dano. Segundo o autor, “dano extrapatrimonial” consiste em gênero, do qual fazem parte as espécies dano moral, existencial, à imagem e estético⁴⁷.

O dano institucional traduz para o direito brasileiro a tutela emprestada pela Corte de Cessação no caso SS. UU. 8236/2020 à proteção da confiança legítima gerada pelo Estado com prejuízo para o tempo da pessoa jurídica privada, com lesão financeira representada pela inviabilidade de avaliar adequadamente o custo de oportunidade de suas

⁴⁴ GOIABEIRA ROSA, et. ali., 2022.

⁴⁵ NALIN; SIRENA, 2014, p. 63.

⁴⁶ MAGGI, 2007, p. 50.

⁴⁷ ROSENVALD, 2021, pp. 310-311.

alocações financeiras em tempo e modo oportunos.

5. CONCLUSÃO

Uma decisão tardia é muitas vezes inútil e danosa (MADDALENA, 2020). A preocupação com o dever de agir da Administração Pública está presente nas normas jurídicas e decisões judiciais brasileiras e italianas. São encontrados exemplos de atuação morosa, contraditória ou mesmo completa inércia completa do ente público em ambos os países.

O manejo da responsabilidade civil do Estado é analisado sob a funcionalidade do dever de ressarcir tanto no Brasil quanto na Itália. A fixação de indenização em favor do particular protege a confiança gerada por comportamentos anteriores da Administração e é consentâneo ao princípio da legalidade, segundo o qual o administrado possui a expectativa da retidão no agir do Poder Público.

Por outro lado, nos dois países há preocupação em a inércia redundar na substituição da vontade do administrador. Na Itália, o juízo prognose quanto ao desfecho final do agir administrativo é utilizado com cautela e a possibilidade de o julgador substituir-se ao administrador não encontra uso muito difundido na prática. Nesse ponto, há grande debate acerca da competência da jurisdição ou da justiça administrativa para apreciação de casos em que o ato administrativo ainda não tenha sido editado.

No Brasil, esse ponto é resolvido sob a limitação do controle judicial dos atos administrativos, inviabilidade de ingresso do juiz sobre a conveniência e oportunidade administrativas, vedação à concessão de reajustes a servidores por isonomia, dentre outros.

O caso selecionado chama a atenção pela preocupação em se afastar a possibilidade irrestrita de condenação da Administração ao pagamento de indenização por mora. Seria esse um reconhecimento da ineficiência do Estado em atender às demandas que lhe são postas em tempo oportuno? Se assim for, inegável a semelhança com o Estado brasileiro.

Sobressai, também, o reconhecimento do tempo útil da pessoa jurídica enquanto bem da vida merecedor de tutela jurídica, inclusive em suas repercussões quanto à alocação de recursos e disponibilidade financeira. Nesse ponto, o Brasil ainda centra a discussão em torno de pessoas naturais, embora se cogite de solução similar àquela adotada pela Itália quando a questão chegar às nossas Cortes.

REFERÊNCIAS

BIANCHINI, Riccardo. *Danno da lesione dell'affidamento, decide il giudice ordinario*. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/news/2020/05/18/danno-da-lesione-dell-affidamento-decide-il-giudice-ordinario>. Acesso em: 22 ago. 2022.

CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes; LIRA, Ricardo Pereira. A boa-fé objetiva administrativa e a interpretação dos contratos administrativos: a concretização da função pública / The administrative objective good faith and interpretation of administrative contracts: the implementation of public function. *REVISTA QUAESTIO IURIS*, [S.l.], v. 8, n. 4, p. 2670-2695, fev. 2016. ISSN 1516-0351. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/20943>>. Acesso em: 12 mar. 2023. doi:<https://doi.org/10.12957/rqi.2015.20943>.

FANTIGROSSI, Umberto. *La risarcibilità della lesione di interessi legittimi, 30 agosto 2017*. Consiglio di Stato. Tribunali Amministrativi Regionali. Studi e approfondimenti. Dottrina, 2017. Disponível em: <https://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/-/fantigrossi-la-risarcibilita-della-lesione-di-interessi-legittimi-30-agosto-2017>. Acesso em: 08 Mar. 2023.

GOIABEIRA ROSA, Luiz Carlos; OLIVEIRA DE AGUIAR BORGES, Gabriel; SALVIANO ALVES, Dionis. O direito à indenização do consumidor pelo tempo perdido, em razão do defeito no produto ou no serviço. *Prolegómenos*, Bogotá, v. 25, n. 49, p. 87-100, junho 2022. Disponível em: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-182X2022000100087&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 13 mar. 2023. Epub junho 30, 2022. <https://doi.org/10.18359/prole.5629>.

LIRA, Ricardo Pereira; CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. A boa-fé objetiva administrativa e a interpretação dos contratos administrativos: a concretização da função pública. *Revista Quaestio Iuris*, [S.l.], v. 8, n. 4, p. 2670-2695, fev. 2016. ISSN 1516-0351. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/20943>. Acesso em: 12 mar. 2023. doi: <https://doi.org/10.12957/rqi.2015.20943>.

MADDALENA, Maria Laura. *Gli incentivi a decidere tempestivamente e il danno da ritardo*. Consiglio di Stato. Tribunali Amministrativi Regionali. Studi e approfondimenti. Dottrina, 2020. Disponível em: <https://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/->

/maddalena-gli-incentivi-a-decidere-tempestivamente-e-il-danno-da-ritardo. Acesso em: 08 mar. 2023.

MAGGI, Bruno Oliveira. Nova proposta de classificação do dano no Direito Civil. *Revista de direito privado*, v. 08, n. 32, p. 33-54, out./dez. 2007.

MENDONÇA, Suzana. A boa fé na atividade administrativa. *e-Pública*, Lisboa, v. 5, n. 1, p. 175-209, jan. 2018. Disponível em <http://scielo.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-184X2018000100010&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 10 mar. 2023.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Unificação da responsabilidade civil e seus perfis contemporâneos. In: PIRES, Fernanda Ivo (org.); GUERRA, Alexandre; MORATO, Antonio Carlos; MARTINS, Fernando Rodrigues; e ROSENVALD, Nelson (coord.). *Da estrutura à função da responsabilidade civil: uma homenagem do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC) ao Professor Renan Lotufo*. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, p. 551-561.

NALIN, Paulo; SIRENA, Hugo. A pessoa jurídica e os prejuízos extrapatrimoniais: a teoria do dano institucional. *Revista Fórum de Direito Civil – RFDC*. Belo Horizonte, ano 3, n. 7, p. 53-69, set./dez. 2014.

QUINTO, Pietro. *Il Codice del processo amministrativo ed il danno da ritardo: la certezza del tempo e l'incertezza del legislatore*. Consiglio di Stato. Tribunali Amministrativi Regionali. Studi e approfondimenti. Dottrina, 2009. Disponível em: https://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/-/studio_quinto_02_chk. Acesso em: 02 mar. 2023.

ROSENVALD, Nelson. Por uma tipologia de danos extrapatrimoniais. In: PIRES, Fernanda Ivo (org.); GUERRA, Alexandre; MORATO, Antonio Carlos; MARTINS, Fernando Rodrigues; e ROSENVALD, Nelson (coord.). *Da estrutura à função da responsabilidade civil: uma homenagem do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC) ao Professor Renan Lotufo*. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, p. 307-313.

SCANDURA, F. “Decisione 27 Gennaio 1967, n. 60; Pres. Aru P., Est. Fortini Del Giglio; Sangiorgi (Avv. Siracusa) c. Assessorato Regionale Dei Lavori Pubblici (Avv. Dello Stato Tavella).” *Il Foro Italiano*, vol. 90, no. 6, 1967, p. 315/316-317/318. JSTOR, <http://www.jstor.org/stable/23157997>. Acesso 6 mar. 2023.

SIMONETTI, Hadrian. *La parabola del risarcimento per lesione degli interessi legittimi*. Consiglio di Stato. Tribunali Amministrativi Regionali. Studi e approfondimenti. Dottrina,

2012. Disponível em: <https://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/-/la-parabola-del-risarcimento-per-lesione-degli-interessi-legittimi>. Acesso em: 02 mar. 2023.

TOMÉ, Patrícia Rizzo. Responsabilidade civil, boa-fé e deveres contratuais laterais. In: PIRES, Fernanda Ivo (org.); GUERRA, Alexandre; MORATO, Antonio Carlos; MARTINS, Fernando Rodrigues; e ROSENVALD, Nelson (coord.). *Da estrutura à função da responsabilidade civil: uma homenagem do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC) ao Professor Renan Lotufo*. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, p. 111-120.

A REPARAÇÃO DA LESÃO AO TEMPO PARA ALÉM DAS RELAÇÕES DE CONSUMO: O *BURNOUT* COMO RESULTADO DE UMA LESÃO AO TEMPO LIVRE DO TRABALHADOR

Anderson Luis Motta da Silva Junior

Sumário: 1 Introdução; 2 O direito ao tempo livre e a qualificação de sua lesão; 3 A síndrome de *burnout* como resultado de uma lesão ao tempo livre do trabalhador; 4 A Suécia como modelo a ser seguido; 5 Conclusões; Referências.

1 INTRODUÇÃO

Acho que uma das coisas mais sinistras da história da civilização ocidental é o famoso dito atribuído a Benjamim Franklin, ‘tempo é dinheiro’. Isso é uma monstruosidade. Tempo não é dinheiro. Tempo é o tecido da nossa vida, é esse minuto que está passando. Daqui a 10 minutos eu estou mais velho, daqui a 20 minutos eu estou mais próximo da morte. Portanto, eu tenho direito a esse tempo. Esse tempo pertence a meus afetos. É para amar a mulher que escolhi, para ser amado por ela. Para conviver com meus amigos, para ler Machado de Assis. Isso é o tempo. E justamente a luta pela instrução do trabalhador é a luta pela conquista do tempo como universo de realização própria. A luta pela justiça social começa por uma reivindicação do tempo: ‘eu quero aproveitar o meu tempo de forma que eu me humanize’”.¹

O texto do professor e sociólogo Antonio Candido denota a mudança na compreensão e valoração do tempo ao longo da história. Se por um longo período o tempo esteve associado a aspectos patrimoniais e a sua perda era vista como o esvaziar-se da chance de lucrar — “tempo é dinheiro” —, hoje percebe-se que o tempo passou a ser entendido também dentro de seu aspecto existencial, reconhecendo-se assim que a lesão ao

¹ Obra de Antonio Candido, sociólogo e professor da Universidade de São Paulo (USP).

tempo atinge aquilo que Domenico de Masi definia como “Ócio Criativo”², que se traduz no direito de escolher como e de que forma gastar o tempo livre que nos assiste.

Em sua obra, Domenico não se referia ao tempo livre como indolência ou preguiça, mas, ao revés, defendia a necessidade de os indivíduos terem direito ao lazer, cultura, erotismo, esportes e a todas as coisas belas da vida, sugerindo assim uma harmônica combinação entre lazer, trabalho e estudo.³

O tempo é uma grandeza física que por muito tempo esteve associada à concepção de espaço. As civilizações antigas utilizavam o tempo como “uma régua” para medir o espaço como, por exemplo, a duração de uma viagem. Hoje, com o avanço das novas tecnologias, tornou-se possível, entre outras coisas, que o homem pudesse se locomover mais rápido e, inclusive, estar virtualmente em dois ou mais lugares no mesmo instante, conquistando assim o espaço.⁴

Se, por um lado, as referidas conquistas permitiram que os seres humanos alcançassem coisas que outrora eram inimagináveis, por outro, percebesse que quanto mais rápida é a sociedade, menos tempo tem-se.⁵ Passa-se tanto tempo conectado que se acaba sem tempo livre para refletir e criar. Surge assim o problema da chamada escassez do tempo, e vinte e quatro horas não são mais suficientes para lidarmos com os afazeres do dia a dia.

Com o advento da pandemia e a maximização do teletrabalho, que outrora era exceção e tornou-se regra, a carga horária de trabalho de diversos empregados aumentou exponencialmente, fazendo com que estes não conseguissem mais gozar de um direito constitucional, assegurado a todos como qualquer outro: o direito ao tempo livre.

Se por muito tempo a ideia de tempo livre foi mal vista pelo ser humano e esteve associada à noção de vadiagem, hoje, sobretudo em razão dos males decorrentes da

² MASI, Domenico de. *O ócio criativo*. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

³ “Tempo livre significa viagem, cultura, erotismo, estética, repouso, esporte, ginástica, meditação e reflexão. (...) Em suma, [significa] dar sentido às coisas de todo dia, em geral lindas, sempre iguais e divertidas, e que infelizmente ficam depreciadas pelo uso cotidiano”. (Ibid., p. 299-300).

⁴ “A concepção científica de tempo originou-se a partir de associações com o conceito de espaço. O tempo referia-se à grandeza física necessária para percorrer certo espaço; este último, por sua vez, era o que se podia percorrer em determinado intervalo de tempo. E, no decorrer da história, tempo e espaço, entrecruzados, assemelhavam-se como categorias rígidas e impassíveis de controle artificial pelo homem. As distâncias ligavam-se à capacidade física da vida biológica.” (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Lesão ao tempo: configuração e reparação nas relações de consumo. *Revista OAB/RJ*, Rio de Janeiro, Edição Especial - Direito Civil, p. 2. Disponível em: <https://revistaelectronica.oabRJ.org.br/wp-content/uploads/2018/05/LES%c3%83O-AO-TEMPO.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2022).

⁵ “Paradoxalmente, cria-se uma proporção inversa: quanto mais rápida a sociedade é, menos tempo tem” (ibid., loc. cit.).

subordinação a atividades laborais sob excessiva pressão física e emocional, percebe-se que o tempo é um bem de valor inestimável. É um recurso finito, escasso e precioso, haja vista que o tempo perdido não se recupera.

Nesse contexto, conseguimos vislumbrar duas reflexões iniciais que são extremamente importantes: (i) a primeira é de que o tempo se tornou um bem jurídico e objeto de proteção do direito; (ii) a segunda, é de que a proteção ao tempo livre rompe as barreiras das relações de consumo e que, muito embora a doutrina comumente trate da temática no âmbito das relações consumeristas, como se verá adiante, o tempo livre será protegido sempre que estiver sob risco de sofrer uma lesão.

2 O DIREITO AO TEMPO LIVRE E A QUALIFICAÇÃO DE SUA LESÃO

Diversos são os fundamentos por meio dos quais se busca defender a reparação pela perda indevida do tempo. Para melhor adentrarmos nas discussões centrais deste trabalho, faz-se necessário, antes de tudo, entendermos como se qualifica a lesão ao tempo, destacando desde já não haver unanimidade na classificação.

Com o advento da Carta Magna de 1988 e de algumas legislações infraconstitucionais, percebe-se que, muito embora não tenhamos um dispositivo específico que tutele a reparação da lesão ao tempo, este passou a receber nova valoração, sendo entendido como objeto de proteção do Direito.⁶⁻⁷

Além da passagem do tempo se apresentar na sua perspectiva tradicional como influenciador de situações jurídicas subjetivas, como a prescrição e a decadência, por exemplo, o tempo passou a ser tutelado à luz do princípio da dignidade humana, tendo suas bases fincadas na liberdade individual (sob a ótica do ofendido) e na solidariedade social (sob a ótica do ofensor).⁸

⁶ Gagliano bem destaca que “durante anos, a doutrina, especialmente aquela dedicada ao estudo da responsabilidade civil, não cuidou de perceber a importância do tempo como um bem jurídico merecedor de indiscutível tutela”. (GAGLIANO, Pablo Stolze. Responsabilidade civil pela perda de tempo. *Revista Jurisvox*, Patos de Minas, v. 1, n. 14, jul. 2013, p. 44).

⁷ “Em verdade, toda essa miríade de danos indenizáveis, que, sob diferentes designações e desígnios, surgem a cada instante, aqui e alhures, pode ser atribuída à interação concomitante de alguns fatores, entre os quais se destacam a identificação de novos interesses juridicamente tutelados, bem como a configuração de novas situações lesivas, muitas delas decorrentes das inovações tecnológicas.” (TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do Direito Civil: Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, v. 4, p. 59).

⁸ “É ver-se, portanto, que tal interesse representa uma concretização da liberdade, no tocante ao ofendido, e um dever de respeito ao consumidor, imposto pela solidariedade social, em relação ao ofensor.” (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Lesão ao tempo: configuração e reparação nas relações de

Ao eleger a dignidade da pessoa humana como um dos valores que fundamentam a República Federativa do Brasil, a Constituição de 1988 passou a entender que toda e qualquer relação jurídica, seja ela pública ou privada, deve “ter como norte o fim único e exclusivo de proteção da pessoa humana, sob os consectários lógicos de liberdade, solidariedade, igualdade e integridade psicofísica”.⁹

Neste novo cenário, passou-se a perceber a existência de importantes valores que não foram previstos pelo legislador, mas que por guardarem direta relação com a dignidade da pessoa humana são merecedores de tutela. Aqui se insere a proteção do tempo. Somos livres para decidirmos o que fazemos com o período que nos sobra. A possibilidade de escolha revela uma importante manifestação do direito à liberdade, garantido pela Constituição, devendo este ser respeitado por todos como expressão da solidariedade social que impõe a cada indivíduo o dever de não lesar a esfera jurídica de outrem.¹⁰

Neste sentido, em abril deste ano (2022) foi promulgada, no Estado do Amazonas, a Lei nº 5.867, que reconhece o tempo do consumidor como um bem de valor jurídico. Entre importantes previsões, a legislação destaca em seu artigo terceiro que o tempo humano, bem integrante da personalidade humana, deve ser considerado para fins de reparação integral dos danos. Em seu artigo primeiro, a legislação vai além e destaca o tempo “como direito humano e direito fundamental decorrente da Constituição necessário para albergar a vida, a liberdade, a existência e outros direitos necessários à qualidade de vida digna e ao desenvolvimento sadio da personalidade”.¹¹

consumo. *Revista OAB/RJ*, Rio de Janeiro, Edição Especial - Direito Civil, p. 6. Disponível em: <https://revistaeletronica.oabRJ.org.br/wp-content/uploads/2018/05/LES%c3%83O-AO-TEMPO.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2022).

⁹ *Ibid.*, p. 4.

¹⁰ Nesse sentido, “A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em alguns de seus fragmentos, embora tímida, demonstra alguma valoração ao tempo. Na Emenda Constitucional n. 45 de 2004, o legislador decidiu incluir, no artigo 5º, inciso LXXVIII, o princípio da celeridade como norteador do devido processo legal, na seara jurisdicional e administrativa. Mais à frente, no âmbito dos direitos sociais, ao cidadão é garantido o acesso ao lazer, conforme disposto no artigo 6º da Carta Maior. É compreensível que para exercer o direito ao lazer faz se necessário o tempo disponível para o seu gozo. Na seara constitucional, impossível não invocar a pauta dos direitos humanos, no que tange à dignidade da pessoa humana e à liberdade. Ambas as garantias são direitos que foram conquistados por meio de reivindicações sociais.” (LEANDRO, Rafael; BORGES, Gustavo Silveira. Dano temporal na relação de consumo: o diálogo das fontes como método para uma concretização de tutela jurídica autônoma. *Rev. de Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo*, Goiânia, v. 5, n. 1, p. 1-23, jan./jun. 2019).

¹¹ AMAZONAS. *Lei nº 5.867, de 29 de abril de 2022*. Reconhece o tempo do consumidor como bem de valor jurídico. Manaus: Governo do Estado, [2022]. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=431042>. Acesso em: 4 jun. 2022.

Resta claro, pelo exposto, que a lesão ao tempo livre é passível de reparação em nosso ordenamento. Por consequência, nos deparamos com importante controvérsia: estamos ou não diante de uma nova categoria autônoma?

Em primeiro lugar, há aqueles que entendem a lesão ao tempo livre como um novo dano autônomo ao lado do dano moral e do dano patrimonial. Para estes, a perda do tempo útil “poderá se consolidar como categoria autônoma de dano em decorrência do sistema aberto de tutela da dignidade humana, da tutela da liberdade e de responsabilização civil”.^{12_13}

Em sentido oposto, há aqueles que defendem que o desvio produtivo de tempo teria natureza de dano moral. Para estes, ao precisar enfrentar problemas de consumo potencial ou efetivamente lesivos ao tempo livre, “o consumidor sofre necessariamente um dano extrapatrimonial que tem efeitos individuais e potencial repercussão coletiva, que, sendo um dano certo, imediato e injusto, é indenizável *in re ipsa*”.¹⁴

Muito embora as mencionadas correntes tenham seus signatários, não nos parecem ser as mais corretas, como veremos adiante. A lesão ao tempo livre não se afigura como nova modalidade de dano, ao lado dos já existentes, e tampouco se caracteriza como

¹² MAIA, Maurilio Casas. O dano temporal indenizável e o mero dissabor cronológico no mercado de consumo: quando o tempo é mais que dinheiro - é dignidade e liberdade. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, v. 92, ano 23, p. 162-176, mar./abr. 2014, p. 170.

¹³ Conforme já destacado por Aline de Miranda Valverde (TERRA, Aline de Miranda Valverde. Danos autônomos ou novos suportes fáticos de danos? Considerações acerca da privação do uso e da perda do tempo nas relações de consumo. In: KNOERR, Viviane Coêlho de Séllos; FERREIRA, Keila Pacheco; STELZER, Joana (Coords.). *Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo*. Aracaju: CONPEDI/UFES, 2015), assim já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, *in verbis*: “A reparação por danos morais tutela, no mais das vezes, nas situações corriqueiras, um ou alguns poucos direitos de personalidade. (...) Já, quando em jogo o desperdício de tempo produtivo, o consumidor é violado na sua essência imutável, de carregar consigo a possibilidade de sentir e viver as mudanças da vida, as mudanças da vida que só o desfrute do tempo poderá propiciar-lhe. É por isso que, ao contrário do que se passa na reparação dos danos morais, a reparação pelo desperdício de tempo produtivo envolverá, sempre, a conjugação de vários direitos da personalidade, indevidamente violados: liberdade, trabalho, lazer, às vezes saúde, convivência familiar, estudos. Assim, enquanto na reparação dos danos morais a violação de vários direitos da personalidade é contingente, pode ou não ocorrer, na reparação pelo tempo desperdiçado, ao contrário, é imanente, pois sempre envolverá o menoscabo a vários direitos da personalidade. (...) Daí que a autonomia do direito à reparação pelo tempo útil ou produtivo desperdiçado confere inegável realização do sistema de proteção do direito do consumidor. (TJSP, Comarca de Jales, Vara do Juizado Cível e Criminal, Juiz de Direito Dr. Fernando Antonio de Lima, Processo nº 0005804-43.2014.8.26.0297, j. 28.8.2014)”.

¹⁴ E continua, “na perspectiva da melhor doutrina atual, a lesão antijurídica ao tempo que dá suporte à vida, enquanto atributo da personalidade humana, caracteriza o dano moral, ao passo que a lesão antijurídica às atividades existenciais da pessoa consumidora configura o dano existencial. Ocorre que a vida, que dura certo tempo e nele se desenvolve, constitui-se das próprias atividades existenciais que nela se sucedem. Consequentemente, um evento de desvio produtivo traz como resultado para o consumidor, acima de tudo, um dano existencial”. (DESSAUNE, Marcos. Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: um panorama. *Direito em Movimento*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, p. 15-31, jan./jun. 2019).

espécie de dano moral. Neste sentido, destacam Gustavo Tepedino, Gisela Sampaio e Aline Terra que:

Não há que se falar propriamente em “novos danos”, vale dizer em expansão das espécies autônomas de danos, que sempre se restringiram - e assim continua a ser - a duas categorias: o dano moral, entendido como lesão à dignidade da pessoa humana, a abarcar todos os danos extrapatrimoniais; e o dano patrimonial, subdividido em dano emergente, relativo à efetiva diminuição do ativo ou incremento do passivo patrimonial, e lucro cessante, definido como o não aumento do ativo ou a não diminuição do passivo. Portanto, *tertium non datur*: ou a lesão ocorre no patrimônio da vítima, a acarretar dano patrimonial, ou há lesão à dignidade da pessoa humana, a gerar dano moral. Qualquer lesão, por conseguinte, reconduzir-se-á, necessariamente, a uma dessas duas espécies de dano, e apenas a análise do caso concreto poderá indicar se se trata de uma e/ou outra categoria.¹⁵

Em oposição à primeira corrente, resta claro que não há que se falar em categoria autônoma, haja vista que, conforme supracitado, o dano se restringe, somente, a duas categorias: os danos patrimoniais e os extrapatrimoniais.

No que se refere à segunda linha de entendimento, verifica-se nítida confusão entre o conceito de dano e lesão. Fato é que devemos separar a conexão entre o dano e o bem jurídico tutelado. O bem jurídico tutelado pode ser patrimonial e de sua lesão pode decorrer um dano extrapatrimonial. O contrário também se opera, podendo haver um bem jurídico extrapatrimonial cuja lesão gera um dano patrimonial.¹⁶ Neste sentido, percebe-se que, muito embora o tempo seja um bem jurídico de natureza extrapatrimonial, a natureza do dano passível de reparação dependerá dos efeitos decorrentes da lesão.

Conforme destaca Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, “a *lesão* é a indevida interferência em bem jurídico tutelado, enquanto que o *dano* são os efeitos decorrentes

¹⁵ TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do Direito Civil: Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, v. 4, p. 60.

¹⁶ Na mesma linha: “Pela teoria dos efeitos da lesão, entende-se que a caracterização da natureza do dano (se material ou moral) decorre do efeito produzido in concreto na vítima, e não da natureza do interesse violado. (...) Nesse sentido, a teoria dos efeitos da lesão tem proposto que dano não configura sinônimo de lesão, mas sim efeito desta, de modo que a lesão à chance poderá gerar tanto dano patrimonial quanto extrapatrimonial ou, até mesmo, ambos, a depender dos efeitos gerados na vítima”. (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; GUIMARÃES, Vynicius Pereira. Teoria da responsabilidade civil pela perda da chance: natureza do dano e aplicabilidade à seara médica. *Revista IBERC*, v.5, n.1, p. 29-59, jan./abr. 2022. Disponível em: <https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/190/161>. Acesso em: 04 jun. 2022).

dessa invasão ilegítima na esfera jurídica da vítima”.¹⁷ Portanto, não há que se falar que sempre e em todo caso a lesão ao tempo livre ensejará reparação extrapatrimonial, haja vista que a natureza da verba indenizatória dependerá dos efeitos decorrentes da lesão na esfera jurídica da vítima, o que dependerá da análise de cada caso concreto.

Naturalmente, não é qualquer perda do tempo que configurará uma lesão. Inúmeras são as atividades do dia a dia que acabam requerendo de nós mais tempo do que gostaríamos de gastar. A vida em grandes centros urbanos acaba por impor certos imprevistos que devem ser tolerados. É o que acontece quando esperamos na fila de um supermercado que se encontra mais cheio que de costume, ou quando esperamos o atendimento em consultório médico. Trata-se de situações corriqueiras que não se originam de um dever de conduta, ou de deveres contratuais ou legais que foram expressamente imputados ao contratante.¹⁸

Em suma, o tempo livre pode ser entendido como um novo interesse jurídico merecedor de tutela¹⁹ à luz da dignidade da pessoa humana, tendo suas bases fincadas na liberdade individual e na solidariedade social. Não há que se falar que a lesão a este bem configura categoria autônoma ao lado dos danos morais e patrimoniais, e, menos ainda, que a natureza da lesão em questão restringe-se apenas aos danos extrapatrimoniais. De fato, os danos sempre serão patrimoniais ou extrapatrimoniais, mas sua natureza dependerá dos efeitos decorrentes da lesão na esfera jurídica da vítima, razão pela qual há que se fazer uma minuciosa análise de cada caso concreto.

3 A SÍNDROME DE *BURNOUT* COMO RESULTADO DE UMA LESÃO AO TEMPO LIVRE DO TRABALHADOR

¹⁷ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Lesão ao tempo: configuração e reparação nas relações de consumo. *Revista OAB/RJ*, Rio de Janeiro, Edição Especial - Direito Civil, p. 19. Disponível em: <https://revistaeletronica.oabrj.org.br/wp-content/uploads/2018/05/LES%c3%83O-AO-TEMPO.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2022.

¹⁸ TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Op. cit., p. 71.

¹⁹ Em sentido oposto, defendendo não se tratar de novo interesse: “Não se trata, ademais, de novo interesse juridicamente tutelado, embora se reconheça a contemporânea ampliação qualitativa dos interesses dignos de tutela, sobretudo, daqueles existenciais,³⁷ na esteira da ascensão da dignidade da pessoa humana a princípio fundamental da República brasileira.(...) Trata-se, portanto, de novo suporte fático de dano, vale dizer, de nova situação lesiva de interesse merecedor de tutela: ao violar seu dever contratual e impor ao consumidor dedicação de tempo extra à solução do problema, o fornecedor causa lesão à sua liberdade” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. Danos autônomos ou novos suportes fáticos de danos? Considerações acerca da privação do uso e da perda do tempo nas relações de consumo, p. 215-216. In: KNOERR, Viviane Coêlho de Séllos; FERREIRA, Keila Pacheco; STELZER, Joana (Coords.). *Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo*. Aracaju: CONPEDI/UFS, 2015).

Muito embora a massiva parte da doutrina trate da temática da lesão ao tempo no âmbito das relações de consumo, o que é natural, já que o cenário consumerista é palco para a maior quantidade de situações lesivas ao tempo, o presente trabalho tem, dentre outras, por finalidade demonstrar que o tempo sempre será protegido quando estiver diante de uma concreta ou potencial lesão.

Assim, na busca por tornar mais palpável a compreensão do entendimento retro, analisaremos a síndrome de *burnout* que, como veremos adiante, tem como uma de suas maiores causas a ausência de tempo livre e a grande dificuldade de “desligar-se” das atividades laborais.

O conceito de *burnout*, que em tradução literal quer dizer “combustão completa”, foi elaborado pelo psicanalista norte-americano Hervert Freudenberger, por volta de 1970, para designar uma reação de esgotamento físico e mental experimentado por profissionais da área da saúde que estavam envolvidos na assistência a usuários de drogas. O referido quadro era identificado, inicialmente, nas áreas de cuidado/serviços (saúde, serviço social, assistência jurídica, atividade policial e de bombeiros) e da educação. Entretanto, com o advento e o desenvolvimento de pesquisas epidemiológicas do *burnout*, o referido conceito foi estendido a diversos países e amostras populacionais, passando a abarcar também a realidade de outras ocupações fora das tradicionais áreas da saúde e educação.²⁰

Hoje, com o avanço científico e maior compreensão do seu conceito, passou-se a entender que a chamada Síndrome de *Burnout* (ou Síndrome do Esgotamento Profissional) caracteriza-se pela presença de:

distúrbios emocionais e físicos, manifestações de exaustão vital extrema, estresse e esgotamento físico resultante de situações de trabalho desgastante, de muita pressão e de responsabilidades elevadas que desencadeiam sintomas que começam de forma leve e vão se agravando ao longo do tempo: sofrimentos psicológicos e problemas físicos, fadiga ou cansaço excessivo físico e mental, tonturas, dores de cabeça frequentes, alterações no apetite, insônia, dificuldades de concentração, sentimentos de fracasso e de insegurança, negatividade constante, sentimentos de derrota e de desesperança, alterações repentinas de

²⁰ VIEIRA, Isabela; RUSSO, Jane Araujo. Burnout e estresse: entre medicalização e psicogização. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 29, n. 2, 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/physis/a/57RLsw3NPS4YRKzMLHPGyTy/?lang=pt>. Acesso em: 4 jun. 2022.

humor, irritabilidade, isolamento, pressão alta, dores musculares, problemas gastrointestinais, nervosismo, etc.²¹

Fato é que o paciente trabalha em um ambiente cujas exigências são tamanhas que o levam a um desgaste mental superior à sua capacidade de suportá-lo e geri-lo.²² De acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS), a síndrome pode se caracterizar por três dimensões: (i) sentimentos de falta de energia ou exaustão; (ii) aumento da distância mental do trabalho, ou sentimentos negativos ou cínicos sobre o trabalho; e (iii) sentimento de ineficácia e falta de realização.²³

Deste modo, verifica-se que a Síndrome de *Burnout* refere-se especificamente a fenômenos no contexto de trabalho e não deve ser aplicada para descrever experiências em outras áreas da vida. Assim definiu a OMS que, em janeiro de 2022, através da CID11, tornou a Síndrome de *Burnout* uma doença ocupacional.²⁴⁻²⁵

Mas de que forma a Síndrome do esgotamento profissional se relaciona com a temática da lesão ao tempo livre? De fato, uma das maiores causas e elemento desencadeador da referida síndrome é a excessiva carga horária de trabalho a qual alguns

²¹ LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. Burnout no contexto do teletrabalho na pandemia: um caso concreto. Migalhas de Responsabilidade Civil. *Migalhas*, [s.l.], 15 fev. 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/359687/burnout-no-contexto-do-teletrabalho-na-pandemia-um-caso-concreto>. Acesso em: 4 jun. 2022.

²² HARTMANN, Paula Benevenuto. Atualizações sobre burnout pela OMS e suas implicações. *PEBMED*, [s.l.], 10 fev. 2022. Disponível em: <https://pebmed.com.br/cid-11-burnout-como-doenca-e-suas-implicacoes/#:~:text=Selecionados%20para%20voc%C3%AA-,CID%2D11,%2Dlo%20e%20geri%2Dlo>. Acesso em: 4 jun. 2022.

²³ OMS. *QD85 Síndrome de burnout ocupacional*. [S.l.]: OMS, 2022. Disponível em: <https://icd.who.int/browse11/l-m/es#/http://id.who.int/icd/entity/129180281>. Acesso em: 4 jun. 2022.

²⁴ “A recente classificação altera o olhar sobre a síndrome de burnout colocando-a como uma patologia relacionada ao trabalho (decorre de fatores negativos do ambiente laboral.) e não ao estritamente ao trabalhador, o que provoca a necessidade de repensar a responsabilidade direta e indireta da empresa ou ente público com a saúde integral dos trabalhadores. Fato que traz algumas implicações jurídicas, dentre elas auxílio-doença por incapacidade, garantia no emprego (art. 118 da lei 8.213/91) e direito à reparação. Assim, as empresas e entidades públicas devem ficar mais atentas a esse risco, não somente em decorrência de seus custos humanos mas também de impactos financeiros”. (LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. Burnout no contexto do teletrabalho na pandemia: um caso concreto. Migalhas de Responsabilidade Civil. *Migalhas*, [s.l.], 15 fev. 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/359687/burnout-no-contexto-do-teletrabalho-na-pandemia-um-caso-concreto>. Acesso em: 4 jun. 2022).

²⁵ “A diferença aqui para o transtorno depressivo maior é que o burnout está presente apenas no que diz respeito à vida profissional, não chegando a afetar outras áreas da vida. A depressão, por sua vez, é capaz de afetar de forma mais profunda a vida do paciente, sendo comuns sintomas como alterações no sono, na atividade psicomotora, no peso e apetite; além de sentimentos de culpa, dificuldade para tomar decisões, diminuição da energia, pensamentos suicidas e necessariamente humor deprimido e/ou anedonia (incapacidade de sentir prazer com atividades antes prazerosas). (...) No entanto, cumpre destacar que, como continua a autora, “também é possível que o estresse crônico no trabalho possa levar a um quadro depressivo no futuro”. (HARTMANN, Paula Benevenuto. Atualizações sobre burnout pela OMS e suas implicações. *PEBMED*, [s.l.], 10 fev. 2022. Disponível em: <https://pebmed.com.br/cid-11-burnout-como-doenca-e-suas-implicacoes/#:~:text=Selecionados%20para%20voc%C3%AA-,CID%2D11,%2Dlo%20e%20geri%2Dlo>. Acesso em: 4 jun. 2022).

trabalhadores são submetidos, o que por vezes rompe a jornada regulamentar de 44 horas semanais, sem que esses consigam se “desligar” das atividades laborais, restando pouco tempo para a família, lazer, esportes e para tantos outros valores essenciais à plena manifestação da dignidade humana.

Com a advento da pandemia do Covid-19, o teletrabalho, que era exceção, tornou-se regra. Inúmeras pessoas tiveram que se adaptar e desenvolver suas aptidões com aparatos tecnológicos com quais muitos nunca tiveram contato. Vídeo-aulas, *webinars*, portais eletrônicos, chamadas de vídeos, intensas trocas de e-mails, são alguns dos inúmeros exemplos de ferramentas cujo uso se expandiu ao longo desse período.

Se por um lado o avanço tecnológico nos propiciou inúmeros benefícios que há pouco tempo eram incapazes de se imaginar, por outro, o excesso de tecnologia somado ao medo da morte que nos assolou ao longo deste período, a tristeza pelas inúmeras despedidas e as grandes cargas de trabalho que impediam a desvinculação das atividades laborais, trouxe inúmeros problemas psicológicos e físicos, dentre os quais a Síndrome de *Burnout*.

Em maio de 2022 a Forbes Brasil publicou artigo sobre a temática e trouxe à tona a pesquisa da *Women @ Work*, realizada anualmente pela consultoria Deloitte.²⁶ A pesquisa, que busca entender melhor como as experiências das mulheres no local de trabalho afetam seu engajamento e progressão na carreira, identificou em 2022 que o trabalho híbrido não deu conta de trazer todos os benefícios que poderia para as mulheres. No Brasil, verifica-se que cerca de 44% das trabalhadoras que laboram no regime híbrido se sentem mais esgotadas. O espantoso percentual torna-se ainda maior, e chega a 54% quando elas se identificam em minorias étnicas.²⁷

Verifica-se que cerca de 49% das brasileiras, quase a metade, planejam deixar seus empregos atuais. Entre as mais variadas razões, o *burnout* representa 49% dos motivos, o que se segue pela remuneração inadequada (27%) e a escassez de oportunidades de crescimento na empresa (16%). Somente 9% das brasileiras pretendem ficar na mesma empresa por cinco anos ou mais.²⁸

²⁶ Cf. <https://www2.deloitte.com/global/en/pages/about-deloitte/articles/women-at-work-global-outlook.html>. Acesso em: 4 jun. 2022.

²⁷ COLAFEMINA, Martina. Trabalho híbrido exige que empresas criem “cultura do descanso” para evitar burnout. *Forbes Brasil*, [s.l.], 12 mai. 2022. Disponível em: https://forbes.com.br/carreira/2022/05/work-life-balance-e-chave-para-vencer-burnout-entre-as-mulheres/?utm_campaign=later-linkinbio-forbesbr&utm_content=later-26800292&utm_medium=social&utm_source=linkin.bio. Acesso em: 4 jun. 2022.

²⁸ *Ibid.*

Com efeito, o esgotamento também tem atingido inúmeros homens, que estão tão propensos ao problema quanto às mulheres. No entanto, estatísticas mostram que o esgotamento e o estresse profissional têm afetado mais as mulheres que os homens e, em particular, mais as mães que trabalham fora de casa do que os pais que também o fazem.²⁹

30

De fato, não é fácil administrar os cuidados com os filhos, os afazeres domésticos, as atividades de cunho pessoal, relacionamentos e a carreira. Essa dificuldade se potencializa quando os empregados não têm suas horas de trabalho respeitadas, sendo forçados a trabalharem mais do que deveriam, de modo que lhes é tirado o tempo livre que deveria ser dedicado ao ócio criativo, que é, em última análise, fundamental à plena manifestação da dignidade humana.

Bem se sabe que o teletrabalho, ao lado dos cargos de confiança e dos trabalhadores externos, por força do art. 62 da Consolidação das Leis Trabalhistas, não são abrangidos pelo controle da jornada de trabalho, sob o argumento jurídico de que a jornada de trabalho desses empregados seria difícil de ser controlada.³¹ Sem entrarmos nas discussões atinentes a este fundamento, fato é que a ausência de controle de horas não pode representar uma porta aberta para a imposição de uma carga horária de trabalho acima do razoável e esperada de qualquer trabalhador.

Mas razoabilidade não é o que se observa. Inúmeros são os relatos de empregados que laboram cerca de dez, onze e até doze horas por dia. É de conhecimento comum o sujeito, por exemplo, que ao longo da pandemia se queixou por estar trabalhando mais do que quando suas atividades eram presenciais. Isso fere e representa uma nítida lesão ao

²⁹ POR QUE mulheres sofrem mais de síndrome de burnout do que homens? *GI*, [s.l.], 11 out. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2021/10/11/por-que-mulheres-sofrem-mais-de-sindrome-de-burnout-do-que-homens.ghtml>. Acesso em: 4 jun. 2022.

³⁰ “As mulheres são mais propensas do que os homens a ficar doentes com exaustão - especialistas dizem que as mulheres ainda gastam mais tempo em tarefas domésticas, independentemente de terem filhos ou não, e estão super-representadas em trabalhos estressantes, baseados em cuidados, como a enfermagem e o trabalho social. Apesar disso, o aumento tem sido perceptível em ambos os sexos e em diferentes setores” (POR QUE cada vez mais jovens estão exaustos na Suécia, o ‘paraíso’ das leis trabalhistas? *BBC News*, [s.l.], 5 ago. 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/vert-cap-49211535>. Acesso em: 4 jun. 2022).

³¹ “Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:

I - os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados;

II - os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial.

III - os empregados em regime de teletrabalho que prestam serviço por produção ou tarefa”.

tempo livre do trabalhador, que necessita de um período para descanso, lazer, para cuidar de sua família, de sua saúde e tantas outras coisas fundamentais ao ser humano.

A exposição a grandes jornadas de trabalho tem sido uma das maiores causas de *burnout*: um dano cujos efeitos são inimagináveis. Mas, para se configurar a síndrome, basta a subjetiva declaração do empregado?

A síndrome deve ser atestada por profissionais da saúde (psicólogos e psiquiatras), não sendo suficiente a declaração da pessoa eventualmente atingida por ela, a fim de que a questão não seja tratada meramente no aspecto subjetivo, o que poderia gerar insegurança quanto às necessárias medidas preventivas, protetivas e promocionais da saúde no ambiente de trabalho. Além do laudo médico diagnosticando a doença, o empregado poderá contar com seu histórico médico (prontuário) e profissional (geralmente com destacada performance), podendo, inclusive, ser realizada uma avaliação do ambiente de trabalho, que poderá contar com relatos testemunhais.³²

Verificada a síndrome, que entre outros aspectos é resultado de uma lesão ao tempo livre, deverá o empregador, quer seja organização privada ou pública, ser responsabilizado pelos danos na esfera jurídica da vítima, a não ser que presente algumas das hipóteses excludentes de responsabilidade. Assim entendeu o Tribunal Superior do Trabalho, que negou provimento ao Recurso de Revista de número 1799400-44.2008.5.09.0010³³, tendo confirmado o Acórdão proferido pelo Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região (PR).

O supracitado caso trata-se de reclamação trabalhista proposta por empregado bancário em face do HSBC Bank. Sendo bancário, por força do artigo 224 da CLT, o autor se sujeitava à duração do trabalho normal de seis horas nos dias úteis ou trinta horas por semana.³⁴ Ocorre que, conforme demonstrado nos autos, mediante prova testemunhal, o autor era subordinado a extensas jornadas de trabalho e, em grande parte do mês, cumpria expediente diário com duração superior a doze horas.

Por meio de laudo pericial, restou confirmado que, em face do regime de trabalho a que o autor era submetido no banco reclamado, o que inclui além das extensas jornadas,

³² LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. Burnout no contexto do teletrabalho na pandemia: um caso concreto. Migalhas de Responsabilidade Civil. *Migalhas*, [s.l.], 15 fev. 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/359687/burnout-no-contexto-do-teletrabalho-na-pandemia-um-caso-concreto>. Acesso em: 4 jun. 2022.

³³ Cf. inteiro teor em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1439506218/recurso-de-revista-rr-17994004420085090010/inteiro-teor-1439511253>. Acesso em: 4 jun. 2022.

³⁴ “Art. 224 da CLT - A duração normal do trabalho dos empregados em bancos, casas bancárias e Caixa Econômica Federal será de 6 (seis) horas contínuas nos dias úteis, com exceção dos sábados, perfazendo um total de 30 (trinta) horas de trabalho por semana”.

um ambiente de trabalho estressante, cobranças inatingíveis e excessivas metas, o mesmo desenvolveu diversas patologias de ordem psicológica, como a síndrome de *burnout*, além de transtorno de adaptação e transtorno depressivo. As referidas moléstias foram confirmadas tanto pelo laudo pericial produzido nos autos, quanto pelo teor da Ação de Conversão de Benefício Previdenciário, que fora ajuizada pelo autor, outrora, em face do INSS na Justiça Comum. Ambas as provas foram capazes de denotar a configuração de efetivo dano ao reclamante.

No que diz respeito ao ato ilícito dos reclamados e da sua culpa, o Tribunal Superior corretamente entendeu que, diante das demandas excessivas a que o autor era submetido, é fácil concluir que o empregador, como detentor do poder diretivo, foi negligente ao deixar de cumprir com o papel que lhe cabia na efetivação do direito do empregado à redução dos riscos inerentes ao trabalho, deixando de acatar, portanto, as normas de medicina do trabalho.

Em sede de condenação, o Tribunal Regional do Trabalho deu provimento ao pleito do autor para deferir-lhe indenização por danos materiais correspondentes aos lucros cessantes até o fim da convalescença, indenização consistente na importância que o trabalhador razoavelmente deixou de auferir em razão das doenças ocupacionais que contraiu. Para além, o autor recebeu o valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a título de danos morais.

Muito embora não tenha sido imposta no caso em análise, quando a síndrome de *burnout* provoca uma diminuição na capacidade de trabalho do ofendido, fazendo com que este não possa exercer sua profissão ou ofício, é muito comum que a indenização também inclua, por força do artigo 950 do Código Civil³⁵, o arbitramento de uma pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, quer seja a diminuição temporária ou parcial.³⁶

Pelo exposto, é possível verificar como a ausência de tempo livre para dedicar-se a si, e a tantas outras coisas importantes, é capaz de produzir danos cujos efeitos são os mais diversos. Muito embora este não tenha sido o fundamento expresso da referida decisão, ele

³⁵ “Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu. Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez.”

³⁶ Assim decidiu o TST no julgamento do Recurso de Revista 746-74.2013.5.09.0020.

encontra-se implícito, vez que resta claro o nexo causal entre a lesão ao tempo livre do empregado e os danos causados, dentre os quais a Síndrome de *Burnout*. Certamente, se o referido empregado tivesse seu direito ao tempo livre respeitado, podendo assim cuidar das outras esferas de sua vida, muito provavelmente não sofreria os danos causados, ou no mínimo os teria, bruscamente, mitigado.

Desta forma, sempre que configurado nexo de causalidade entre a lesão ao tempo livre do empregado e os danos decorrentes dessa, dentre os quais, comumente, se insere a síndrome de *burnout*, deverá o empregador ser responsabilizado pelos danos causados, haja vista que é seu dever medir todos os esforços possíveis para diminuir os riscos inerentes ao trabalho.

4 A SUÉCIA COMO MODELO A SER SEGUIDO

Enquanto no Brasil é cada vez mais frequente vivermos para trabalhar, a filosofia sueca é de trabalhar para viver. A jornada de seis horas de trabalho é uma realidade nas mais diversas empresas e municipalidades da Suécia. A flexibilidade no trabalho já está consolidada: escolher o horário mais adequado para chegar no escritório, trabalhar de casa ou até mesmo reduzir sua carga horária de trabalho para cuidar de um filho ou familiar idoso é muito comum na Suécia.³⁷

É sabido que a Suécia possui um dos mais generosos sistemas de direitos trabalhistas do mundo. Embora seja garantido aos trabalhadores uma ampla rede de benefícios, para os suecos isso é bom para os negócios, sendo a Suécia uma das mais pujantes economias mundiais.³⁸

A lei sueca da jornada de trabalho (*Arbetsstidslagen*³⁹) estabelece quantas horas um empregado pode trabalhar por dia, por semana e por ano. A lei também regulamenta o direito do trabalhador a pausas durante o trabalho, bem como sua remuneração pelos períodos em que se encontra à disposição do empregador. Segundo a legislação, todos os

³⁷ VALIN, Cláudia. Suécia: leis trabalhistas protetoras geram competitividade. *Central Única dos Trabalhadores*, [s.l.], 17 mai. 2017. Disponível em: <https://www.cut.org.br/noticias/suecia-leis-trabalhistas-protetoras-geram-alta-competitividade-1e7f#:~:text=Pela%20lei%2C%20todos%20os%20trabalhadores,carga%20de%2040%20horas%20semanais>. Acesso em: 4 jun. 2022.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ SUÉCIA. *Arbetsstidslagen (Lei da jornada de trabalho)*. [S.l.]: Arbetsmarknadsdepartementet (Ministério do Trabalho), [2022]. Disponível em: https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattnings-samling/arbetsstidslag-1982673_sfs-1982-673. Acesso em: 4 jun. 2022.

empregados devem ter, no mínimo, 11 horas consecutivas de descanso a cada período de 24 horas.⁴⁰

Os suecos trabalham, em média, cerca de 38 horas semanais, não podendo nenhuma jornada de trabalho exceder a carga de 40 horas por semana.⁴¹

O país foi um dos primeiros a descrever a síndrome de *burnout* e a aceitar seu diagnóstico. Embora muitos países não reconheçam a síndrome do esgotamento, este é um diagnóstico legítimo na Suécia desde 2003.⁴²

A professora Marie Åsberg, psiquiatra do Instituto Karolinska, o maior centro acadêmico de pesquisa médica da Suécia, relata que o generoso sistema de bem-estar social do país tem desempenhado uma importante função no assunto do *burnout*. De acordo com seu relato, datado de 2019, as pessoas diagnosticadas com exaustão recebiam aproximadamente 80% de seu salário, limitado ao valor de 774 coroas suecas por dia, o equivalente a R\$ 311 - o que corresponde a um salário de R\$ 9,6 mil.⁴³

Como o Estado paga, os cidadãos não sofrem economicamente caso estejam doentes. Marie Åsberg diz que o sistema de saúde da Suécia oferece uma série de tratamentos altamente subsidiados para pessoas com exaustão e, bem destaca, que os demais países poderiam aprender com essa experiência.⁴⁴

Fato é que, na atual sociedade, nos tornamos escravos do trabalho. Conforme descreve Byung-Chul Han, a sociedade do trabalho e desempenho não é livre. Ela gera novas coerções. Nessa sociedade coercitiva carregamos conosco nosso campo de trabalho. Somos ao mesmo tempo prisioneiros e vigia, vítima e agressor. Mesmo sem senhorio, acabamos explorando a nós mesmos.⁴⁵ Não que o trabalho não seja importante, mas não podemos deixar que ele nos tire a vida em seu sentido mais amplo.

⁴⁰ VALIN, Cláudia. Suécia: leis trabalhistas protetoras geram competitividade. *Central Única dos Trabalhadores*, [s.l.], 17 mai. 2017. Disponível em: <https://www.cut.org.br/noticias/suecia-leis-trabalhistas-protetoras-geram-alta-competitividade-1e7f#:~:text=Pela%20lei%2C%20todos%20os%20trabalhadores,carga%20de%2040%20horas%20semanais>. Acesso em: 4 jun. 2022.

⁴¹ Ibid.

⁴² POR QUE cada vez mais jovens estão exaustos na Suécia, o ‘paraíso’ das leis trabalhistas? *BBC News*, [s.l.], 5 ago. 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/vert-cap-49211535>. Acesso em: 4 jun. 2022.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ “Precisamente frente à vida desnuda, que acabou se tornando radicalmente transitória, reagimos com hiperatividade, com a histeria do trabalho e da produção. Também o aceleramento de hoje tem muito a ver com a carência de ser. A sociedade do trabalho e a sociedade do desempenho não são uma sociedade livre. Elas geram novas coerções. A dialética de senhor e escravo está, não em última instância, para aquela sociedade na qual cada um é livre e que seria capaz também de ter tempo livre para o lazer. Leva ao contrário

Deve-se ter claro que o presente artigo, de longe, não busca depreciar o valor do trabalho. Reconhece-se que o trabalho é fundamental a todo ser humano, e mais ainda, à dinâmica da vida em sociedade. É o trabalho humano que nos possibilita alcançar e ter as coisas que hoje existem. O que se busca, na verdade, é reconhecer que ao lado deste há outros valores importantes, e que uma combinação harmônica entre eles é fundamental à garantia e plena manifestação da dignidade humana, norte da Constituição da República.

Na busca por essa harmonia, inúmeras são as empresas que, preocupadas com o bem estar de seus funcionários, tem adotado algumas medidas preventivas, a fim de evitar o esgotamento de seus empregados. Dentre elas, tem se destacado a política de redução da carga horária semanal, de 5 (cinco) dias para 4 (quatro) dias, sem que haja redução salarial ou a perda de benefícios. No fundo, isso demonstra o reconhecimento da importância que o tempo livre exerce em nossas vidas e, sobretudo, do dever que os empregadores têm de respeitar as jornadas de trabalho.

Desta feita, verifica-se que o respeito ao tempo livre não impede que um país deixe de se desenvolver e de alcançar o progresso. A Suécia é um dos países com melhor índice de desenvolvimento humano, e isso se aplica a diversas outras nações que reconhecem o direito ao tempo livre como uma garantia fundamental.

Mudar uma mentalidade tão enraizada não é tarefa fácil, mas espera-se que o presente trabalho, assim como tantos outros, consigam trazer importantes reflexões sobre o tema, para que num futuro não tão distante possamos enxergar alguma mudança no atual cenário.

5 CONCLUSÕES

Por fim, percebe-se que a compreensão acerca do tempo se mudou ao longo dos últimos anos. O tempo, que por um longo período era apenas uma grandeza física, passou a ser entendido como um recurso finito, escasso e precioso, tornando-se objeto de proteção do Direito.

a uma sociedade do trabalho, na qual o próprio senhor se transformou num escravo do trabalho. Nessa sociedade coercitiva, cada um carrega consigo seu campo de trabalho. A especificidade desse campo de trabalho é que somos ao mesmo tempo prisioneiro e vigia, vítima e agressor. Assim, acabamos explorando a nós mesmos. Com isso, a exploração é possível mesmo sem senhorio". (Han, Byung-Chul. Sociedade do cansaço. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2015, p. 25).

A proteção ao chamado tempo livre tem suas bases fincadas na liberdade individual e na solidariedade social, sendo este direito protegido sempre que estiver diante de uma efetiva ou potencial lesão, quer seja nas relações de consumo ou fora delas.

Como se buscou demonstrar, muito embora diversas sejam as correntes, a lesão ao tempo livre não se afigura como modalidade autônoma de dano e tão pouco se restringe a categoria de dano moral, haja vista que, muito embora o tempo seja um bem jurídico de natureza extrapatrimonial, a natureza do dano em questão dependerá dos efeitos da lesão na esfera jurídica da vítima, o que dependerá da análise de cada caso concreto. Assim, a lesão ao tempo (bem jurídico) poderá ensejar, a depender dos efeitos da lesão, danos patrimoniais e extrapatrimoniais.

Muito embora a discussão da proteção ao tempo se dê no âmbito das relações de consumo, o que é comum tendo em vista que o cenário consumerista é palco para a maior quantidade de situações lesivas ao tempo, este direito será protegido sempre que estiver diante de uma efetiva ou potencial lesão e neste contexto se insere a discussão do *burnout* que, entre outras coisas, é resultado da subordinação a extensivas jornadas de trabalho.

Com o advento da pandemia e a maximização do teletrabalho, muitos trabalhadores passaram a ser subordinados a extensas jornadas de labor, o que somado aos diversos males trazidos pela pandemia, desencadeou no diagnóstico de diversos casos da síndrome de *burnout*.

O número de casos é assustador e o cenário atual reclama do Direito disciplina jurídica apta a reparar os danos que se deram, em grande parte, em razão da inobservância das normas de medicina do trabalho. Ocorre que o empregador é detentor do poder diretivo e compete a este a efetivação do direito dos empregados a redução dos riscos inerentes ao labor.

Assim, sempre que restar configurado o nexo de causalidade entre a conduta negligente do empregador e o diagnóstico de *burnout* de seu funcionário, consubstanciado na retirada do tempo livre inerente a plena manifestação da personalidade deste, poderá aquele ser responsabilizado, tanto na esfera patrimonial como extrapatrimonial.

Por fim, como demonstrado, o presente trabalho não busca, de longe, depreciar o valor do trabalho. Ao revés, se reconhece sua importância e essencialidade a vida humana, sem o qual pouca coisa se faz. O que se busca, na verdade, é uma relação harmônica entre lazer, trabalho e estudo, reconhecendo-se o tempo livre como aspecto essencial a vida humana, sem o qual não somos capazes de aproveitar “as coisas belas da vida”.

REFERÊNCIAS

AMAZONAS. *Lei nº 5.867, de 29 de abril de 2022*. Reconhece o tempo do consumidor como bem de valor jurídico. Manaus: Governo do Estado, [2022]. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=431042>. Acesso em: 4 jun. 2022.

COLAFEMINA, Martina. Trabalho híbrido exige que empresas criem “cultura do descanso” para evitar burnout. *Forbes Brasil*, [s.l.], 12 mai. 2022. Disponível em: https://forbes.com.br/carreira/2022/05/work-life-balance-e-chave-para-vencer-burnout-entre-as-mulheres/?utm_campaign=later-linkinbio-forbesbr&utm_content=later-26800292&utm_medium=social&utm_source=linkin.bio. Acesso em: 4 jun. 2022.

DESSAUNE, Marcos. Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: um panorama. *Direito em Movimento*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, p. 15-31, jan./jun. 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Responsabilidade civil pela perda de tempo. *Revista Jurisvox*, Patos de Minas, v. 1, n. 14, jul. 2013.

HAN, Byung-Chul. *Sociedade do cansaço*. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2015.

HARTMANN, Paula Benevenuto. Atualizações sobre burnout pela OMS e suas implicações. *PEBMED*, [s.l.], 10 fev. 2022. Disponível em: <https://pebmed.com.br/cid-11-burnout-como-doenca-e-suas-implicacoes/#:~:text=Selecionados%20para%20voc%C3%AA,CID%2D11,%2Dlo%20e%20geri%2Dlo>. Acesso em: 4 jun. 2022.

LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. Burnout no contexto do teletrabalho na pandemia: um caso concreto. *Migalhas de Responsabilidade Civil*. *Migalhas*, [s.l.], 15 fev. 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/359687/burnout-no-contexto-do-teletrabalho-na-pandemia-um-caso-concreto>. Acesso em: 4 jun. 2022.

LEANDRO, Rafael; BORGES, Gustavo Silveira. Dano temporal na relação de consumo: o diálogo das fontes como método para uma concretização de tutela jurídica autônoma. *Rev. de Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo*, Goiânia, v. 5, n. 1, p. 1-23, jan./jun. 2019.

MAIA, Maurilio Casas. O dano temporal indenizável e o mero dissabor cronológico no mercado de consumo: quando o tempo é mais que dinheiro - é dignidade e liberdade.

Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, v. 92, ano 23, p. 162-176, mar./abr. 2014.

MASI, Domenico de. *O ócio criativo*. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Lesão ao tempo: configuração e reparação nas relações de consumo. *Revista OAB/RJ*, Rio de Janeiro, Edição Especial - Direito Civil. Disponível em: <https://revistaelectronica.oabRJ.org.br/wp-content/uploads/2018/05/LES%c3%83O-AO-TEMPO.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2022.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; GUIMARÃES, Vynicius Pereira. Teoria da responsabilidade civil pela perda da chance: natureza do dano e aplicabilidade à seara médica. *Revista IBERC*, v.5, n.1, p. 29-59, jan./abr. 2022. Disponível em: <https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/190/161>. Acesso em: 04 jun. 2022.

OMS. *QD85 Síndrome de burnout ocupacional*. [S.l.]: OMS, 2022. Disponível em: <https://icd.who.int/browse11/l-m/es#/http://id.who.int/icd/entity/129180281>. Acesso em: 4 jun. 2022.

POR QUE cada vez mais jovens estão exaustos na Suécia, o ‘paraíso’ das leis trabalhistas? *BBC News*, [s.l.], 5 ago. 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/vert-cap-49211535>. Acesso em: 4 jun. 2022.

POR QUE mulheres sofrem mais de síndrome de burnout do que homens? *GI*, [s.l.], 11 out. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2021/10/11/por-que-mulheres-sofrem-mais-de-sindrome-de-burnout-do-que-homens.gh.html>. Acesso em: 4 jun. 2022.

SUÉCIA. *Arbetsstidslagen (Lei da jornada de trabalho)*. [S.l.]: Arbetsmarknadsdepartementet (Ministério do Trabalho), [2022]. Disponível em: https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/arbetstidslag-1982673_sfs-1982-673. Acesso em: 4 jun. 2022.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do Direito Civil: Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, v. 4.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. Danos autônomos ou novos suportes fáticos de danos? Considerações acerca da privação do uso e da perda do tempo nas relações de consumo. In: KNOERR, Viviane Coêlho de Séllos; FERREIRA, Keila Pacheco;

STELZER, Joana (Coords.). *Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo*. Aracaju: CONPEDI/UFS, 2015.

VALIN, Cláudia. Suécia: leis trabalhistas protetoras geram competitividade. *Central Única dos Trabalhadores*, [s.l.], 17 mai. 2017. Disponível em: [https://www.cut.org.br/noticias/suecia-leis-trabalhistas-protetoras-geram-alta-competitividade-](https://www.cut.org.br/noticias/suecia-leis-trabalhistas-protetoras-geram-alta-competitividade-1e7f#:~:text=Pela%20lei%2C%20todos%20os%20trabalhadores,carga%20de%2040%20horas%20semanais)

[1e7f#:~:text=Pela%20lei%2C%20todos%20os%20trabalhadores,carga%20de%2040%20horas%20semanais](https://www.cut.org.br/noticias/suecia-leis-trabalhistas-protetoras-geram-alta-competitividade-1e7f#:~:text=Pela%20lei%2C%20todos%20os%20trabalhadores,carga%20de%2040%20horas%20semanais). Acesso em: 4 jun. 2022.

VIEIRA, Isabela; RUSSO, Jane Araujo. Burnout e estresse: entre medicalização e psicogização. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 29, n. 2, 2019. Disponível em:

<https://www.scielo.br/j/physis/a/57RLsw3NPS4YRKzMLHPGyTy/?lang=pt>. Acesso em: 4 jun. 2022.

A PERDA DA CHANCE DE CURA OU DE SOBREVIVÊNCIA NO ÂMBITO DA SAÚDE SUPLEMENTAR: UMA PERSPECTIVA LUSO-BRASILEIRA

André Viana Bonan de Aguiar

Sumário: 1. Introdução; 2. Saúde Suplementar no Brasil e em Portugal; 3. A perda de uma chance de cura e de sobrevivência na seara das operadoras de saúde; 4. Considerações finais; 5. Referências.

1. Introdução.

Multiplicam-se pelo Brasil demandas judiciais, em razão da negativa de cobertura de tratamentos médico-hospitalares por operadoras de saúde. Essa negativa, geralmente, se limita ao argumento de que o evento ou o procedimento médico, requerido em sede administrativa, não tem previsão no rol da ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar.

No entanto, recentemente, houve o advento da Lei nº 14.307/2022, que alterou o processo de atualização das coberturas no âmbito da saúde suplementar, bem como restou proferido o acórdão nos embargos de divergência no recurso especial nº 1.886.929/SP¹, pacificando, em tese, a discussão sobre a natureza do rol da ANS, classificando-o como taxativo.

Com efeito, as ações judiciais envolvendo beneficiários e operadoras de saúde são muito parecidas, na medida em que se pleiteia, em caráter liminar, a obrigação de fazer consistente na autorização, fornecimento ou custeio de determinado tratamento médico-hospitalar, sob os fundamentos de tutela ao direito constitucional à saúde - sob o risco de lesão grave ou de difícil reparação, bem como na aplicação de disposições do Código de Defesa do Consumidor e na Lei 9.656/ 98.

¹ EResp nº 1886929/SP. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Segunda Seção. DJ 08/06/2022.

Os argumentos mais recorrentes nas decisões sobre os pedidos de acesso às prestações de saúde são o direito à vida, o direito à saúde e o princípio da dignidade humana.²

Porém, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça julgou taxativo rol da ANS, limitando-se, portanto, à autorização das coberturas listadas pelo setor, sob o argumento de risco de insegurança jurídica e desequilíbrio econômico-financeiro-atuarial dos contratos.

Ocorre que mesmo após a publicação deste acórdão paradigma sobre o rol da ANS, diversos Tribunais de Justiça Estaduais permanecem proferindo decisões, considerando o caráter exemplificativo do rol da ANS, com base em argumentos pautados na obrigação legal de cobertura, no direito constitucional à saúde, à vida e no princípio da dignidade da pessoa humana.³

Diante desse cenário controvertido - em que de um lado defende-se a taxatividade do rol da ANS e, por outro, o seu caráter exemplificativo - o fato é que há decisões judiciais, determinando a cobertura de determinado tratamento, sendo descumpridas pelas operadoras de saúde, gerando a perda de uma chance de cura ou de sobrevivência para o beneficiário.

Ainda que haja uma legítima discussão sobre a natureza do rol da ANS, no plano material, a decisão judicial implica em uma segurança jurídica para o caso concreto. Nesse sentido, eventual descumprimento de determinação judicial, consistente na autorização ou custeio de determinado tratamento, caracterizará a perda de uma chance de cura ou de sobrevivência para o segurado.

Sabe-se que a relação jurídica entre beneficiários e operadoras de saúde tem caráter interdisciplinar, aplicando-se institutos e princípios de natureza constitucional, regulatória, consumerista e cível, destacando-se algumas especificidades, dentre elas o mutualismo contratual, segundo a qual, os riscos e impactos nos contratos são sofridos coletivamente. Assim, o novo paradigma – legal e jurisprudencial – da saúde suplementar considera que o aumento extraordinário das despesas com a cobertura de tratamentos médicos atinge diretamente o fundo das operadoras de saúde, refletindo-se nas bases atuárias e, conseqüentemente, no desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

² DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. Direito à saúde: *Judicialização e pandemia do novo coronavírus*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2020. p. 357.

³ Apelação Cível nº 1083225-57.2021.8.26.0100. Rel. Des. Carlos Alberto de Salles. 3ª Câmara de Direito Privado. TJSP. Segunda Seção. DJE 29/08/2022.

Por outro lado, sustenta Pietro Perlingieri que a saúde, ainda que prevista autonomamente a nível constitucional (art. 32), deve ser considerada juntamente à norma que, como cláusula geral, reconhece e garante os direitos do homem, sem que possa qualificá-los como taxativos ou atípicos (art. 2 e 3, § 2).⁴

Nesse sentido, será tratado o instituto da perda de uma chance de cura ou de sobrevivência no âmbito da saúde suplementar, por ocasião do descumprimento de decisão judicial ou pelo descumprimento de obrigação legal, para autorização, fornecimento ou custeio de determinado procedimento ou evento de saúde; no contexto Brasil-Portugal.

2. A saúde suplementar no Brasil e em Portugal.

Como se sabe, a Constituição da República de 1988, conhecida como “Carta Cidadã”, representa um marco na conquista dos direitos sociais, destacando-se o direito à saúde⁵. Após mais de 30 anos de sua promulgação, pode-se constatar uma gama de desafios para a sua efetividade, sendo necessário um aprimoramento dos instrumentos institucionais bem como uma sincronia entre o setor público e o privado, capaz de oferecer ao cidadão sistemas complementares e suplementares de saúde, que de fato atendam às necessidades e cumpram o mandamento constitucional.

No plano jurisdicional, o enquadramento da demanda como de primeira ou de segunda necessidade repercute na decisão judicial. Diante do descumprimento pelo Estado, das prestações atinentes ao núcleo essencial do direito à saúde, isto é, as demandas de primeira necessidade, cuja natureza é de norma-regra, não há alternativa senão a determinação da sua efetivação. O Poder Judiciário atuaria, nestas hipóteses, como controlador das políticas públicas estatais, e estaria corrigindo uma omissão estatal indevida. A demonstração cabal, pelo autor da demanda, da pertinência do pedido formulado ao núcleo essencial do direito à saúde, que autoriza, inclusive, seu deferimento liminar, *inaudita altera pars*, sobretudo nos casos de urgência e emergência.⁶

⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Trad. por Maria Cristina De Circco. Rio de Janeiro. Renovar. 2007. p. 159.

⁵ Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

⁶DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. Direito à saúde: *Judicialização e pandemia do novo coronavírus*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2020. p. 52.

Com efeito, a Constituição da República representa uma ruptura no modelo de prestação de serviço à saúde no país, até então pautado pela atividade privada e, quando garantido pelo Estado, limitado à uma mera contraprestação aos contribuintes da previdência social, ou seja, não havia previsão de assistência gratuita e universal à saúde.

Os artigos 6º e 196, da Constituição Federal de 1988, elevaram a saúde à condição de dever do Estado, que, como se extrai do texto, deve ser garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.⁷

Mais adiante, o art. 198 estabelece que os serviços públicos de saúde constituem uma rede regionalizada e hierarquizada, com atendimento integral e financiada com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, caracterizando-se, portanto, o Sistema Único de Saúde.

O SUS foi, indubitavelmente, fruto do encontro e interligação das áreas da saúde e do direito em nível teórico e prático. O mundo inteiro já percebeu que o isolamento rigoroso de áreas científicas em compartimentos estanques, bem ao gosto do positivismo do século dezenove, é altamente prejudicial, impedindo um intercâmbio sempre benéfico, que as últimas conquistas da ciência e da tecnologia tornaram necessário.⁸

Como o novo paradigma social, a assistência à saúde pelo Estado deixa de ser uma exceção, tornando-se regra, inclusive, por meio da Lei n. 8.080/90, que dispõe sobre o SUS e sobre o sistema de participação complementar, em seus artigos 24 e seguintes.

Cumprido esclarecer as três categorias de prestação de serviço a saúde: (i) a primeira é a natureza obrigatória, cabendo ao Estado o protagonismo na sua execução; (ii) em seguida, a complementar, segundo a qual, a iniciativa privada poderá, mediante contrato ou convênio, ofertar serviços à saúde, submetendo-se às normas técnicas administrativas e aos princípios e diretrizes do SUS; e, em terceiro lugar, (iii) a suplementar, regulada pela Lei nº 9.656/98 (Lei de Planos de Saúde) e pela Lei nº 9.961/2000 (Lei da ANS).

Mesmo na saúde suplementar, o Estado não perde o protagonismo, pois a ANS tem a atribuição de controlar os preços justamente porque se insere em sua missão institucional

⁷ ROCHA, Luiz Carlos da. *O direito à saúde e o sistema suplementar*. São Paulo. Contracorrente. 2018. p. 22.

⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. Apresentação". In: CARVALHO, Guido Ivan; SANTOS, Lenir. *Sistema único de saúde*. São Paulo. Hucitec, 1992, p. 10-11.

de planejar e assegurar a vigência do interesse público, e para isso foi dotada de estrutura administrativa.⁹

A Constituição Cidadã estabelece uma série de normas e instrumentos para a efetividade do direito à saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle. Já a execução, poderá ser feita tanto pelo Estado, quanto por terceiros e pessoas jurídicas de direito privado.

Neste contexto é que se afirma que a saúde suplementar não foi concebida para suplantar o principal, o sistema público estatal de saúde, é uma das tarefas que se coloca para a sociedade de evitar que este processo, que induz a um crescimento desmensurado da saúde privada no país, desonerando o Estado, venha a se tornar realidade.¹⁰

Constata-se, portanto, que a virada de página de um Estado liberal para um Estado social manteve a possibilidade de a iniciativa privada atuar como executor do direito constitucional à saúde, atribuindo efetividade à norma.

No entanto, para que a atividade privada funcionasse em consonância com o serviço público de saúde, foi necessária a criação da ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar (Lei 9.961/2000)¹¹, com expressa previsão constitucional (art. 174), na medida em que atribui ao Estado a função de agente normativo, regulador e executor subsidiário de atividades econômicas, permitindo-se, inclusive a transferência de serviços de sua exclusividade em favor da atividade privada (art. 3º da Lei da ANS), a exemplo da prestação de serviço à saúde.¹²

Até a década de 80 do século passado, o serviço à saúde era prestado basicamente por empresas privadas, cabendo ao setor público uma função coadjuvante – atendendo aos contribuintes da previdência social – ou em atuações pontuais, como no combate às moléstias graves, pandemias e endemias.

⁹ BARROSO. Luís Roberto. Direito intertemporal, competências funcionais e regime jurídico dos planos de saúde e seguros saúde. In: CARNEIRO. Luiz Augusto Ferreira. *Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro. Forense. 2012. p. 259.

¹⁰ ROCHA, Luiz Carlos da. *O direito à saúde e o sistema suplementar*. São Paulo. Contracorrente. 2018. p. 77.

¹¹ Art. 1º É criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, autarquia sob o regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, com sede e foro na cidade do Rio de Janeiro - RJ, prazo de duração indeterminado e atuação em todo o território nacional, como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde. Parágrafo único. A natureza de autarquia especial conferida à ANS é caracterizada por autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos, autonomia nas suas decisões técnicas e mandato fixo de seus dirigentes

¹² Art. 3º A ANS terá por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País.

Com efeito, essa ruptura constitucional dependeria de uma mudança gradual no que tange ao direito à saúde. Afinal, um país com dimensões continentais precisaria de tempo considerável para a implantação de um serviço de saúde pública com qualidade e eficiência. Assim o constituinte foi estratégico na manutenção do setor privado, seja para atender às classes mais abastadas, seja para não inchar o incipiente Sistema Único de Saúde.

Em Portugal, existe o Serviço Nacional de Saúde (SNS), no qual o Estado oferece diretamente a assistência à saúde por meio de instituições públicas. Entretanto, ainda que todo cidadão seja amparado pelo SNS, ele não é totalmente gratuito, tendo em vista que é necessário o pagamento de taxas moderadoras para um serviço médico, exceto em caso de gravidez, insuficiência econômica, desemprego, entre outros fatores. Entretanto, com a promulgação da Lei nº 84, foram extintas as taxas moderadoras nos cuidados de saúde, mantendo-as na urgência apenas. Dessa forma, o sistema tornou-se virtualmente gratuito, tendo em vista que as taxas moderadoras são de baixo custo.¹³

Deve-se considerar que a Constituição de Portugal foi elaborada, sob um viés social, em 1976, no período pós regime ditatorial. De forma semelhante, o Brasil promulgou a sua Carta Cidadã, em 1988, restaurando a democracia e almejando a efetividade dos direitos sociais, dentre eles o direito à saúde.

O Capítulo II da Constituição Portuguesa trata dos direitos e deveres sociais, destacando-se, que a proteção à saúde é direito de todos e dever do Estado¹⁴.

Assim como a Constituição Brasileira, a Constituição Portuguesa considera o princípio da dignidade humana um núcleo dos direitos fundamentais essenciais, desde direito e deveres pessoais (v.g., a vida, a integridade pessoal, a liberdade, o desenvolvimento da personalidade, a identidade, a cidadania, a constituição de família, a reserva da vida privada e familiar, a propriedade privada, a proteção legal) até direitos e deveres sociais que permitam existir e viver em condições materiais condignas (v. g., um rendimento mínimo que permita satisfazer necessidades básicas, proteção da saúde, o

¹³ DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. Direito à saúde: *Judicialização e pandemia do novo coronavírus*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2020, p. 278.

¹⁴ Artigo 64º 1. Todos têm direito à proteção da saúde e o dever de a defender e promover. 2. O direito à proteção da saúde é realizado: a) através de um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito (...) 3. Para assegurar o direito à proteção da saúde, incumbe prioritariamente ao Estado (...) d) disciplinar e fiscalizar as formas empresariais e privadas da medicina, articulando-as com o serviço nacional de saúde, por forma a assegurar, nas instituições de saúde pública e privada, adequados padrões de eficiência e qualidade.

acesso à educação e à cultura, isto sem esquecer os direitos e deveres políticos (v. g., participação política, sufrágio)¹⁵.

Existem seis sistemas sanitários em Portugal que, em conjunto com o Sistema Nacional de Saúde, podem influenciar na saúde da população, quais sejam: o setor da seguridade sanitária pública, que é totalmente dependente da administração pública (cerca de 10% da população); a seguridade sanitária voluntária, cuja população sanitária é cerca de 10% , que engloba a oferta de trabalhadores e dos contratos assecuratórios estipulados individualmente; a seguridade sanitária privada dos dependentes das telecomunicações e dos correios; o subsistema dos funcionários dos bancos e da seguridade; o sistema assecuratório privado ofertado pelas organizações sem fins lucrativos que contam com cerca de 7% da população; e as despesas diretas da família (*out-of-pocket*).¹⁶

Ocorre que o sistema de saúde brasileiro sofreu influência de movimentos sociais, enquanto em Portugal o sistema foi construído por influência internacional, haja vista o ingresso deste país na União Europeia, e todas as vantagens políticas e econômicas dele decorrentes.

Com efeito, em ambos os países a saúde corresponde a um serviço público essencial, monopolizado pelo Estado, que delega, em parte, a execução às entidades particulares. Nesse sentido, no Brasil há o setor público obrigatório, a saúde complementar e a saúde suplementar. Já em Portugal, há seis sistemas de saúde, atuando em conjunto, a fim de se efetivar o direito social da saúde, que, em última análise, corresponde ao cumprimento do princípio da dignidade humana essencial, também previsto no seu texto constitucional.

3. A perda de uma chance de cura ou de sobrevivência na seara das operadoras de saúde.

Como desenvolvido ao logo deste artigo, empresas prestadoras de serviço de assistência à saúde se recusam a cobrir determinado tratamento médico-hospitalar, ainda que tenha obrigação legal, fundamentando-se no argumento de ausência de previsão no rol da ANS. Trata-se do famoso “fora rol”.

¹⁵ OTERO, Paulo. *Direito Constitucional Português – I*. Coimbra; Almedina. 2020. p. 38.

¹⁶ SERAPONI, Mauro. *A participação dos cidadãos no sistema de saúde da Europa do Sul: Portugal, Itália e Espanha. Resultados preliminares de um estudo comparativo*. Sociologia Online, n.2, p. 599-629, 2001.

Diante desse cenário, os beneficiários de planos de saúde socorrem-se do Judiciário, a fim de obter decisão liminar capaz de garantir o seu tratamento, de forma célere e satisfatória. Contudo, não é incomum que as operadoras de saúde, mesmo intimadas de decisão judicial - determinando a autorização, o fornecimento ou o custeio de determinado tratamento – se recusem ao cumprimento de medida judicial, impedindo-se, portanto, que o segurado tenha a oportunidade de realizar o tratamento adequado.

Esse quadro de recusa administrativa das seguradoras, sob a justificativa de a pretensão não ter previsão junto ao rol da ANS, ganhou maiores proporções em 2022, em razão do julgamento do acórdão proferido no EREsp nº 1.886.929/SP. Assim, as operadoras de saúde passaram a fundamentar a negativa de solicitação de cobertura com o famigerado “fora rol” tanto com base no caráter normativo das resoluções da ANS, quanto no referido julgado do STJ, que sedimentou a polêmica sobre a natureza do rol da ANS.

Trata-se, portanto, de um impacto na saúde suplementar, que pode comprometer a vida e a saúde de milhares de segurados, a quem são negados o direito de cobertura de determinado procedimento ou evento de saúde. Logo, considerando-se o iminente risco de vida ou de lesão grave ou de difícil reparação, resta aos segurados a opção pelo ajuizamento de ação de obrigação de fazer com pedido liminar, a fim de que seja proferida decisão determinando a cobertura do tratamento contratado.

Porém, mesmo com decisão liminar compelindo a cobrir determinado procedimento ou evento em saúde, sob pena de multa, as operadoras insistem em não proceder à cobertura do tratamento deferido judicialmente, em manifesto ato atentatório à dignidade da jurisdição e aos princípios norteadores da boa-fé processual.

Há, dessa forma, uma dupla penalidade do beneficiário quanto à negativa de cobertura, seja na seara administrativa, seja no âmbito jurisdicional.

Em razão dessa problemática, cumpre analisar a hipótese de responsabilidade civil das operadoras de saúde, em função da perda de uma chance de cura ou de sobrevivência do segurado pelo descumprimento de decisão judicial.

A liminar concessiva de tutela de urgência, ainda que de caráter sumário, caracteriza a certeza da probabilidade, ou seja, a chance de o segurado sobreviver ou ter a melhora no seu quadro de saúde.

A perda de uma chance representa um instrumento eficaz para valorar o dano a ser fixado, em conjunto com as circunstâncias do caso concreto.

Normalmente, o simples fato de as chances de dano terem sido aumentadas por ação ou omissão faz apenas possível, mas não certa a ocorrência desse dano. Todavia tal fato pode ser contribuído, se outras circunstâncias levarem a pensar que, na ausência das chances, o dano não teria ocorrido. Além do mais, a relação de causalidade sendo certo entre o fato alegado e a chance de dano criada, a vítima poderá ser indenizada do valor dessa chance, caso esse valor seja apreciável em dinheiro.¹⁷

Não se deve, todavia, olhar para a chance como perda de um resultado certo porque não se terá a certeza de que o evento se realizará. Deve-se olhar a chance como a perda da possibilidade de conseguir um resultado ou de se evitar um dano; devem-se valorar as possibilidades que o sujeito tinha de conseguir o resultado para ver se são ou não relevantes para o ordenamento. Não se exige a certeza do dano, mas sim a certeza da probabilidade. Situa-se nesse ponto a característica essencial da perda de uma chance: a certeza da probabilidade.¹⁸ Nesse sentido, Gustavo Tepedino discorre sobre a perda de uma chance de obter uma vantagem e a perda de uma chance de se evitar um prejuízo.¹⁹

Sobre a teoria clássica, em que um evento aleatório é interrompido por um ato indevido de terceiro, que determina a perda da chance de se obter uma vantagem legitimamente esperada, tem-se o exemplo do atleta Vanderlei Cordeiro de Lima, que, ao liderar a maratona nos Jogos Olímpicos de Atenas, sofreu um ataque do irlandês Cornelius Horan – que invadiu a área de prova e bloqueou o brasileiro por alguns segundos – impedindo o brasileiro de manter-se na primeira posição e, ato, contínuo, de subir no mais alto do pódio.

¹⁷SAVATIER, René. *La Responsabilité Civile*. 2. ed., t. II, Paris. 1951, p. 8.

¹⁸CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo. GEN. 2021. p. 97.

¹⁹Sobre o tema, Gustavo Tepedino apresenta a distinção entre a perda de uma chance de se obter uma vantagem e a perda de uma chance de se evitar um prejuízo: A primeira modalidade, também conhecida como teoria clássica, configura-se quando um processo aleatório em curso é interrompido pela ocorrência de um ato indevido de terceiro, que determina a perda da chance de a vítima obter uma vantagem legitimamente esperada. Nesta modalidade, em razão de determinado fato antijurídico, observa-se a interrupção de um processo que estava em curso e que poderia conduzir a um evento vantajoso, perdendo-se uma oportunidade séria e real de se obter uma vantagem futura. Já a segunda modalidade, referida como a perda de uma chance de evitar um prejuízo, se dá quando determinado processo aleatório chega ao fim e gera, de fato, um prejuízo exatamente pelo processo não ter sido interrompido quando e por quem poderia e deveria tê-lo feito. Por outras palavras, diante dessa modalidade, um dano final é verificado por força de determinada cadeia causal que não foi interrompida quando deveria ter sido. A análise das chances a serem reparadas aqui, ao contrário da teoria clássica, não está vinculada a um acontecimento que no futuro poderia ocorrer, mas sim a determinado ato que uma vez concretizado no passado poderia evitar o dano no presente. É no âmbito dessa modalidade que se sustenta a possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance na seara médica, o que, no entanto, ainda é controvertido TEPEDINO, Gustavo; Terra, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro. Forense. 2022. Vol. 4. p 142.

Já em relação à segunda categoria, em que determinado processo aleatório chega ao fim e gera um prejuízo pelo fato de não ter sido interrompido quando e por quem deveria tê-lo feito, pode-se mencionar o exemplo das operadoras de saúde que negam a cobertura para o tratamento de câncer de ovário – alegando tratar-se de evento fora do rol da ANS – quando, na realidade, há expressa obrigação legal (art. 12, I, “c”, e II, “g” da Lei 9.656/98).²⁰

A responsabilidade civil decorrente da perda de uma chance é aquela na qual se reconhece a possibilidade de indenização nos casos em que alguém se vê privado da oportunidade de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo. Não se trata de qualquer evento, mas de uma chance real e legítima de impedir um dano certo e determinado.²¹

Constata-se, portanto, que a eventual indenização devida por danos morais leva em consideração a perda da chance de o segurado ter cura ou sobreviver, e não a reparação pela própria perda da vida.

Por outro lado, em Portugal, o Supremo Tribunal de Justiça entende que a perda de uma chance não se enquadraria na tradicional classificação de responsabilidade civil contratual/ extracontratual, mas consistiria em uma terceira via.²²

²⁰ Um dos temas atrelados à perda de uma chance que mais desafia os operadores do direito é a sua mensuração, ou seja, a percentagem de chance perdida. Muito embora esta análise não seja o objeto deste artigo, cumpre reproduzir as lições de Sergio Savi (...) “ A perda de uma chance, como visto, ao contrário do afirmado por alguns doutrinadores, deve ser considerada em nosso ordenamento uma subespécie de dano emergente. Ao inserir a perda de chance no conceito de dano emergente, elimina-se o problema da certeza do dano, tendo em vista que, ao contrário de se pretender indenizar o prejuízo decorrente da perda do resultado útil esperado (a vitória na ação judicial, por exemplo), indeniza-se a perda da chance de obter o resultado útil esperado (a possibilidade de ver o resultado examinado por outro órgão capaz de reformar a decisão prejudicial). Ou seja, não estamos diante da hipótese de lucros cessante em razão da impedida futura vitória, mas de um dano emergente em razão da atual possibilidade de vitória que restou frustrada. Assim, não se concede a indenização pela vantagem. Isto é, faz-se uma distinção entre resultado perdido e a chance de consegui-lo. Assim, ao proceder a indenização da perda de uma chance não se afasta a regra da certeza do dano, tendo em vista, que a possibilidade perdida, em si considerada, era efetivamente existente: perdida a chance, o dano é certo. Contudo, a aplicação da teoria encontra limites, pois, evidentemente, não é qualquer possibilidade perdida que obrigará o ofensor a ressarcir o dano. Nem todos os casos de perda de chance serão indenizáveis. Isto porque a chance para poder ser indenizada deverá ser considerada séria e real. Simples esperanças aleatórias não são passíveis de indenização. Somente será possível admitir a indenização da chance perdida quando a vítima demonstrar que a probabilidade de conseguir a vantagem era superior a 50%. Caso contrário deve-se considerar não produzida a prova da existência do dano, e o juiz será obrigado a julgar improcedente o pedido de indenização. Assim, feita a prova de que a vítima tinha mais de 50% de chances de conseguir a vantagem esperada, demonstrado estará o *debeatur*, faltando somente quantificar este dano (SAVI, Sergio. *Responsabilidade Civil por Perda de Uma Chance*. Rio de Janeiro. Athas. 2006. p. 102).

²¹ Apelação Cível nº 0009970-18.2012.8.19.0028 Rel. Des. Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto. 16ª Câmara Cível. TJRJ. DJE 20/04/2021.

²² (...) a responsabilidade civil deve ter uma unção sancionatória tuteladora das expectativas dos cidadãos na sua via de relação, que deve pautar por padrões de moralidade e eticidade, como advogam os defensores da denominada terceira via da responsabilidade civil. (STJ, proc. 824/06.5TVLSB.L2.S1, rel. Fonseca Ramos, j. 01/07/2014).

Em que pese a regra geral prevista no art. 483 do Código Civil Português²³, é importante notar que a perda de uma chance na jurisprudência portuguesa leva em consideração a vítima e não o causador do ato lesivo, tendo em vista a garantia do princípio da solidariedade.²⁴

4. Considerações finais.

Em vista do exposto, conclui-se o presente artigo, tendo como metodologia de investigação a revisão bibliográfica dos principais autores sobre o tema, a fim de se caracterizar o interesse social consistente na análise do direito dos beneficiários de planos de saúde, em razão da perda de uma chance de cura ou de sobrevivência, por ocasião do descumprimento de decisão judicial das operadoras de saúde no contexto Brasil/ Portugal.

Foi feita uma análise da Lei nº 14.307, que alterou significativamente a Lei de Planos de Saúde, bem como do julgamento do EREsp nº 1.886.929/SP, que pacificou a intensa discussão sobre a natureza do rol da ANS, caracterizando-o como taxativo.

Os conceitos e institutos sobre o instigante tema relativo ao rol da ANS, se taxativo ou exemplificativo, despertam no aplicador do direito muitas reflexões e incertezas, na medida em que analisados sob a ótica do Estado regulador, o rol será taxativo, pois o que se busca é a segurança jurídica e o equilíbrio contratual e atuarial. Por outro lado, o ponto de vista do particular levará em consideração o caso concreto, as peculiaridades do tratamento ou do evento em saúde, bem como a manifestação do médico assistente – profissional que acompanha o seu paciente de perto.

A legislação consumerista tem papel de destaque nesta matéria, seja para se evitar o vício na informação prestada pelas operadoras de saúde, seja para coibir abusos e limitações de direitos, haja vista o caráter de ordem pública do CDC e a natureza objetiva da responsabilidade das empresas do setor.

²³. Artigo 483º 1. Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação.2. Só existe a obrigação de indemnizar independentemente de culpa nos casos especificados em lei. (PROENÇA, José Brandão. Comentário ao Código Civil: direito das obrigações, das obrigações em geral. Lisboa. Universidade Católica Editora. 2021. pag. 272.

²⁴ Nuno Santos Rocha, em Portugal, igualmente reconhece as transformações operadas na Responsabilidade Civil, sobretudo pela superação do princípio da culpa – e a realça o quadro de uma responsabilidade cada vez mais solidária e menos individualista. O principal protagonista desse enredo passa a ser a vítima do dano, não a conduta do causador do ato lesivo. (ROCHA, Nuno Santos. *A “perda de chance como nova espécie de dano*. Coimbra. Almedina. 2014. P. 96).

Ademais, dois pontos foram desenvolvidos, para se concluir quanto à taxatividade do rol da ANS. O primeiro diz respeito ao aspecto objetivo da norma, que confere à ANS a competência de definir os tratamentos e eventos em saúde a serem inseridos no rol. Em seguida, foi abordada a essência mutualística do contrato de saúde, tendo como base a cooperação dos próprios beneficiários e o princípio norteador do equilíbrio financeiro e atuarial dos contratos.

Porém, como destacado, a ANS define o seu rol de eventos e procedimento em saúde, exercendo a sua função normativa, por meio de resoluções, caracterizando natureza infra legal.

Como se sabe, as resoluções normativas não se sobrepõem às regras previstas na legislação ordinária, a exemplo da Lei de Planos de Saúde.

Assim, os Tribunais de Justiça Estaduais vêm se posicionando no sentido de aplicação da obrigação legal (proveniente da lei específica), em detrimento de eventual restrição no rol da ANS.

Em outras palavras, ainda que o STJ tenha sedimentado o entendimento de que o rol da ANS tem natureza taxativa (EREsp nº 1.886.929/SP), há julgados de Tribunais de Justiça Estaduais decidindo em favor do beneficiário, determinado a cobertura de procedimento ou evento de saúde, por se tratar de cobertura obrigatória proveniente de lei, ainda que o referido tratamento não esteja previsto no rol da ANS.

Diante dessa conturbada discussão sobre a natureza do rol da ANS e eventuais coberturas, em razão de obrigação legal, torna-se relevante um estudo mais aprofundado sobre a responsabilidade civil das operadoras de saúde, em razão do descumprimento reiterado de decisões judiciais consistentes na determinação de autorização, fornecimento ou custeio de determinado tratamento.

A decisão judicial, que determina a cobertura de procedimento ou evento em saúde específico, representa uma segurança jurídica no caso concreto quanto à chance de o beneficiário ter um tratamento. Há, portanto, a certeza da probabilidade.

Nesse sentido, foi apresentada a análise do Gustavo Tepedino, quanto à distinção entre a perda de uma chance de se obter uma vantagem e a perda de uma chance de se evitar um prejuízo, sendo esta a hipótese do presente estudo.

A perda de uma chance de cura ou de sobrevivência é a hipótese de responsabilidade civil médico-hospitalar e de operadoras de planos de saúde, na medida em que subtraem dos paciente-beneficiário a oportunidade de se evitar um prejuízo.

A pretensão deste estudo, portanto, não se estende aos critérios de fixação percentual da perda da chance ou da mensuração do prejuízo, mas se limita ao aspecto objetivo do descumprimento de decisão judicial por operadora de plano de saúde: a certeza da probabilidade.

Por fim, buscou-se investigar, estudar, e analisar a intercessão existente entre o recente julgado do STJ, que pacificou o entendimento sobre o rol da ANS, e a responsabilidade civil das operadoras de saúde, que insistem em descumprir decisão judicial consistente na cobertura de procedimento ou evento de saúde fora do rol da ANS, mas previsto na legislação ordinária específica. Trata-se, portanto, da perda de uma chance de cura ou de sobrevivência, caracterizada pela certeza da probabilidade.

Referências

- BARROSO, Luís Roberto. Direito intertemporal, competências funcionais e regime jurídico dos planos de saúde e seguros saúde. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira. *Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro. Forense. 2012.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Apresentação”. In: CARVALHO, Guido Ivan; SANTOS, Lenir. *Sistema único de saúde*. São Paulo. Hucitec, 1992.
- DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. Direito à saúde: *Judicialização e pandemia do novo coronavírus*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2020.
- OTERO, Paulo. *Direito Constitucional Português – I*, Coimbra; Almedina. 2020.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do direito civil*. Trad. por Maria Cristina De Circco. Rio de Janeiro. Renovar. 2007.
- PROENÇA, José Brandão. *Comentário ao Código Civil: direito das obrigações, das obrigações em geral*. Lisboa. Universidade Católica Editora. 2021.
- ROCHA, Luiz Carlos da. *O direito à saúde e o sistema suplementar*. São Paulo. Contracorrente. 2018.
- ROCHA, Nuno Santos. *A “perda de chance” como nova espécie de dano*. Coimbra. Almedina. 2014.
- SERAPONI, Mauro. *A participação dos cidadãos no sistema de saúde da Europa do Sul: Portugal, Itália e Espanha. Resultados preliminares de um estudo comparativo*. Sociologia Online, n.2, 2001.
- SAVATIER, René. *La Responsabilité Civile*, 2^{ème} ed., t. II, Paris. 1951.

SAVI, Sergio. *Responsabilidade Civil por Perda de Uma Chance*. Rio de Janeiro. Athas. 2006.

TEPEDINO, Gustavo; Terra, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro. Forense. 2022.Vol. 4.

A RESPONSABILIDADE CIVIL POR NASCIMENTO INDESEJADO: UM ESTUDO COMPARADO BRASIL-PORTUGAL

Beatriz Capanema Young

Sumário: 1. Introdução; 2. Hipóteses de responsabilidade civil pelo nascimento indesejado; 3. O caso das pílulas de farinha e a gravidez indesejada por fato do produto; 4. A responsabilidade civil médica pela ineficácia de uma cirurgia de esterilização; 5. A composição do dano patrimonial e o nascimento indesejado como fato gerador do dever de alimentos; 6. A ponderação dos interesses contrapostos e o exame do nascimento indesejado como um dano moral passível de reparação; 7. Conclusão.

*Uma das armadilhas da infância é que não é preciso se entender
uma coisa para sentir. Quando a razão é capaz de entender o
ocorrido, as feridas no coração já são profundas demais.*

A Sombra do Vento - Carlos Ruiz Zafón

1. Introdução

A proliferação e a diversificação de novos danos, antes inimagináveis, hoje passíveis de dar ensejo a pedidos de indenização, mostram que os desafios – e os paradoxos – que emergem da responsabilidade civil contemporânea não são poucos, e demandam da doutrina e jurisprudência conhecimentos que transbordam o saber jurídico, exigindo também reflexões de ordem ética e filosófica.¹ Dentre esses novos danos, encontram-se as hipóteses de responsabilidade civil por nascimento de um filho indesejado, tema que, embora seja pouco explorado na doutrina, tem se mostrado bastante presente na jurisprudência pátria.

¹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 322.

A hipótese de maior repercussão nacional, que gerou a propositura de centenas de ações indenizatórias, ficou conhecida como ‘o caso das pílulas de farinha’ e ocorreu em 1998, quando um laboratório distribuiu por engano um lote de anticoncepcionais sem o princípio ativo, ocasionando a gravidez de várias mulheres que pensavam estar utilizando um método contraceptivo de grande eficiência. As numerosas ações propostas em face do Laboratório, levadas ao Judiciário, culminaram com a propositura de uma ação civil pública ajuizada pelo Estado de São Paulo juntamente com a Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor (PROCON) em face da empresa, chegando ao Superior Tribunal de Justiça em 2007, o qual acabou por negar seguimento ao recurso de apelação interposto pelo laboratório.²

Atualmente já são variadas as hipóteses, que sob maior ou menor influência da jurisprudência estrangeira,³ ganharam espaço nos tribunais brasileiros, por meio de ações que buscam indenizações pelo nascimento de um filho indesejado, fundadas também na ineficácia de cirurgias de esterilização (laqueadura e vasectomia), ou ainda na falha de outros métodos contraceptivos, tais como os implantes hormonais subcutâneos⁴ e os preservativos masculinos.⁵

O debate rumo à solução destes casos remete a uma questão mais profunda: a importância da delimitação do papel que a responsabilidade civil vem desempenhando na

² STJ, REsp 866.636/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 29.11.2007.

³ Um caso de nascimento indesejado que ganhou grande repercussão mundialmente ocorreu na Alemanha, onde um médico foi condenado a sustentar até a maioridade um bebê gerado depois que o tratamento de contracepção que ele ministrava à mãe não funcionou. O editorial do jornal alemão *Die Welt* qualificou como "perversa" a simples ideia de considerar que o nascimento de uma criança seja um prejuízo. "Mais do que a sugestão de que ele não era desejado por seus pais, ele (o bebê) tem agora a confirmação oficial de que nasceu por um erro". Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/reporterbbc/story/2006/11/061116_bebe_indenizacao_pu/>. Acesso em 20.03.2022.

⁴ Em acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais que reformou a decisão de primeiro grau que condenou uma ginecologista por suposta imperícia ao executar o procedimento de implante subdérmico na paciente, o desembargador vogal, que acompanhou o voto vencedor, fez questão de consignar que “jamais poderia entender que ter um filho seria um dano. É assustador! (...) E tem mais, dano, acho que haveria se esse processo chegasse ao conhecimento dessa criança”. Ressaltou ainda no voto vencedor que “os fundamentos alegados pela autora para que aferisse danos de natureza moral são eminentemente relativos aos prejuízos financeiros derivados de uma gravidez não esperada”. (TJMG, Apelação Cível 8108249-29.2002.8.13.0024, Rel. Des. Otávio Portes. Relator p/ o acórdão Des. Mauro Soares de Freitas. j. 12.07.2006).

⁵ O caso, que ficou conhecido como “o furo da camisinha”, teve a sentença de 1º grau - que havia condenado uma empresa fabricante de preservativos a pagar aos pais 100 salários mínimos a título de danos morais, além de pensão mensal para ajuda no custeio de seu filho, até a criança completar 21 anos - reformada pela segunda instância. No acórdão, um dos desembargadores externou: “No meu ponto de vista ético e moral, o que arrebatou aí não foi só uma camisinha, mas a dignidade moral de um ser humano. Mas isso é apenas um desabafo que faço porque a lei permite que esse tipo de ação seja proposta e nós somos obrigados a acatar a vontade da lei”. (TJMG. Ap. Cível nº 4146398-11.2000.8.13.0000, Rel. Eulina do Carmo Almeida. j. 27.05.2004).

atualidade. As transformações ocorridas no instituto,⁶ bem como a variedade de funções que este vem exercendo, evidenciam a necessidade de se realizar uma análise da disciplina dentro do atual contexto histórico-valorativo que ela se insere.⁷ Louis Josserand, em artigo publicado no Brasil em 1941, já afirmava que uma das causas essenciais das transformações constantes e aceleradas do direito da responsabilidade civil se deve ao fato de estarmos desprovidos de segurança material, o que nos faz procurarmos de mais a mais a segurança jurídica.⁸

Se, por um lado, as conquistas realizadas pelo direito da responsabilidade civil – uma primeira forma de tutela de interesses que se encontram à margem do direito positivado⁹ – conferiram maior proteção à pessoa humana, por outro, a ausência de critérios na concessão dos pedidos de dano moral, possibilitando que qualquer interesse seja associado à dignidade humana para fins de indenização, acarretam a própria inversão dos valores constitucionais,¹⁰ através da banalização do dano moral e da mercantilização das relações existenciais. Nesse sentido, assinala Gustavo Tepedino quanto à necessidade de se buscarem balizas que, fundadas nos princípios e valores constitucionais, “sirvam para unificar o sistema da responsabilidade, discriminando-se os chamados danos ressarcíveis e reconhecendo a irreparabilidade de inúmeros danos do cotidiano”.¹¹

Tal alerta não vem partindo apenas da doutrina, mas também do próprio Judiciário, que hoje admite grande dificuldade para estabelecer a equivalência entre o dano e o seu ressarcimento, principalmente diante do aumento exponencial da quantidade de processos

⁶ Tais como a adoção da teoria do risco, a aceção normativa da culpa, as hipóteses de presunção do nexo e a avalanche de novos danos. Estas mudanças são exploradas de forma profunda por SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007.

⁷ Como destaca Pietro Perlingieri, seria um “grave erro pensar que, para todas as épocas e para todos os tempos, haverá sempre os mesmos instrumentos jurídicos. É justamente o oposto: cada lugar, em cada época terá os seus próprios mecanismos”. (PERLINGIERI, Pietro. Normas constitucionais nas relações privadas. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 8, n. 1, 2019. Disponível em: <<http://civilistica.com/normas-constitucionais-nas-relacoesprivadas/>>. Acesso em 20.03.2022). No mesmo sentido HESPANHA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. 2. ed. Lisboa: Publicações Europa - América, 1998, p. 43 e seguintes.

⁸ JOSSERAND, Louis. *Evolução da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 86, n. 454, 1941, p. 52-53.

⁹ RODOTÀ, Stefano. Entrevista. *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 11, jul.-set. 2002, p. 287-288.

¹⁰ RODOTÀ, Stefano. *Il problema della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1967, p. 17.

¹¹ TEPEDINO, Gustavo. O futuro da responsabilidade civil. Editorial. *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 24, out.-dez. 2005, p. v. Disponível em: <<http://www.tepedino.adv.br/wpp/wp-content/uploads/2012/09/RTDC.Editorial.v.024.pdf>>. Acesso em 20.03.2022.

com pedidos de indenização por dano moral, que “abarrota”, todos os dias, os tribunais brasileiros.¹²

Nesse contexto, importante mencionar que o presente artigo, que tem como marco teórico da constitucionalização do direito civil, tem também como objetivo despertar no leitor a consciência da necessidade de uma reflexão ético-jurídica mais aprofundada sobre o tema em questão. A consagração da proteção da dignidade da pessoa humana como centro da nova ordem jurídica impõe ao intérprete e ao aplicador do direito a necessidade de uma diferenciação entre a tutela das situações jurídicas patrimoniais das existenciais, de modo a evitar que a lógica de proteção daquelas seja diretamente transplantada para estas, acarretando uma inadequação valorativa com relação aos interesses envolvidos.¹³

Sob esse prisma, as ações de responsabilidade civil por nascimento de um filho indesejado exigem uma análise criteriosa quanto aos interesses merecedores de tutela reparatória à luz dos ditames constitucionais, a fim de se perquirir que danos existem, quais devem ser suportados pela própria vítima e quais merecem ser reparados por outrem, bem como a natureza e extensão dos danos envolvidos na questão. Trata-se de ponderar os direitos fundamentais envolvidos no caso concreto, para que deste mecanismo possa emergir a solução que melhor tutele a dignidade da pessoa humana, eis que tal princípio maior proíbe, em qualquer hipótese, seja a pessoa humana reduzida à condição de objeto ou, ainda que minimamente, seja admitida, de alguma forma, a sua instrumentalização.¹⁴

De plano, constata-se que a solução não é simples: pode parecer razoável um pedido de indenização pelo nascimento totalmente inesperado de um filho, tendo em vista que

¹² Nesse sentido: “Depois de reconhecida a ocorrência do dano moral, segue-se a tarefa ‘extremamente difícil para o julgador’, nas palavras da ministra Nancy Andrighi, de quantificar o suficiente para compensar a vítima, sobretudo diante da ausência de critérios objetivos e específicos para o arbitramento de valores” (O método bifásico para fixação de indenizações por dano moral. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portals/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-10-21_06-56_O-metodo-bifasico-para-fixacao-de-indenizacoes-por-dano-moral.aspx/>. Acesso em 20.03.2022).

¹³ Segundo Gustavo Tepedino “há que se diferenciar, em primeiro lugar, as relações jurídicas patrimoniais das relações jurídicas existenciais, já que fundadas em lógicas díspares. Tal diversidade valorativa deve preceder, como premissa metodológica, à atividade interpretativa. A pessoa humana é o centro do ordenamento, impondo - se assim tratamento diferenciado entre os interesses patrimoniais e os existenciais. Em outras palavras, as situações patrimoniais devem ser funcionalizadas às existenciais” (TEPEDINO, Gustavo. O Direito Civil-Constitucional e suas Perspectivas Atuais. In: *Direito Civil Contemporâneo: Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional*, p. 364-365). Isso não quer dizer que “sempre será possível afirmar que uma relação jurídica é existencial ou patrimonial, pois não é raro que ambos os interesses estejam nela envolvidos. As situações jurídicas podem refletir interesses existenciais e patrimoniais ao mesmo tempo” (MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 47-48).

¹⁴ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 80.

medidas foram adotadas, justamente, para evitar uma gravidez indesejada; todavia, uma vez ocorrido o nascimento, já que o ordenamento jurídico brasileiro não permite o aborto a não ser em hipóteses excepcionais,¹⁵ seria razoável considerá-lo um dano e, sobretudo, um dano moral passível de reparação?

Ainda que a resposta seja afirmativa, também é imprescindível a identificação e ponderação, no caso concreto, de todos os interesses envolvidos na questão, uma vez que tais demandas não só abrangem os direitos dos pais, aos quais a Constituição brasileira conferiu o direito ao livre planejamento familiar, mas também os da criança já nascida, à qual o mesmo texto constitucional deu prioridade através de sua tutela integral, visando proteger sempre o seu melhor interesse (art. 227, CF).

Este estudo insere-se entre aqueles que visam contribuir para, a partir da análise dos problemas concretos, buscar traçar critérios fundados nos princípios constitucionais para a seleção dos interesses tuteláveis através do preenchimento de conteúdo valorativo de tais princípios e dos conceitos jurídicos, a fim de também alertar o Poder Judiciário da necessidade de se cumprir de forma efetiva a regra constitucional que determina a fundamentação das decisões judiciais. Daí reside, como ressalta Maria Celina Bodin de Moraes, a imprescindibilidade tanto dos estudos doutrinários acerca dos princípios como da fundamentação das decisões que deles se utilizam.¹⁶

Só assim, a partir de um esforço conjunto da doutrina e da jurisprudência, cabendo a cada um desenvolver seu efetivo papel será possível evitar essa verdadeira “loteria forense”¹⁷ que tem incentivado cada vez um maior número de ações baseadas na má-fé, na busca de um lucro fácil e no chamado “processo de vitimização”.¹⁸

¹⁵ “Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: Aborto necessário I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; Aborto no caso de gravidez resultante de estupro II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”. A decisão do STF em 2012 que julgou procedente o pedido, por maioria de votos, na ADPF n. 54 acrescentou nova modalidade que exclui a hipótese de crime de aborto quando se tratar de feto anencéfalos.

¹⁶ BODIN DE MORAES, Maria Celina. Perspectivas a partir do direito civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito Civil Contemporâneo: Novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 41.

¹⁷ BODIN DE MORAES, Maria Celina. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 52.

¹⁸ Esta ideia é explorada pelo filósofo TODOROV, Tzevan. *O homem desenraizado*. Rio de Janeiro: Record, 1999, p. 225. Ao visitar os Estados Unidos, afirmou: “Aqui podemos sempre procurar a responsabilidade dos outros por aquilo que não vai bem na vida. Se meu filho cai na rua, a culpa é da cidade, que não fez as calçadas planas o suficiente; se corto o dedo cortando a grama, a culpa é do fabricante de cortadores de grama. (...) Se não sou feliz hoje, a culpa é dos meus pais no passado, de minha sociedade no presente: eles não fizeram o necessário para o meu desenvolvimento. A única hesitação que posso ter é saber se para obter a reparação me volto para um advogado ou para um psicoterapeuta; mas, nos dois casos, sou uma pura vítima e minha responsabilidade não é levada em conta”.

2. Hipóteses de responsabilidade civil pelo nascimento indesejado

Tendo em vista que este estudo se propõe a análise das demandas de responsabilidade civil por nascimento indesejado no direito brasileiro em comparativo com a experiência estrangeira de Portugal, parece oportuno, desde logo, distinguirmos as diferentes hipóteses existentes.

De plano, podemos dividir as hipóteses em dois grandes grupos. O primeiro, encontrado na jurisprudência estrangeira, em especial nos Tribunais de Portugal, França e Estados Unidos, é composto por hipóteses de nascimento de uma criança com deficiência em países onde o aborto terapêutico é permitido e a anomalia poderia ter sido detectada pelos exames disponíveis na época do aconselhamento pré-natal.¹⁹ Já o segundo grupo engloba as demandas também presentes no direito brasileiro e é composto por hipóteses nas quais o nascimento de um filho indesejado decorre de uma falha do método contraceptivo adotado, que pode se dar em função de um defeito do produto utilizado (contraceptivos ineficazes ou preservativos defeituosos) ou da ineficiência de uma intervenção cirúrgica visando à esterilização.²⁰

Assim, como no Brasil não se verifica as hipóteses mencionadas no primeiro grupo, uma vez que o ordenamento jurídico pátrio veda o aborto terapêutico, pois na legislação brasileira o aborto é tipificado penalmente, só sendo permitido, em caráter excepcional, quando a gravidez é resultado de estupro ou quando a continuidade da gestação implica risco de morte para a mãe²¹ passamos à análise das hipóteses já encontradas no direito brasileiro, cujos fundamentos bastante diferem das hipóteses encontradas no primeiro grupo de demandas.²²

No direito brasileiro as demandas propostas por nascimento de um filho indesejado têm como fundamento duas hipóteses diversas: a falha do produto adotado como método contraceptivo ou a ineficácia de cirurgia de esterilização realizada. Nesses casos, é

¹⁹ Ações de indenização por “nascimento indevido” (*wrongful birth*) e “vida indevida” (*wrongful life*).

²⁰ Ações de indenização por “concepção indevida” (*wrongful conception*), reconhecido na jurisprudência portuguesa como um “dano de planeamento familiar”.

²¹ Vide nota 16.

²² Nesse sentido, foi julgada improcedente uma ação fundada na teoria do nascimento indevido pelo Tribunal de São Paulo (TJSP; Apelação Cível 0003035-30.2008.8.26.0020; Relator (a): Reinaldo Miluzzi; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 3ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 30/07/2012; Data de Registro: 01/08/2012).

importante observar que o pleito pela reparação dos danos decorre do nascimento de um filho saudável, porém não desejado naquele momento.

Ao examinar a jurisprudência brasileira, nota-se que, nas demandas propostas pelo nascimento de um filho indesejado, pleiteia-se, via de regra, a indenização pelos danos materiais suportados, que englobam não só os gastos realizados com a gravidez e com o parto, mas também os gastos futuros que a criação e sustento daquele filho não planejado irão acarretar. Postula-se, ainda, a reparação pelos danos morais sofridos em função do impacto causado por aquele nascimento não programado ao projeto de vida de quem julgava ter adotado métodos suficientemente eficazes para evitar uma gravidez.

Aqui também é importante diferenciar a hipótese do nascimento de um filho indesejado pela falha do produto, do nascimento de um filho indesejado em razão da ineficácia de uma cirurgia de esterilização, tendo em vista que a normativa aplicável difere em cada caso, influenciando a forma de responsabilização.

Já em Portugal, a questão da viabilidade das ações de indenização por “nascimento indevido” (*wrongful birth*), “vida indevida” (*wrongful life*) já foi analisada pelo Supremo Tribunal de Justiça em 2001,²³ 2013²⁴ e 2015,²⁵ no sentido de reconhecer a indenização aos pais pela frustração ao direito do aborto, porém sem indenizar o filho nascido com deficiência,²⁶ deixando de reconhecer o controvertido “direito de não nascer”.²⁷

3. O caso das pílulas de farinha e a gravidez indesejada por fato do produto

O “caso das pílulas de farinha”, como mencionado, ficou conhecido em 1998 quando surgiram as primeiras denúncias sobre mulheres que engravidaram após utilizar o mesmo anticoncepcional. As vítimas haviam comprado pílulas *Microvlar* de um lote produzido pelo laboratório *Schering* apenas para teste sem qualquer princípio ativo.

²³ STJ, de 19-jun.-2001 (PINTO MONTEIRO), Proc. n.º 01A1008. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/>>. Ver comentários ao julgado em PINTO MONTEIRO, A., 2001/2002. Direito a Não Nascer? - Anotação ao Acórdão do STJ de 19/06/2001. Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 134, p. 377 e seguintes.

²⁴ STJ, de 17-jan.-2013 (ANA PAULA BOULARÓT), Proc. n.º 9434/06.6TBMTS.P1.S1.

²⁵ STJ, de 12-mar.-2015 (HELDER ROQUE), Proc. n.º 1212/08.4TBCL.G2.S1.

²⁶ Inadmissibilidade da pretensão à “não existência” do filho, ou sua “existência indevida”.

²⁷ Ver mais em: CARNEIRO DA FRADA, Manuel. A própria vida como dano? Dimensões civis e constitucionais de uma questão limite, 2008, Ano 68-Vol. I. Disponível em: <http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo>; e MOTA PINTO, Paulo. Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida” (“*wrongful birth*” e “*wrongful life*”). Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde, 2007, Ano 4 - n.º 7, janeiro/junho.

A grande repercussão do caso na mídia nacional e as mais de 200 ações na época - propostas no Tribunal de Justiça de São Paulo²⁸ ensejaram a propositura de uma ação civil pública pelo Estado de São Paulo juntamente com o PROCON/SP em face do laboratório. O Tribunal de Justiça de São Paulo,²⁹ confirmou, por unanimidade de votos, a sentença que condenou o laboratório a pagar um milhão de reais pelos danos morais causados à coletividade. No caso em tela, ficou comprovado um defeito do produto, definido como um vício de qualidade, que atentou contra a saúde ou segurança das consumidoras, atingindo a sua integridade psicofísica.³⁰

Os julgados aplicaram a normativa disposta no art. 12 do Código de Defesa do Consumidor que reconhece a responsabilidade objetiva do fornecedor do produto, adotando a teoria do risco, importando apenas, para assegurar o ressarcimento, a verificação da ocorrência do fato e se dele emanou o prejuízo, comprovando assim a existência do nexo de causalidade entre ambos.³¹

É de se notar que, nas hipóteses que se referem ao caso das pílulas de farinha, os julgadores, em muitos casos, adotam uma presunção de causalidade entre o fato alegado e a gravidez, aceitando os fatos alegados pela parte autora como prova suficiente para conclusão de que a gravidez tenha decorrido da ineficácia do produto. Tal entendimento tem se fundamentado na impossibilidade, muitas vezes, da comprovação de que autora tenha efetivamente ingerido o contraceptivo oriundo do lote produzido sem princípio ativo, na ocasião do evento danoso. A divergência nesse ponto é marcante no STJ, pois enquanto a Terceira Turma³² vem adotando a flexibilização do nexo causal em suas decisões, a

²⁸ TJ condena laboratório a indenizar vítimas de "pílulas de farinha". Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u91830.shtml>>. Acesso em 30.03.2022.

²⁹ TJSP, Apelação Cível nº 9178823-09.2001.8.26.0000, 9ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. João Silveira Netto, j. 23.03.2004.

³⁰ Esclarece Antônio Herman Benjamin: "Como reflexo do desmembramento, em duas esferas, com que idealizamos o direito do consumidor, a teoria da qualidade nos termos da formulação que propomos - comporta dois aspectos distintos: a proteção do patrimônio do consumidor (com o tratamento dos vícios de qualidade por inadequação) e a proteção da saúde do consumidor (com o tratamento dos vícios de qualidade por insegurança). Logo, a teoria da qualidade tem um pé na órbita da tutela da incolumidade físico-psíquica do consumidor e outro na tutela de sua incolumidade econômica" (GRINOVER, Ada Pellegrini; HERMAN BENJAMIN, Antônio. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*, 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 40-41).

³¹ Art. 12 do CDC: "O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos".

³² Ver por todos o comentário ao Resp. 1.096.325/SP - Terceira Turma - Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 09.12.2008 de RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. O "caso das pilulas de farinha" como exemplo da construção jurisprudencial de um "direito de danos" e da violação positiva como "dano à pessoa". In:

Quarta Turma vem sendo bem mais rigorosa, entendendo muitas vezes pela insuficiência de provas.³³

Ademais, na maioria dos julgados, as autoras se limitam a apresentar como prova uma receita médica que prescrevia o uso daquele contraceptivo na época da ocorrência do evento danoso ou apenas uma prova testemunhal que confirmam que utilizavam produto com regularidade. Em decorrência da fragilidade das provas apresentadas, com frequência, constata-se nas decisões a presença de votos divergentes sobre a questão em julgamento.³⁴

Outro ponto que merece ser destacado é a diversidade de entendimentos encontrada nas decisões, que variam entre a improcedência do pedido, à parcial procedência apenas para condenar o autor do dano ao ressarcimento dos danos materiais, até a total procedência de ambos os pedidos, com a condenação a título de danos morais e patrimoniais.

Os fundamentos também variam no âmbito das ações julgadas improcedentes, sendo encontrados os seguintes argumentos: ausência de nexo causal pela ausência de comprovação da utilização das pílulas desprovidas de efeito ativo,³⁵ o fato do contraceptivo utilizado não oferecer a segurança de não engravidar, o que não faz dele produto defeituoso, pois o risco é inerente ao produto,³⁶ ou ainda que o resultado prometido não dependa apenas da eficácia do produto, mas do uso correto deste.³⁷

Por outro lado, nas ações julgadas parcialmente procedentes para tão somente ressarcirem os danos de natureza patrimonial, na sua grande maioria indeniza as despesas do parto, exames pré-natais, enxoval, além de pensão alimentícia para a criança até os 18 ou 21 anos completos. Já o argumento mais utilizado para a negativa da reparação dos

TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana. (coord.). *O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 273-302.

³³ Nesse sentido ver STJ, REsp 798.803/BA, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, j. 21.10.2010, DJe 11.11.2010.

³⁴ TJSP, Embargos Infringentes nº 9210419-40.2003.8.26.0000, Rel. Piva Rodrigues, 9ª Câmara de Direito Privado, j. 28/05/2007.

³⁵ TJRJ, 0206063-26.1998.8.19.0001, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Heleno Ribeiro P Nunes, j. 18.02.2009; TJRJ, 0151258-26.1998.8.19.0001, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Carlos Eduardo Moreira Silva, j. 30.01.2008; TJSP, Apelação Cível 0002088-31.2009.8.26.0443, Rel. Galdino Toledo Júnior, 9ª Câmara de Direito Privado, j. 08.04.2014; TJSP, Apelação Cível 9191833-13.2007.8.26.0000, Rel. Antonio Vilenilson, 9ª Câmara de Direito Privado j. 22.05.2012; TJMG, Apelação Cível 2.0000.00.504771-0/000, Rel. Des. José Amancio, j. 19.10.2005; TJMG, Apelação Cível 1.0625.04.038154-7/001, Rel. Des. Alberto Vilas Boas, 10ª Câmara Cível, j. 03.10.2006, entre outros.

³⁶ TJMG, Apelação Cível n.º 2.0000.00.415703-5/001, Rel. Des. Elias Camilo, j. 06.09.2006.

³⁷ TJMG, Apelação Cível n.º 2.0000.00.415703-7/000, Rel. Des. José Flávio de Almeida, j. 12.02.2004; TJRJ, 0159547-74.2000.8.19.0001, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Camilo Ribeiro Ruliere, j. 28.07.2009; TJRJ, 0058898-33.2002.8.19.0001, 11ª Câmara Cível, Rel. Des. Valeria Dacheux, j. 10.08.2009 e TJSP, Apelação Cível 9070116-34.2007.8.26.0000, Rel. Des. Francisco Loureiro, 4ª Câmara de Direito Privado, j. 30.07.2009.

danos morais refere-se à impossibilidade do nascimento de um filho, ainda que não desejado, gerar, por si só, um dano moral indenizável, mormente quando a única preocupação exposta pela parte autora reporta-se a questões de cunho patrimonial. Assim, alega-se que além das repercussões serem de ordem patrimonial, repugna a ética que o nascimento de um ser humano, ainda que indesejado, possa equivaler a uma dor moral.³⁸

Por fim, nas ações julgadas procedentes, o fundamento utilizado para a concessão da reparação dos danos morais requeridos, firma-se no entendimento de que não é o nascimento do filho indesejado que configura o dano moral, mas o impacto à liberdade de opção da mulher ou do casal que restou frustrada pela falha do produto utilizado.³⁹

4. A responsabilidade civil médica pela ineficácia de uma cirurgia de esterilização

Inúmeras também são as ações propostas em razão de uma gravidez indesejada em decorrência da ineficácia de uma cirurgia de esterilização (cirurgias de laqueadura e vasectomia). A demanda, dependendo do caso, vem sendo proposta em face do médico, do próprio estabelecimento médico ou de ambos. Tratando-se de responsabilidade civil médica, cumpre salientar que a jurisprudência, de forma majoritária, classifica as cirurgias de vasectomia e laqueadura como uma obrigação de meio,⁴⁰ sob o fundamento de que “a reversibilidade, ainda que em pequena porcentagem, pode ocorrer”.⁴¹

³⁸ Assim, fundamentou o relator: “A chegada de um novo filho traz, inegavelmente, consequências de ordem material e relativas à subsistência digna da família - providência que se repara com a condenação das apeladas nos danos materiais-, mas não é fato natural que fragilize o grupo familiar ou o desintegre, de modo a criar conflitos insuportáveis entre os que o compõem, mormente quando a criança nasce com plenas condições de saúde, conforme a espécie. Repugna à ética que o indesejado nascimento do segundo filho possa equivaler a uma dor moral como o falecimento de algum ente da família. A concepção e nascimento são dádivas de que deve usufruir o ser humano e não podem, com a devida vênia, guardar similitude com a angústia, o sofrimento e tudo aquilo que fere a alma dos homens e mulheres atingidos por um ato ilícito. Não reconheço, portanto, a existência do dano moral” (TJMG, Ap. Cív. n° 1.0625.04.038154-7/001, Rel. Des. Alberto Vilas Boas, j. 03.01.2006). No mesmo sentido, TJPR, 4ª Câmara Cível, Ap. Cív. n° 112.552-2. Rel. Des. Sydney Zappa, j. 13.05.2002.

³⁹ Em seu voto dispôs a Ministra Nancy Andrighi que: “A gravidez resultante da ineficácia do anticoncepcional trouxe, necessariamente, sentimentos positivos pelo surgimento de uma nova vida, porque o objeto dos autos não é discutir o dom da maternidade. Ao contrário, o produto em questão é um anticoncepcional, cuja única utilidade é a de evitar uma gravidez. A mulher que toma tal medicamento tem a intenção de utilizá-lo como meio a possibilitar sua escolha quanto ao momento de ter filhos, e a falha do remédio, ao frustrar a opção da mulher, dá ensejo à obrigação de compensação pelos danos morais” (STJ, REsp 866.636/SP. 3ª T. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 29.11.2007).

⁴⁰ “A relação entre médico e paciente é contratual, e encerra, de modo geral (salvo cirurgias plásticas embelezadoras), obrigação de meio, e não de resultado (...)” (STJ, 3 T., REsp 1051674, Rel. Min. MASSAMI UYEDA, j. 03.02.2009).

⁴¹ TJSP, 8ª Câmara de Direito Privado. Ap. Cív. n° 463.040-4/4-00. Rel. Des. Salles Rossij, j. 31.05.2007. No mesmo sentido, TJRJ, 0024746-17.2006.8.19.0001, Rel. Des. JOSE CARLOS VARANDA, 10ª Câmara Cível, j. 28.01.2009.

Esta classificação revela-se importante na análise da responsabilidade civil do médico para definir a quem caberá a prova da culpa no caso concreto. Conforme esclarece Fábio Konder Comparato:

Tratando-se de uma obrigação de meios, o devedor só será responsável na medida em que se provar não a falta de resultado (que não entra no âmbito da relação), mas a total ausência do comportamento exigido, ou um comportamento pouco diligente e leal. O ônus da prova incumbe, pois ao credor. (...) Já na obrigação de resultado, a problemática se simplifica, pois só se considera adimplida a prestação com a efetiva produção do resultado. A ausência deste constitui por si só o devedor em mora, cabendo-lhe o ônus da prova de caso fortuito ou força maior para se exonerar de responsabilidade.⁴²

Modernamente, a doutrina vem temperando esta distinção, principalmente, em razão da aplicação do princípio da boa-fé objetiva ao direito obrigacional, que impõe tanto ao devedor como ao credor deveres de cooperação no sentido de facilitar o cumprimento da obrigação. Sob esse prisma, ressalta Gustavo Tepedino que “(...) o resultado esperado pelo credor, mesmo nas chamadas obrigações de meios, não pode ser alheio o devedor”. E complementa:

O insucesso na obtenção do fim proposto, nas chamadas obrigações de resultado, não pode acarretar a responsabilidade *tout court*, desconsiderando-se o denodo do devedor e os fatores supervenientes que, não raro, fazem gerar um desequilíbrio objetivo entre as prestações, tornando excessivamente oneroso o seu cumprimento pelo devedor.⁴³

Nesse sentido, observam Carlos Nelson Konder e Pablo Rentería que “mesmo as obrigações de meios são direcionadas a produzir um resultado útil em favor do credor, idôneo a satisfazer o seu interesse em receber a prestação. O médico cumpre então a sua obrigação porque ofereceu um bom tratamento ao paciente”.⁴⁴ Ocorre, no entanto, que nestas obrigações o resultado se confunde com o próprio desempenho da atividade prometida pelo devedor, ou seja, o resultado é o próprio conteúdo da obrigação.⁴⁵

⁴² COMPARATO, Fábio Konder. Obrigações de meios, de resultado e de garantia. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 386. São Paulo: Revista dos Tribunais, dez. 1967, p. 26-35, p. 35.

⁴³ TEPEDINO, Gustavo. Responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, ano 3, n. 10, abr./jun. 2000, p. 41-75, p. 46.

⁴⁴ KONDER, Carlos Nelson; RENTERÍA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 1, n. 2, jul.-dez./2012. Disponível em: <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/45/31/>>. Data de acesso 01.04.2022.

⁴⁵ CRUZ, Gisela Sampaio da. Obrigações alternativas e com faculdade alternativa. Obrigações de meio e de resultado. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 170.

Parece importante ainda notar em sede de responsabilidade civil médica que “o regime das obrigações de meios não representa um enfraquecimento do vínculo obrigacional relativamente ao das obrigações resultado. O que sucede é que as primeiras comportam uma prestação cuja natureza é sensivelmente diferente da prestação das segundas”.⁴⁶ Assim, ainda que a obrigação seja de resultado, restando comprovada que a intervenção médica foi realizada observando a prática adequada, não há dever de indenizar por inexistir conduta culposa do profissional, como exige o §4º do art. 14 da legislação consumerista.⁴⁷

Portanto, como ressaltado, a importância prática desta distinção está no ônus da prova da culpa, pois nas obrigações de resultado a culpa se presume sempre que o resultado não é alcançado. Assim sendo, cumpre ao médico fazer esta prova, podendo ser ela elidida com a comprovação de uma causa diversa para o resultado, que não o seu ato médico. Já nas obrigações de meios, como não há presunção de culpa, o ônus da prova cabe ao paciente, que deve provar a culpa do médico, demonstrando que este não agiu com a devida diligência.

Sob esse prisma, cabe destacar que a presunção de culpa adotada pelo regime de responsabilidade nas obrigações de resultado não se confunde com a responsabilidade objetiva, já que em termos práticos,

(...) o médico, que assume obrigação de resultado, pode livrar-se de responder pelos danos oriundos do descumprimento - caracterizado pela não obtenção do resultado prometido ao paciente mediante prova da ausência de culpa, demonstrando, desse modo, que tenha procedido com a diligência e perícia requeridas no caso em espécie, o que seria inadmissível caso a sua responsabilidade fosse, de fato, objetiva.⁴⁸

Nesse contexto, observa Miguel Kfoury Neto:

⁴⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *Obrigações de meios, de resultado e de garantia*. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 386. São Paulo: Revista dos Tribunais, dez. 1967, p. 33.

⁴⁷ Art. 14, §4º do CDC: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.

⁴⁸ Como resalta Pablo Renteria, “a confusão se reproduz, de modo preocupante, na jurisprudência, na qual se encontram decisões que, não obstante examinarem no caso concreto a culpa do devedor, invocam, como fundamento, o caráter objetivo da responsabilidade nas obrigações de resultado”. Nesse sentido, destaca decisão do Superior Tribunal de Justiça adotada por unanimidade de votos que, ao examinar a responsabilidade do laboratório de exames médicos, declarou a natureza objetiva da responsabilidade, com base no Código de Defesa do Consumidor, muito embora tenha se baseado na existência de erro no diagnóstico fornecido ao paciente para conceder a indenizar ao paciente. (STJ, REsp 594.962, 3º T., Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 09.11.2004). (RENTERIA, Pablo. *Obrigações de meios e de resultado: análise crítica*. São Paulo: Método, 2011, p. 89).

Na prova da culpa médica, consoante se depreende dos acórdãos dos nossos tribunais, parte-se quase sempre de uma premissa que assume visos de axioma: a obrigação assumida pelo médico é de meios, não de resultado. As consequências dessa afirmativa são as seguintes: a) o médico não se responsabiliza pelo insucesso da terapia, caso tenha utilizado todos os meios disponíveis e, ainda assim, a cura não tenha ocorrido; b) a prova da culpa do médico é atribuída àquele que busca a indenização (a própria vítima ou seus familiares); c) exatamente por se vincular a uma obrigação de meios, quase sempre milita em favor do médico uma presunção de que o dano teria ocorrido de qualquer modo, desencadeado por uma causa inteiramente alheia à vontade do profissional e superior às forças deste, para tentar evitá-la.⁴⁹

Com efeito, o simples fato de a obrigação ser de meio, não significa que outros fatores não devam ser analisados no caso concreto para a caracterização do dever de indenizar, haja vista que sejam as obrigações de meios ou de resultado, ao médico são impostos deveres anexos pela incidência do princípio da boa-fé objetiva. É sob esse enfoque que nas cirurgias de vasectomia e laqueadura o médico vem sendo responsabilizado quando provado o descumprimento do dever de informação, ou seja, quando não há comprovação de que ao paciente foram esclarecidas todas as cautelas que seriam necessárias no período pós-operatório, uma vez que o êxito dessas cirurgias não é automático, requerendo um tempo para sua sedimentação durante o qual deverá ser adotado algum método contraceptivo.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já entendeu que o preenchimento de um simples questionário não é suficiente para advertir o paciente dos riscos e consequências do procedimento aceito, motivo pelo qual restou configurada a omissão do agente.⁵⁰ A luz dessas considerações, percebe-se a importância da definição dos deveres inerentes à atividade médica,⁵¹ a fim de se objetivar os standards de conduta da atuação médica e nortear o julgador na investigação da culpa no caso concreto.

Contudo, quando a falha do serviço tenha ocorrido unicamente em razão da má prestação dos serviços médicos, faz-se imprescindível a comprovação do erro médico do

⁴⁹ KFOURI NETO, Miguel. *Culpa Médica e Ônus da Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 227-231.

⁵⁰ STJ, 3ª T., REsp nº 675.288. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. j. 03.06.2005.

⁵¹ Gustavo Tepedino enquadra os deveres inerentes ao médico em três categorias centrais: a) o dever de fornecer ampla informação quanto ao diagnóstico e ao prognóstico; b) o emprego de todas as técnicas disponíveis para a recuperação do paciente, aprovadas pela comunidade científica e legalmente permitidas; c) a tutela do melhor Interesse do enfermo em favor de sua dignidade e integridade física e psíquica. (TEPEDINO, Gustavo. Responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, ano 3, n. 10, abr./jun. 2000, p. 41-75).

preposto da ré para que haja o dever de indenizar, cabendo a ela ação regressiva em face deste, quando a demanda for proposta somente em face do hospital, como vem prevalecendo na jurisprudência.⁵²

Feita a análise das hipóteses de responsabilidade civil por nascimento indesejado, segue-se para a investigação quanto ao ressarcimento e natureza dos danos envolvidos na questão.

5. A composição do dano patrimonial e o nascimento indesejado como fato gerador do dever de alimentos

Como se sabe, a noção jurídica de dano patrimonial envolve os danos emergentes e os lucros cessantes, empregando-se, assim, “um conceito comum para abranger estas duas realidades que constituem as chamadas ‘facetadas’ do dano patrimonial”.⁵³

O art. 403 do Código Civil dispõe que na inexecução resultante de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem o que se perdeu (dano emergente) e o que se deixou de ganhar (lucros cessantes) “por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”.

Normalmente o dano emergente é visto como o que efetivamente se perdeu. Mas, como alerta Judith Martins-Costa, “não é apenas isto, não é apenas a diminuição do ativo: é também o aumento do passivo, a ausência de ganhos da qual se ressentiu o lesado pelo efeito do dano injusto. (...) Portanto, a diminuição do ativo e o aumento do passivo integram a ideia de dano emergente”.⁵⁴

Já os lucros cessantes podem ser definidos como o não aumento do patrimônio, isto é, a frustração de um ganho. Pontes de Miranda destaca que na determinação dos lucros cessantes, “tem-se de considerar todo ganho ou lucro frustrado pela ocorrência do fato ilícito. Frustrado é o ganho ou lucro que seria de esperar-se, tomando-se por base o curso normal das coisas e as circunstâncias especiais, determináveis, do caso concreto”.⁵⁵

⁵² TJSC, Ap. Civ. n° 2004.010866-4. Rel. Des. Vanderlei Romer, j. 24.06.2004; TJRJ, 0036778-45.2006.8.19.0004, Rel. Des. Ronaldo Rocha Passos, 3ª Câmara Cível, j. 18.11.2008.

⁵³ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros Cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 52-53.

⁵⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Do inadimplemento das obrigações (arts. 389 a 420). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. (coord.). *Comentários ao novo Código*. v. 5, tomo II, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 326.

⁵⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Tratado de direito privado*. tomo XXVI. Campinas: Bookseller, 2003, p. 74.

No ressarcimento dos danos patrimoniais nas ações de responsabilidade civil por nascimento indesejado, raramente tais verbas são definidas corretamente, pois embora, em regra, estas envolvam somente um dano emergente consistente nos gastos com a gravidez (exames pré-natais, enxoval e o parto propriamente dito); com frequência, há também a condenação definida como lucros cessantes, consistente na pensão destinada ao filho não programado, a título de alimentos.

Percebe-se que não obstante a quantificação do dano patrimonial se realizar através de uma simples operação de soma e diminuição, a questão referente à distinção entre ‘dano emergente’ e ‘lucro cessante’ ainda continua a desafiar a argúcia dos juristas. Nas hipóteses a seguir, constata-se que na verba fixada a título de danos patrimoniais, normalmente não há separação entre o dano emergente e os lucros cessantes, isto quando não englobam equivocadamente a obrigação alimentar dentro de uma dessas facetas. Aliás, em relação à pensão alimentícia fixada como ajuda de custo no sustento do filho não planejado, a situação parece ainda mais crítica, ficando ao puro arbítrio do julgador que, na ausência de critérios, acaba limitando-se ao tão esvaziado ‘princípio da razoabilidade’.⁵⁶

Ainda em relação à fixação de pensão destinada ao filho, cumpre destacar que, embora no Brasil a grande maioria das decisões que julga procedente o pedido de indenização pelos danos patrimoniais também determine o pagamento de pensão a título de alimentos, tal condenação é motivo de grandes controvérsias em outros países, pelo fato de se tratar de uma obrigação inerente ao poder familiar que, como tal, possui caráter irrenunciável e intransferível.⁵⁷

Outra crítica que vem sendo feita pela jurisprudência estrangeira refere-se ao fato de a condenação ao pagamento de pensão alimentícia não poder ser fixada sem considerar como fator redutor os benefícios que este filho também proporcionará aos seus pais ao longo de sua vida. Nesse sentido, o Parlamento do Reino Unido já pronunciou o

⁵⁶ Gisela Sampaio da Cruz Guedes destaca a necessidade da concretização do princípio da razoabilidade, desenvolvendo em seu estudo o postulado da razoabilidade em três vertentes: razoabilidade como equidade, razoabilidade como congruência, razoabilidade como equivalência (*Lucros Cessantes*, cit., p. 236-244). Adverte Maria Celina Bodin de Moraes que “o emprego puro e simples de um assim chamado princípio da razoabilidade, que, neste caso, pouco mais é do que um sinônimo para a expressão ‘bom-senso’, não é suficiente para fundamentar a reparação do dano”. (*Danos à pessoa humana*, cit., p. 190).

⁵⁷ Alguns países como a Espanha rechaçam este tipo de indenização ao argumento de que a obrigação alimentar possui um caráter irrenunciável e intransferível, inerente ao Poder Familiar. (Miquel; Solé i Feliu, Josep. *Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos*. Girona, julho de 2001. Disponível em: <<https://indret.com/anticoncepciones-fallidas-e-hijos-no-previstos/>>. Data de acesso 05.04.2022). Outros, como os Estados Unidos, levam em conta no cálculo da quantia indenizatória não só o custo dos alimentos gastos com o filho, mas também os benefícios que este filho poderá proporcionar aos seus pais ao longo de sua vida. (DOBBS, Dann W. *The Law of Torts*, West, St. Paul Minn., 2000, p. 796).

entendimento de que “diante da dificuldade de se valorar tais benefícios, deve-se optar pela negação da indenização referente pensão alimentícia à criança”.⁵⁸

É de se notar que embora tal obrigação seja decorrente nos casos de nascimento indesejado de um ato ilícito, não se pode ignorar que o dever de sustento dos filhos tem fundamento no poder familiar. De fato, o que importa é a finalidade a ser atingida, qual seja: o sustento do filho. Assim, levando-se em conta os princípios constitucionais informadores do direito de família, não tendo os pais condições de provê-lo sem sacrificar seu sustento e o de sua família, entende-se cabível, levando-se em conta a incidência dos princípios da solidariedade social e do melhor interesse da criança, a fixação de verba alimentar para o filho. Por esse motivo, a análise do caso concreto é fundamental para se avaliar as necessidades da criança dentro do contexto familiar no qual ela se insere a fim de se perquirir as reais condições sociais em que vive sua família. Todavia, o que se constata na jurisprudência brasileira é a fixação de pensões sem qualquer critério, muitas vezes sequer há exigência de comprovação da impossibilidade dos pais ao cumprimento de tal obrigação inerente ao poder familiar.

Outro problema refere-se à verba destinada à mãe que deixou de trabalhar durante a gravidez e o período de amamentação, que embora tenha natureza de lucros cessantes, é muitas vezes embutida no âmbito da verba alimentar destinada à criança, o que dificulta sobremaneira a identificação das parcelas indenizatórias a título de danos patrimoniais, principalmente para fins de impugnação pela parte condenada.

É certo, que deveria o julgador atentar para o tipo de atividade desempenhada pela mãe, já que a referida verba só teria cabimento quando se tratar de profissionais liberais, que só auferem renda enquanto trabalham, ou ainda aqueles que transitam no mercado informal, bem como nas hipóteses em que o trabalhador não possui relação empregatícia regular. Nas demais hipóteses, tal verba destinada à mãe impossibilitada de exercer seu trabalho em razão da gravidez e da de amamentação, estaria garantida pelo direito à licença maternidade, não sendo, portanto, cabível tal condenação.

Tal equívoco foi cometido em decisões que, embora tenha dado apenas parcial provimento ao pedido, excluindo a verba requerida a título de danos morais ao argumento de que “o nascimento de um filho, ainda que não planejado, não caracteriza, por si só, o dano moral indenizável, mormente quando a única preocupação exposta se refere a

⁵⁸ Disponível em: <<https://publications.parliament.uk/pa/ld199900/ldjudgmt/jd991125/macfar-6.htm>>. Data de acesso 05.04.2022.

questões financeiras”,⁵⁹ manteve a condenação a título de danos materiais, confirmando a pensão mensal fixada em quatro salários-mínimos. Confira-se:

tal valor mostra-se adequado para os fins a que se destina, não se podendo levar em consideração somente os rendimentos atuais da família, mas permitir que o filho gerado contra a vontade dos pais tenha uma garantia de criação digna e sem grandes dificuldades financeiras. E, para o atendimento a todas as necessidades previstas na sentença, é bastante razoável o valor estabelecido, já que não é irrisório, como o proposto pela apelante (um salário mínimo), nem é excessivo, de modo a representar enriquecimento sem causa.⁶⁰

Como se vê, limitam-se os julgadores a invocar a “razoabilidade” da verba arbitrada, não levando em conta a condição social da família em que a criança pertence, mesmo tendo a autora afirmado, como se verifica da leitura do relatório e do voto, que esta “não tinha intenção de ter mais filhos por causa da sua situação financeira, considerando que já tem um filho e seu companheiro também tem filhos a antiga companheira e ajuda no sustento destes”.⁶¹ Ou seja, sem demandar maiores esforços, poderiam os julgadores ter ao menos considerado os gastos que os autores dispõem com seus outros filhos, já que possuíam parâmetros concretos para a fixação da verba alimentar de acordo com a condição social em que vivia a família.

Tal constatação demonstra que as decisões além de arbitrarem pensões sem qualquer relação com a realidade do caso concreto, fixam seu valor de forma arbitrária e sem preocupação com a extensão do dano sofrido, o que em matéria de dano patrimonial é inadmissível, já que sua finalidade é apenas recompor o efetivo prejuízo e nada mais, “já que indenizar, etimologicamente significa tornar sem dano”.⁶²

Dessa forma, ainda que se admita, a luz dos preceitos constitucionais, que a fixação de verba alimentar para o sustento da criança indesejada passa a ser de responsabilidade do causador do dano, quando os pais não possuem possibilidade de provê-la, tratando-se de verba alimentar é imprescindível a aplicação do que determina o parágrafo primeiro do art. 1.694 do Código Civil de 2002, que exige na fixação dos alimentos a comprovação das necessidades do reclamante.

⁵⁹ TJPR, Ap. Civ. n° 112.552-2, Rel. Des. Sydney Zappa, j. 13.05.2002.

⁶⁰ TJPR, Ap. Civ. n° 112.552-2, Rel. Des. Sydney Zappa, j. 13.05.2002.

⁶¹ TJPR, Ap. Civ. n° 112.552-2, Rel. Des. Sydney Zappa, j. 13.05.2002.

⁶² MARTINS-COSTA, Judith. Entendendo problemas médico-jurídicos em ginecologia e obstetrícia. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 831, jan. 2005, p.113-114.

6. A ponderação dos interesses contrapostos e o exame do nascimento indesejado como um dano moral passível de reparação

Não obstante ser o dano considerado elemento essencial da responsabilidade civil,⁶³ não basta a sua existência para que haja o dever de indenizar, já que nem todos os danos são passíveis de reparação, o dano passa a agregar um elemento qualificador, necessitando, para que seja ressarcível, que seja também qualificado como injusto. A noção de injustiça do dano, segundo Massimo Bianca,⁶⁴ já foi objeto de debate doutrinário que se cindiu em duas correntes: de um lado, a que a identificava com a antijuridicidade, ligando-a a violação de um direito ou de uma norma, e, de outro, os que a associavam à lesão de um interesse merecedor de tutela.⁶⁵ A tese mais tradicional definia a injustiça do dano como a lesão aos direitos absolutos típicos, como os direitos reais e os direitos da personalidade. Posteriormente, tal opinião foi objeto de críticas, influenciada pela doutrina da tutela externa do crédito, no qual o termo “injusto” indicaria a lesão a qualquer direito, absoluto ou relativo.⁶⁶ Mais modernamente, procurou-se desvincular a ideia de injustiça da concepção de antijuridicidade, não mais pressupondo a lesão de um direito absoluto ou relativo, mas sim a lesão a um interesse de fato por meio de critérios amplos que englobassem também outros interesses dignos da tutela jurídica.

Neste contexto, a doutrina adotou diferentes critérios para averiguação dos interesses merecedores de tutela como forma de caracterização do dano como injusto, tais como: quando provocado por um ato não autorizado por uma norma, a lesão a um princípio digno de tutela segundo o princípio da solidariedade social⁶⁷ e através da valoração comparativa entre os interesses em jogo, segundo os princípios constitucionais,⁶⁸ entre outros. Díez-Picazo assinala que para se delimitar os danos ressarcíveis, é preciso encontrar no ordenamento jurídico um sistema de proteção ou valoração de acordo com os bens constitucionalmente protegidos.⁶⁹ Em doutrina, percebe-se a ênfase conferida à importância da elaboração de critérios de seleção dos interesses merecedores de tutela reparatória, como esclarece Maria Celina Bodin de Moraes:

⁶³ AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. 11. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 969.

⁶⁴ BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*. Milano: Giuffré, 1995, v. 5. p. 584.

⁶⁵ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana*. cit., p. 177-178.

⁶⁶ BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*. cit., p. 584/585.

⁶⁷ RODOTA, Stefano. *Il problema della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1964, p. 79.

⁶⁸ ALPA, Guido. *Il problema della atipicità dell'illecito*. Napoli: Jovene, 1979, p. 245.

⁶⁹ DÍEZ-PICAZO, Luis. *Derecho de daños*. Madrid: Civitas, 1999, p. 296-297.

(...) o dano será injusto quando, ainda que decorrente de conduta lícita, afetando aspecto fundamental da dignidade humana, não for razoável, ponderados os interesses contrapostos, que a vítima dele permaneça irressarcida.⁷⁰

Nesse contexto, assume grande relevância, na análise do caso concreto, avaliar se será razoável ou não que a vítima suporte os prejuízos causados, uma vez que a mudança de foco do ato ilícito para o dano injusto impõe uma releitura da obrigação de indenizar consoante a ótica personalista e solidarista estabelecida no texto constitucional.

Por outro lado, considerando-se os interesses contrapostos, pode-se concluir que, em determinadas hipóteses, seja mais razoável que a vítima suporte os prejuízos causados pelo dano em questão. Como se pode notar, o processo em torno do ressarcimento do dano envolve duas etapas: a identificação do evento danoso, visando perquirir se os interesses envolvidos na questão são merecedores de tutela reparatória à luz dos preceitos constitucionais; e a delimitação de sua natureza e extensão, para fins de quantificação.

Todavia, diante da instabilidade que ainda se encontram tanto a conceituação como o arbitramento do dano moral no direito brasileiro, a motivação das decisões judiciais assume nesses casos fundamental relevo, a fim de se reduzir o alto nível de subjetivismo ainda constante nas decisões. É certo que “quanto mais justificada for a sentença, menos distorções serão evidenciadas de tribunal para tribunal”.⁷¹ Sob esta perspectiva, adota-se neste trabalho a corrente capitaneada por Maria Celina Bodin de Moraes que conceitua o dano moral como “a lesão a qualquer dos aspectos da dignidade humana, que se encontra fundada em quatro substratos que, reunidos, a corporificam: os princípios da igualdade, da integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade”.⁷²

Toda e qualquer circunstância que atinja o ser humano em sua condição humana, que (mesmo longinquamente) pretenda tê-lo como objeto, que negue sua qualidade de pessoa, será automaticamente considerada violadora de sua personalidade e, se concretizada, causadora de dano moral.⁷³

É preciso ainda ressaltar que os critérios adotados no arbitramento do dano moral devem se limitar às condições pessoais da vítima e à extensão do dano, o qual merece ser integralmente reparado, conforme dispõe o caput do art. 944 do Código Civil,⁷⁴ expressamente determina que a indenização seja medida pela extensão do dano e nada

⁷⁰ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana*. cit., p. 179.

⁷¹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana*. cit., p. 333-334.

⁷² BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana*. cit., p. 327.

⁷³ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana*. cit., p. 188.

⁷⁴ Art. 944, CC: “A indenização mede-se pela extensão do dano”.

mais, demonstrando que para fins de quantificação o único critério adotado é o dano sofrido pela vítima.

Em relação ao caráter punitivo-pedagógico atribuído ao dano moral, assinala-se que embora se trate de uma figura que não faz parte da tradição dos países de ordenamento jurídico de origem romano-germânica, tem ela sido utilizada reiteradamente pela jurisprudência pátria como incremento da reparação do dano moral. Principalmente nas ações referentes ao “caso das pílulas de farinha”. Essas decisões normalmente baseiam-se em dois principais fundamentos: reparar o dano moral sofrido pela mãe ou pelos pais, com fundamento na violação ao livre planejamento familiar do casal⁷⁵ e prevenir/punir o causador do dano, a fim de que ele não mais repita a conduta praticada.⁷⁶

A importação dos *punitive damages* dos países da common Law para o direito brasileiro, deve ser levado em conta que tal instituto é aplicado como uma verba separada a título de punição, e não incorporada à verba para reparar o dano moral, como tem sido feito pela jurisprudência pátria. Este é um dos motivos que, em doutrina, tem-se ressaltado que a forma de aplicação dos *punitive damages* no Brasil vem acarretando mais problemas do que soluções,⁷⁷ pois ao arbitrar-se um valor com a intenção de punir o agente causador do dano, o que se faz é atribuir um *plus* ao dano realmente sofrido, desvirtuando a própria função da responsabilidade civil.

É certo que nas hipóteses aqui estudadas não se pode ignorar, uma vez que medidas foram adotadas para evitar uma indesejada gravidez, que o nascimento de um filho totalmente inesperado é capaz de causar transtornos na vida daqueles que pelo menos por

⁷⁵ Nesse sentido ver por todos o comentário ao acórdão REsp 1.096.325/SP. RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. O “caso das pílulas de farinha” como exemplo da construção jurisprudencial de um “direito de danos” e da violação positiva como “dano à pessoa”. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana. (coord.). O Superior tribunal de Justiça e a reconstrução do Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 273-302.

⁷⁶ Assim, fundamentou o Tribunal de Justiça de São Paulo que “O dano moral repousa em frustrar a opção dos pais em não ter filhos (ou mais filhos, como sucedeu aqui), e a gravidez não pretendida por eles traz, particularmente à mulher, grave interferência no seu campo psíquico, e de variados modos rompe a tranquilidade espiritual, certo ademais que a cominação de indenizar dano moral volta-se ainda a estimular o infrator a melhor conduta no futuro, não repetindo atos ilícitos como o dos presentes autos”. (TJSP, Ap. Civ. nº 204.462.4/0. 9ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Marco César. j. 23.03.2004).

⁷⁷ Para uma abordagem profunda sobre a problemática da aplicação dos *punitive damages* no direito brasileiro ver BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Punitive damages* em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v. 5. n. 18, abr./jun. 2004, p. 45-78. Ainda sobre o tema: TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. As penas privadas no direito brasileiro. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (orgs.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 499-525.

ora não desejavam ser pais.⁷⁸ Contudo, não obstante ser facilmente demonstrável as consequências de ordem patrimonial relativas à subsistência da família,⁷⁹ advindas do nascimento de um filho não programado, não parece evidente que, ocorrido o nascimento, este possa, acriticamente, ser considerado um dano moral passível de reparação.⁸⁰

A dificuldade em relação ao tema analisado neste estudo já fora destacada por Geneviève Viney, que a justifica no fato de a questão ser mais do que jurídica fundamentada em uma base ética e moral. Como ressalta a autora, o recurso à moral parece indispensável ao mesmo tempo para afirmar simbolicamente o valor intrínseco da vida e de sua superioridade sobre as razões pessoais da mãe e para poupar a criança, que poderá vir a descobrir a verdade mais tarde, constatando que para seus pais era nada mais que um ‘prejuízo’ do qual procuraram ser indenizados depois de haver tentado em vão dele se desfazer.⁸¹

Constata Bruno Betellheim, em sua famosa obra ‘Uma vida para seu filho’, que a prática da psiquiatria tem como principal objetivo na atualidade “aliviar a angústia daqueles que sofrem por não terem experimentado essa solidariedade social dentro de sua família”.⁸² Ressalta o autor que apenas a solidariedade da família torna a individualização emocionalmente segura, destacando a incapacidade da segurança que a sociedade possa vir

⁷⁸ LEWICKI, Bruno Costa. O homem construtível: Responsabilidade civil Reprodução Assistida. In: BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETTO, Vicente de Paulo (orgs.). *Temas de Bioética e Biodireito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 142-143.

⁷⁹ Nesse sentido, Paulo Mota Pinto exclui, nestes casos, os danos não patrimoniais sofridos pelos pais com o nascimento da criança indesejada. Se a criança é saudável, o desejo de não ter sido pai ou mãe não releva juridicamente. O “dano do planejamento familiar” abrange, para o autor, as perdas patrimoniais associadas ao sustento da vida indesejada (ainda que saudável). O que se excluiu são os danos não patrimoniais fundados “tão-só no nascimento de uma criança saudável”. (MOTA PINTO, Paulo. Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida”. (wronful birth e wrongful life), *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais – Estudos*, 2018, 766 e ss.).

⁸⁰ Mesmo porque a proteção dos interesses patrimoniais da família não se mostra suficiente para a configuração de um dano moral passível de reparação, já que, não raro, se verifica nas hipóteses de responsabilização por nascimento indesejado que o fundamento para a compensação pelos danos morais alegados se baseia em questões de ordem financeira, transpondo-se, equivocadamente, a lógica e a dogmática das relações patrimoniais às existenciais. Assim, Gustavo Tepedino observa: “Disto tudo decorre a necessidade de construção de uma nova dogmática do direito privado com coerência axiológica. Para tanto, na construção desta dogmática, há de se diferenciar, em primeiro lugar, as relações jurídicas patrimoniais das existenciais, já que fundadas em lógicas dispares. Tal diversidade valorativa deve preceder, como premissa metodológica, à atividade interpretativa. A pessoa humana é o centro do ordenamento, impondo-se assim tratamento diferenciado entre os interesses patrimoniais e os existenciais. Em outras palavras, as situações patrimoniais devem ser funcionalizadas à existenciais”. (O Direito Civil-Constitucional e suas Perspectivas Atuais. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito Civil Contemporâneo: Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional*, São Paulo: Atlas, 2008, p. 364-365).

⁸¹ VINEY, Genevieve; JOURDAIN, Patrice. *Traité de droit civil*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1998, p. 13.

⁸² BETTELHEIM, Bruno. *Uma vida para seu filho*. Trad. Maura Sardinha e Maria Helena Geordene. Rio de Janeiro: Campus, 1988, p. 314-315.

a propiciar como substituta da segurança adquirida pela solidariedade familiar, já que aquela “não pode nos dar segurança interior, nem calor emocional e bem-estar, nem respeito próprio, nem um sentimento de que as coisas valem a pena, pois somente os pais podem dar tudo isso ao filho. (...) Na exata medida em que nos sentimos valorizados por aqueles que são importantes em nossa vida, sentimo-nos verdadeiramente seguros”.⁸³ Justamente por este motivo, ainda que no caso concreto possa vir a se entender quanto à existência de um dano patrimonial indenizável, o mesmo não se pode afirmar de forma pacífica em relação à reparação do dano moral.⁸⁴

O raciocínio que se verifica em algumas decisões de que o dano moral não é o nascimento do filho indesejado, mas o impacto ao projeto parental da mulher ou do casal, o que também não parece ser suficiente para pôr fim à problemática suscitada, destinando-se mais a encobrir do que descortinar todos os interesses envolvidos e que devem ser ponderados na questão. Nesses *hard cases*, é que o método subsuntivo mostra a sua insuficiência de forma mais evidente, especialmente quando uma situação concreta enseja a aplicação de normas de mesma hierarquia que, se consideradas isoladamente, poderiam gerar soluções diferenciadas, como na questão ora analisada.⁸⁵

Por essa razão, aqui é fundamental destacar que a relação de tensão entre os bens garantidos constitucionalmente não pode ser resolvida priorizando absolutamente um em detrimento de outro, mas por meio de uma ponderação dos interesses opostos a fim de verificar qual o interesse de maior peso no caso concreto.⁸⁶

Percebe-se que o grande desafio que a questão encerra é o de conciliar a tutela do direito ao livre planejamento familiar dos pais⁸⁷ com a proteção da integridade psíquica do

⁸³ Ibidem.

⁸⁴ Sobre a possibilidade de alguém pleitear indenização pelo simples fato de ter nascido, após ter proferido uma palestra na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, o professor Pietro Perlingieri ao ser indagado respondeu: “Não acredito que isso possa ser considerado um dano. Mas temos de fazer um esforço maior ainda. (...) O dano também pode ser consequência de uma atividade lícita, porque ela cria grandes dificuldades, grandes problemas à vítima. (...) O interesse pode viver até prescindindo do titular de direitos, Dal é um valor. Precisamos, então, ver se este valor da pessoa tem que ser balanceado com outro valor”. (Normas constitucionais nas relações privadas. In: Revista da faculdade de direito da UERJ, n. 6, 1998, p. 63-64).

⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 345-346.

⁸⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 90.

⁸⁷ Art. 226, §7º, CF: “Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e

filho gerado, o que só é possível mediante a técnica da ponderação, de grande utilidade nos casos de colisão de interesses fundada em princípios constitucionais, e que vem se mostrando essencial para se verificar que princípio concretamente deverá preponderar na promoção da dignidade humana.

A Constituição da República, em seu art. 226, §7º, dispõe que o planejamento familiar é de livre decisão do casal, desde que pautado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Tal princípio impõe o dever de o Estado atuar na matéria relativa ao projeto parental, não como uma intromissão na vida do casal, mas promovendo políticas de saúde efetivas para que a paternidade e a maternidade responsáveis sejam exercidas, de forma livre, por todos aqueles que decidem trazer à vida, um novo ser.

Com efeito, é nesse âmbito que em regra se encontra a autonomia existencial que preenche a concepção de liberdade acerca do livre planejamento familiar tutelada pelo texto constitucional. Todavia, como qualquer direito, este não é absoluto, encontrando seu limite justamente nas hipóteses em que a sua tutela repercute diretamente na esfera de terceiros, como nas demandas ora em análise, já que nessas não se pode ignorar a proteção dos direitos dos filhos, já envolvidos na questão.

A racionalidade da ponderação decorre da possibilidade de se fazer uma fundamentação racional das condições para a preferência de um princípio sobre outro, o que é feito por meio de restrições recíprocas. É sob esse prisma, que ao analisar o impacto ao projeto parental como um dano moral passível de reparação, faz-se necessário destacar não só os fundamentos do direito ao livre planejamento familiar, mas também os limites ao seu exercício.⁸⁸

No caso em questão, como já se acentuou, não é suficiente apreciar somente a alegada lesão ao livre planejamento familiar, mas também os interesses do filho nascido fruto da indesejada gravidez. Assim, mediante uma análise lógico-sistemática, não parece possível ‘descolar’ o nascimento de uma criança da liberdade de procriar de seus pais,⁸⁹

científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”.

⁸⁸ BODIN DE MORAES, Maria Celina. Ampliando os direitos da personalidade. Disponível em: https://www.academia.edu/9689598/Ampliando_os_direitos_da_personalidade?auto=download. Acesso em: 30.05.2022.

⁸⁹ Importante observar, que a doutrina diverge no sentido de ser ou não a procriação um direito, não obstante a disposição constitucional que confere a liberdade do planejamento familiar. Em sentido negativo ver Eduardo de Oliveira LEITE (Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995). Já para uma análise da corrente a favor ver Juliane

uma vez que esta só foi atingida pela gravidez indesejada que, levada à frente, já que, em regra, não se permite o aborto na legislação brasileira, acarretou no nascimento do filho não programado, cujos interesses agora passar também a integrar o caso concreto.⁹⁰

Não obstante, pondera-se que embora a ordem jurídica tempere a liberdade humana com as preocupações sociais, esta só deverá ser restringida pela aplicação direta dos princípios constitucionais nas relações privadas quando devidamente sopesada na ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto. Como pondera Daniel Sarmiento, “o intervencionismo estatal só se justifica nas relações privadas em duas situações: na proteção da parte mais fraca das relações jurídicas e na promoção de interesses gerais da coletividade”.⁹¹

Em razão disso, o legislador constituinte dispôs que o princípio do livre planejamento familiar é norteado pelos princípios da paternidade responsável e da dignidade da pessoa humana, demonstrando que o exercício da parentalidade, como ressaltam Ana Carolina Brochado Teixeira e Maria Goreth Macedo Valadares “passa a abranger muito mais do que o aspecto voluntário de procriar, mas especialmente os aspectos posteriores ao nascimento do filho, inerentes à responsabilidade parental, nas fases mais relevantes da formação e desenvolvimento da personalidade que são a infância e a adolescência”.⁹²

Ao determinar que a liberdade de procriar não exclui a responsabilidade, o legislador constituinte determinou o limite ao exercício do livre planejamento familiar por meio dos dois princípios acima mencionados, dispondo expressamente que ele jamais poderá ser exercido em contrariedade à parentalidade responsável e a dignidade humana⁹³. É de se notar, que o exercício da parentalidade não diz respeito apenas à decisão de se

Fernandes QUEIROZ (Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 123).

⁹⁰ Sob tal perspectiva, verifica-se, como destacado por Anderson Schreiber, a necessidade, para qualificação do dano como passível de reparação, que o julgador assegure, “mesmo nas ações de responsabilidade objetiva, um espaço de seleção dos danos ressarcíveis, por meio da análise comparativa entre os interesses abstratamente tutelados à luz das circunstâncias concretas”. (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*, cit., p. 241).

⁹¹ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 328.

⁹² TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado Teixeira; VALADARES, Maria Goreth Macedo. Anencefalia e projeto parental: uma decisão do casal? In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Pereira; PEREIRA, Tânia da Silva (orgs.). *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1, p. 441-463.

⁹³ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Planejamento familiar e condição feminina. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk (org.). *Construindo os novos direitos*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008, p. 321-346.

tornar pai ou mãe, uma vez que gera responsabilidade para toda uma vida, o que vai muito além dos limites temporais impostos à autoridade parental.⁹⁴

A incorporação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente no Direito brasileiro tornou imperiosa sua aplicação como uma cláusula geral em todos os casos que envolvam os interesses do menor. Como conclui Luiz Edson Fachin:

Deduz-se, pois, que as disposições cuja aplicação contrariem os princípios consignados na Constituição, tornam-se, então, inconstitucionais. Ademais disso, sabe-se que os princípios constitucionais do Direito de Família têm eficácia jurídica direta e são, portanto, normas vinculativas e, que, igualmente, os preceitos relativos ao Direito de Família devem ser interpretados e integrados em conformidade com estes princípios (princípios de interpretação conforme a Constituição).⁹⁵

Diante dessas considerações, percebe-se que o livre planejamento familiar se encontra naquelas exceções em que o Estado deve atuar, não com a conotação de intromissão ou ingerência na vida do casal, mas em razão de também envolver interesses dos filhos, parte mais fraca e vulnerável na relação parental. Portanto, quanto maior a desigualdade fática presente no caso concreto, mais intensa será a proteção dos interesses em jogo da parte vulnerada e logo, menor a tutela da autonomia privada do casal.

7. Conclusão

O novo cenário redesenhado pelo texto constitucional conduz a uma releitura do direito ao livre planejamento familiar e, conseqüentemente, do direito à procriação, ao exercício da parentalidade, já que tais direitos encontram seu limite intrínseco nos interesses da criança, que jamais poderá servir como mero instrumento para a realização das opções e preferências de terceiros, ainda que seus pais.⁹⁶

Percebe-se, portanto, que o direito de família constitucionalizado reconhece ao filho a titularidade de direitos fundamentais próprios, ao qual a Constituição da República e o

⁹⁴ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; VALADARES, Maria Goreth Macedo. Anencefalia e projeto parental: uma decisão do casal? In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (orgs.). *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 441-463.

⁹⁵ FACHIN, Luis Edson. *Averiguação e investigação da paternidade extramatrimonial: comentários à Lei nº 8.560/92*. Curitiba: Genesis, 1995, p. 11.

⁹⁶ VILELA, Renata Dantas. Algumas reflexões sobre responsabilidade civil e nascimento indesejado. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coords.) *Diálogos sobre direito civil*. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 455-474, p.470/471.

Estatuto da Criança e do Adolescente conferiram uma tutela prioritária, derivada justamente da posição que ocupam na relação familiar, restando superada a antiga visão do filho como objeto do poder familiar dos pais.

A doutrina da proteção integral além de ratificar o princípio do melhor interesse da criança como critério hermenêutico, também lhe conferiu natureza constitucional como cláusula genérica que se traduz no dever de proteção dos direitos fundamentais da criança e do adolescente expressos na Constituição Federal.⁹⁷ E aqui parece evidente que o exercício da liberdade individual de fundar uma família muda de aspecto na medida em que os interesses de uma criança estão em jogo, evocando a atuação do Estado que elevou sua proteção como um valor maior .

De fato, não se pode ignorar que ao se admitir que o nascimento de uma criança possa ser considerado um dano moral passível de reparação, não há como garantir que a integridade psíquica daquele filho permanecerá incólume, acabando, tais decisões, por deixar desprotegidos justamente aqueles a quem a Constituição da República e o Estatuto da Criança e do Adolescente conferiram uma tutela prioritária, derivada da posição vulnerável que ocupam na relação familiar.

Na análise concreta das hipóteses de dano por nascimento de um filho indesejado não se pode jamais perder de vista o papel que compete à responsabilidade civil, sempre de acordo com a realização daqueles preceitos normativos constitucionais, tendo como norte o valor fundamental da dignidade humana, elemento integrador de todo o ordenamento jurídico.

Daí porque não cabe ao direito da responsabilidade civil assumir outras funções que são de competência de esferas diversas. Ao privilegiar a tutela da liberdade individual, as decisões, com frequência não só objetivam promover uma tutela reparatória, mas também punitiva, pedagógica e assistencialista, baseando-se equivocadamente em critérios patrimoniais para compor o juízo de reparação de um dano existencial.

Sob esse prisma, parece inegável que o ordenamento jurídico brasileiro priorizou, tanto no âmbito constitucional como infraconstitucional, o interesse superior da criança que deve sempre ser assegurado acima de qualquer outro interesse, mesmo em conflito com os interesses de seus próprios pais. Nessa medida, considerar que o nascimento de um

⁹⁷ BARBOSA, Heloisa Helena. O Estatuto da Criança e do Adolescente e a disciplina da filiação no código civil. In: PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 112.

filho indesejado é capaz de gerar um dano moral ressarcível, viola os princípios basilares contemplados em nosso ordenamento jurídico, subvertendo as próprias escolhas ético-filosóficas presentes na tábua de valores estabelecida no texto constitucional, que priorizou os direitos da criança, através de uma proteção integral, justamente por se tratar de uma pessoa humana em desenvolvimento.

Ao observar os interesses contrapostos, é tarefa do intérprete e aplicador do direito não se esquivar de restringir ao mínimo os direitos constitucionalmente envolvidos no caso concreto, sempre levando em conta o dever de assegurar a aplicação do princípio da dignidade humana da forma mais ampla.

Por esse motivo, os princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, aliados à doutrina da proteção integral, mostram-se suficientes para justificar a imposição de uma obrigação alimentar, inerente ao poder familiar a um terceiro, quando os pais se encontram impossibilitados de prestá-la, já que, não raro, a dificuldade financeira se mostra como um dos motivos determinantes que levam um casal ou uma mulher a evitar uma gravidez no Brasil.

Dessa forma, o grau de restrição ao livre planejamento familiar deve limitar-se ao ressarcimento dos danos patrimoniais, levando-se em conta os aspectos fáticos do caso concreto, repudiando, em regra, que o nascimento de um filho indesejado possa configurar um dano moral passível de reparação. Só assim, será possível compatibilizar os princípios envolvidos na justa medida que um deve ceder para a passagem do outro.

É certo que no estudo das hipóteses de responsabilidade civil pelo nascimento de um filho um alerta deve ser dado: as consequências de considerarmos qualquer dano passível de reparação são drásticas. Quando até mesmo fatos, como o nascimento de uma vida, passam a aparecer no campo do direito de danos, corre-se um sério risco de “a vida voltar a ser um capital humano e o sujeito um objeto no mercado de troca de equivalentes”.

RESPONSABILIDADE DO CONTROLADOR POR ATO DO OPERADOR: DESAFIOS QUE SE APRESENTAM À EXPERIÊNCIA LUSO-BRASILEIRA EM PROTEÇÃO DE DADOS

Bruno Costa de Almeida

Sumário: 1. Introdução: a imputação indireta de responsabilidade como mecanismo adicional de tutela em face da lesão do interesse à proteção de dados; 2. A imputação de responsabilidade civil ao controlador por ato do operador; 2.1. Responsabilidade aquiliana; 2.2. Responsabilidade negocial; 3. Considerações finais. Referências.

1. INTRODUÇÃO: A IMPUTAÇÃO INDIRETA DE RESPONSABILIDADE COMO MECANISMO ADICIONAL DE TUTELA EM FACE DA LESÃO AO INTERESSE À PROTEÇÃO DE DADOS

Stefano Rodotà inicia sua reflexão crítica à sociedade da vigilância com o destaque de que, na contemporânea era em que a informação carregada no dado pessoal vai se tornando cada vez mais valiosa à medida em que sua utilização se expande por força de interesses de mercado por novos modelos de negócios, da reorganização do aparato estatal e de exigências de segurança interna e internacional, a proteção de dados constitui o direito fundamental mais expressivo da condição humana¹. A consciência da importância da proteção de dados é uma necessidade que se estabelece na ordem do dia².

¹ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Org., sel. e apr. Maria Celina Bodin de Moraes. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 21.

² O reconhecimento dogmático de um direito fundamental à proteção de dados no Brasil, se já não era objetado enquanto inócua no texto constitucional uma expressa alusão, sob a compreensão de que as transformações sociais sentidas na última década teriam acrescentado novas dimensões ao conceito de privacidade redesenhando o sentido da sua tutela constitucional em conteúdo a também abranger a proteção de dados (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; CASTRO, Diana Paiva de. *Potencialidades do direito de acesso na nova Lei geral de proteção de dados pessoais (Lei 13.709/2018)*. TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 321-322), inclusive como chegou a indicar o Supremo Tribunal Federal em paradigmático julgamento (STF, ADI-MC 6387/DF, Pleno, Rel. Min. Rosa Weber, julg. 7.5.2020, publ. 12.11.2020), tal reconhecimento restou acatado diante da Emenda

A relevância do interesse à proteção de dados se vê refletida na formatação de uma tutela jurídica abrangente em termos de reparação a lesões. O modelo adotado no Brasil, sob indelével inspiração no Regulamento Geral Europeu sobre Proteção de Dados (RGPD), confere ao ofendido³ direito à reparação contra o controlador ou o operador (art. 42, *caput*, da LGPD e art. 82/1 do RGPD), em amplitude permissiva a que se impute a responsabilidade pela reparação a quaisquer controladores diretamente envolvidos no tratamento e a quaisquer operadores que descumpram as instruções lícitas recebidas ou obrigações da lei (art. 42, §1º, da LGPD e art. 82/2 do RGPD). O ofendido encontra tutela na imputação de responsabilidade pessoal a qualquer um daqueles agentes enquanto atuarem como *causador direto* da lesão, o que a rigor já assim estabelecia a cláusula geral de responsabilidade civil fundada no *neminem laedere* e no princípio informador da teoria da reparação.

A especificidade em matéria de proteção de dados está em acrescer àquela tutela o reforço de mecanismos de proteção adicional. O primeiro estaria na instituição de uma cláusula legal de solidariedade, que favorece o ofendido com a possibilidade de imputação de responsabilidade “pela totalidade dos danos” (art. 82/4 do RGPD) a qualquer responsável pelo dano causado pelo tratamento⁴, transferindo-lhe o ônus da exercitação do regresso quando individualmente demandado pela integralidade da reparação (art. 42, §4º, da LGPD e art. 82/5 do RGPD). Outro se cogita em torno da consagração do regime objetivo de responsabilidade em substituição ao regime subjetivo⁵, embora a ausência de

Constitucional n. 115/2022, que adicionou ao art. 5º da Constituição Federal o inciso LXXIX enunciando expressamente a proteção dos dados pessoais como direito fundamental.

³ A tutela jurídica prometida ao ofendido tem alcance amplo: acolhe não só o titular do dado, mas “qualquer pessoa” (art. 82/1 do RGPD) ou “outrem” (art. 42 da LGPD) atingido pelo tratamento, ainda que nessa relação jurídica não figure como parte. Nesse sentido: CORDEIRO, A. Barreto Menezes. *Direito da proteção de dados*. Coimbra: Editora Almedina, 2020, p. 390; KONDER, Carlos Nelson; LIMA, Marco Antônio de Almeida. *Responsabilidade civil dos advogados no tratamento de dados à luz da Lei Nº 13.709/2018*. EHRHARDT JUNIOR, Marcos; CATALAN, Marcos; MALHEIROS, Pablo. *Direito Civil e tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 420.

⁴ No âmbito da LGPD, a cláusula de solidariedade incidiria em situações específicas, mas não como um regime geral de responsabilidade solidária entre os agentes de tratamento em quaisquer circunstâncias, segundo indicam: TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil*. vol. 4. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 297.

⁵ O sistema reparatório vigente no ordenamento jurídico brasileiro consagra um modelo de dualidade de fontes, no qual hipóteses de responsabilidade objetiva convivem com aquelas derivadas da culpa. Relata Gustavo TEPEDINO que a introdução, ainda na vigência do Código Civil Brasileiro de 1916, de hipóteses específicas de responsabilidade objetiva foi recebida pela doutrina majoritária como fontes excepcionais e secundárias do dever de indenizar, manifestando sua compreensão divergente no sentido de que já àquela altura se delineava um modelo dualista, então consolidado com o advento do Código Civil Brasileiro de 2002 (A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. *Temas de direito civil*. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 205, nota 7). Nesse modelo dualista, já agora

expressa especificação legal nesse sentido mantenha sob acesa controvérsia o regime que a legislação de proteção de dados teria efetivamente abraçado para imputar responsabilidade por lesões nascidas do tratamento de dados⁶.

Também na perspectiva de reforçar a tutela jurídica prometida à reparação de lesões no âmbito da proteção de dados desponta a discussão em torno da imputação de responsabilidade indireta ao controlador por atos do operador. Duas considerações preambulares se mostram oportunas. A primeira salienta que a discussão ampla atinente à responsabilidade indireta acresce em relevância no contexto contemporâneo da responsabilidade civil cuja proposta de reposicionar o centro das atenções sobre a vítima vai encurtando o paradigma da reparação condicionada à responsabilidade pessoal por culpa, dentre outros mecanismos, também através da ampliação da cobertura da responsabilidade por fato de outrem⁷.

sedimentado, “a culpa, antes tida como centro do sistema, passa a ter índole subsidiária, aplicando-se todas as vezes em que não haja previsão em sentido contrário, ou seja, em que não se dispense a sua configuração” (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Responsabilidade contratual e extracontratual: contrastes e convergências no direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 29).

⁶ Posicionam-se favoravelmente à adoção como regra do regime subjetivo de responsabilidade: TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil*. vol. 4. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 289; BLUM, Renato; MALDONADO, Viviane Nóbrega. LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 327; KONDER, Carlos Nelson; LIMA, Marco Antônio de Almeida. Responsabilidade civil dos advogados no tratamento de dados à luz da Lei Nº 13.709/2018. EHRHARDT JUNIOR, Marcos; CATALAN, Marcos; MALHEIROS, Pablo. *Direito Civil e tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 423; também em Portugal: CORDEIRO, A. Barreto Menezes. *Direito da proteção de dados*. Coimbra: Editora Almedina, 2020, p. 394; BARBOSA, Mafalda Miranda. Data controllers e data processors: da responsabilidade pelo tratamento de dados à responsabilidade civil. *Revista de Direito Comercial*. Lisboa, n. 2, 2018, p. 440. Em sentido contrário, sustentando a incidência do regime objetivo de responsabilidade em razão de um “risco intrínseco” da atividade de tratamento de dados pessoais: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Ed. RT, v. 120, ano 27, nov.-dez. 2018, p. 477. Há também quem vislumbre a intenção do legislador de criar um novo modelo de “responsabilidade proativa”: BODIN DE MORAES, Maria Celina; QUEIROZ, João Quinelato de. Autodeterminação informativa e responsabilização proativa: novos instrumentos de tutela da pessoa humana na LGPD. *Cadernos Adenauer - Proteção de dados pessoais: privacidade versus avanço tecnológico*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, ano XX, n. 3, 2019, p. 129. E quem entenda que ambos os regimes – subjetivo e objetivo – convivem na legislação de proteção de dados: SCHREIBER, Anderson. Responsabilidade civil na lei geral de proteção de dados pessoais. DONEDA, Danilo; *et. at. Tratado de proteção de dados*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 327.

⁷ A mudança de paradigma (a) redimensiona a responsabilidade subjetiva, estendendo a tutela da pessoa da vítima em detrimento do objetivo de punição do responsável e aumentando as hipóteses de dano indenizável, (b) acolhe a responsabilidade objetiva expandindo as hipóteses de sua ocorrência, (c) fortalece a responsabilidade civil como mecanismo capaz de oferecer a resposta do sistema aos novos interesses que ganham projeção (a propósito, cf.: BODIN DE MORAES, Maria Celina. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 317-342); e (d) reconhece à responsabilidade civil também outras funções a exemplo da punitiva, preventiva e promocional (acerca das funções diferentes que pode assumir a responsabilidade civil, cf.: ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. São Paulo: Atlas, 2013, *passim*).

A segunda serve a ressaltar que o problema de perquirir em quais situações a reparação da lesão nascida do fato do operador pode ser imputada à responsabilidade do controlador não afasta nem derroga a indagação sobre se a reparação pode ser reclamada do operador enquanto autor do fato do tratamento encontrado na origem do evento lesivo. Os dois problemas se põem em paralelo de modo que a resposta negativa à imputação indireta não significará *per se* recusa de reparação pela via da imputação direta, que preserva sua autonomia dogmática.

A coexistência da via direta com a via indireta da imputação assume na experiência em proteção de dados especial importância pelas suas repercussões práticas: se, de um lado, a imputação indireta, também no campo da proteção de dados, cumpre a sua vocação de melhor acautelamento do direito de indenização⁸, porque permite ao lesado (nos limites que se lhe admitirem) demandar reparação quer do operador quer do controlador indiretamente responsável⁹, de outro lado, mostra aptidão para também funcionar como remédio às dificuldades postas ao exercício do direito à reparação nos casos em que o agente operador estiver sediado em jurisdição estrangeira e o agente controlador em jurisdição nacional – tais circunstâncias não chegam a ser estranhas ou raras à atividade de tratamento de dados cuja dinâmica do fato relevante por vezes não se contem aos limites da jurisdição do território nacional.

Na sequência das considerações preambularmente pontuadas, a abordagem proposta para o tema terá o roteiro de examinar os limites da imputação ao controlador de responsabilidade indireta por ações do operador, decompondo a análise em duas perspectivas – a primeira compreende os tratamentos amparados em base negocial e a segunda circunscreve os tratamentos amparados em outro suporte legal que não a base

⁸ Como indica a doutrina, a responsabilidade indireta encontra fundamento legitimador “na necessidade de acautelar o direito de indenização do lesado contra o risco da irresponsabilidade ou da insolvabilidade do autor direto da lesão” (DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sergio. *Comentários ao novo código civil*, v. 8: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios. 3.ed. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Comentários ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 243). Em semelhante sentido exaltando que a responsabilidade indireta encontra na noção de garantia o seu fundamento: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Atual. Gustavo Tepedino. 10.ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012, p. 122; RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*, v. 4: responsabilidade civil. 19.ed. São Paulo Saraiva, 2002, p. 64; VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Volume I. 10.ed. Coimbra: Editora Almedina, 2014, p. 646. Há também quem tenha indicado que as *fattispecie* de responsabilidade indireta por ato de outrem “têm em comum o fundamento na solidariedade social” (SOUZA, Eduardo Nunes. Nexo causal e culpa na responsabilidade civil: subsídios para uma necessária distinção conceitual. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 7, n. 3, dez. 2018, p. 40).

⁹ Nos casos em que se admitir a imputação indireta, “pode, então, a vítima agir contra um, contra outro, ou contra ambos” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Atual. Gustavo Tepedino. 10.ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012, p. 134).

negocial –, assim perquirindo contrastes e convergências que se estabeleçam na imputação indireta no âmbito da responsabilidade aquiliana e da responsabilidade negocial¹⁰.

2. A IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL AO CONTROLADOR POR ATO DO OPERADOR

A permissão a que o tratamento de dados pessoais se desenvolva tanto com fundamento em base negocial quanto com suporte em outra base especificada em lei¹¹ suscita o desdobramento *a priori* da análise da imputação de responsabilidade em dois domínios. No primeiro estão situados os tratamentos amparados em base negocial, que colheram do titular aquiescência com a manipulação do dado pessoal para finalidade(s) especificada(s) e segundo os meios definidos no ato jurídico constituinte da relação jurídica e postularão a aplicação do regime de responsabilidade negocial nas situações em que o tratamento infringir algum dever contratual; o segundo é ocupado pelos tratamentos amparados em outro suporte legal que não a base negocial – a exemplo do dado pessoal manipulado para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória, para execução de políticas públicas ou para algum outro propósito que a lei identificou relevância jurídica para dispensar a obtenção de consentimento do titular –, que postularão a aplicação do regime de responsabilidade aquiliana (“responsabilidade extracontratual”) nas situações em que o tratamento infringir dever instituído em lei.

Empreende-se na sequência uma análise separada de cada uma com o objetivo de perquirir se a distinção tem consequências na imputação de responsabilidade, identificando-se quais contrastes e convergências que se estabeleçam na imputação indireta no âmbito da responsabilidade aquiliana e da responsabilidade negocial.

2.1. Responsabilidade aquiliana

¹⁰ Adota-se a definição “responsabilidade negocial” no lugar da usualmente chamada “responsabilidade contratual”, cuja expressão não logra acomodar adequadamente obrigações nascidas de negócios jurídicos unilaterais (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 454). Ressalva semelhante é feita por Perlingieri: a “responsabilidade dita contratual” compreende, “na verdade, responsabilidade decorrente do inadimplemento de qualquer relação obrigacional, qualquer que seja sua fonte, contratual ou não” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad.: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 894).

¹¹ A LGPD e o RGPD adotam técnicas legislativas assemelhadas: enquanto a primeira enumera no art. 7º, além da base negocial, outras 9 (nove) bases legais autorizativas do tratamento lícito de dados pessoais, o segundo enumera no art. 6º outras 5 (cinco) bases legais, além da base negocial, para o tratamento lícito de dados pessoais.

Tomando primeiro por referência o regime de responsabilidade extracontratual ou aquiliana, a problemática que se apresenta ao enfrentamento é determinar se (e em quais circunstâncias) a iniciativa do controlador de delegar a terceiro a execução de uma ou mais operações de tratamento dos dados pessoais constitui elemento a pesar no juízo de imputação indireta. A indagação que logo se coloca é determinar se essa subcontratação seria por si só razão suficiente à imputação de responsabilidade indireta ao controlador.

Na medida em que a transmissão dos dados por efeito da subcontratação constitui em si mesma uma atividade de tratamento que demanda respeito ao regulamento legal¹², se poderia em tese cogitar de emprestar a qualificação do tratamento “em violação à legislação de proteção de dados pessoais” (art. 42 da LGPD) aos casos em que o controlador elege um operador cuja atuação não atende às prescrições legais no sentido de adotar medidas técnicas e administrativas voltadas à proteção dos dados pessoais tratados¹³. Aqui se estaria a cogitar, a rigor, de responsabilidade por ato próprio do controlador no momento antecedente, não ingressando no domínio da responsabilidade indireta por ato praticado pelo operador em momento subsequente à delegação.

Diferente é a situação da lesão que se produz concretamente no âmbito das atividades desempenhadas pelo operador. No campo da responsabilidade aquiliana, o objeto da investigação em torno da imputação de responsabilidade indireta consiste em um problema de qualificação a perquirir a configuração de uma genuína relação de preposição¹⁴, que permita imputar ao comitente a responsabilidade por atos do

¹² LGPD, art. 5º, inciso X.

¹³ A LGPD reúne preceitos endereçados aos agentes de tratamento no sentido de adotarem medidas técnicas e administrativas que tornem os dados pessoais ininteligíveis para terceiros, que previnam acessos desautorizados e eventos acidentais ou ilícitos de destruição, perda, alteração ou comunicação indesejada dos dados pessoais (art. 46), de investirem em boas práticas (art. 50) e em programas de governança em privacidade que demonstrem o comprometimento com a proteção de dados, implementem salvaguardas consideradas em estudo de impacto compatíveis com os riscos associados ao tratamento de dados pessoais promovido (§2º do art. 50) e adotem medidas técnicas que tornem os dados pessoais ininteligíveis para terceiros não autorizados a acessá-los.

¹⁴ Referida por autores portugueses como relação de comissão: “Comitente é aquele que incumbe – na letra da lei: ‘encarrega’ – alguém de qualquer tarefa – na letra da lei: ‘comissão’. Quem manda alguém fazer alguma coisa fica, segundo o artigo 500º, responsável por aquilo que essa pessoa faça.” (VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 157).

“comissário” nos termos do artigo 500 do Código Civil Português¹⁵ e do “preposto” nos termos do artigo 932, inciso III, do Código Civil Brasileiro (“CC/2002”)¹⁶.

Do lado de lá do Atlântico, a doutrina lusitana aponta que a imputação ao comitente de uma responsabilidade “independentemente de culpa” por ato do comissário tem como primeiro pressuposto a configuração de uma dupla imputação¹⁷ (*i.e.*, para que o comitente responda, é necessário que sobre o comissário “recaia igualmente a obrigação de indemnizar”¹⁸), e como segundo pressuposto que o ato do comissário tenha sido praticado “no exercício da função que lhe foi confiada”¹⁹. Do lado de cá, a doutrina brasileira também acena para o pressuposto da dupla imputação indicando que o comitente só responde

¹⁵ Artigo 500º (Responsabilidade do comitente) 1. Aquele que encarrega outrem de qualquer comissão responde, independentemente de culpa, pelos danos que o comissário causar, desde que sobre este recaia também a obrigação de indemnizar. 2. A responsabilidade do comitente só existe se o facto danoso for praticado pelo comissário, ainda que intencionalmente ou contra as instruções daquele, no exercício da função que lhe foi confiada. 3. O comitente que satisfizer a indemnização tem o direito de exigir do comissário o reembolso de tudo quanto haja pago, excepto se houver também culpa da sua parte; neste caso será aplicável o disposto no nº 2 do artigo 497º.

¹⁶ Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: (...) III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele. Vale aqui a advertência doutrinária de que o termo “comitente” constante da redação do inciso III do art. 932, “é utilizado em sentido impróprio, como sinónimo de preponente, em desacordo com a disciplina do contrato de comissão” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República. Vol. II. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 835)

¹⁷ FRADA, Manuel A. Carneiro da. A responsabilidade objectiva por facto de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana. *Direito e Justiça: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*. Lisboa: Universidade Católica Editora, vol. 12, n. 1, p. 297-311, 1998, p. 301 (“tal significa que para a responsabilidade do comitente surgir torna-se necessária uma imputação primária do dano ao comissário, comprovada a qual é depois viável uma imputação secundária ou de segundo grau ao comitente”). No mesmo sentido: COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12.ed. 8.reimp. Coimbra: Editora Almedina, 2020, p. 617; LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. Volume I. 14.ed. Coimbra: Editora Almedina, 2017, p. 365.

¹⁸ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 4.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 323. Para o autor, é preciso “que tenha havido culpa da pessoa simples que praticou o acto ilícito causador do dano (art. 483), salvo se se tratar de matérias onde se responde sem culpa (acidentes causados por veículos: art. 501; danos causados por animais: art. 502; danos causados por instalações de energia ou gás: art. 509; acidentes de trabalho: etc.” (Ibid., p. 323). No mesmo sentido: VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 157.

¹⁹ A amplitude da imputabilidade é controvertida na doutrina portuguesa. Para Antunes Varela, a fórmula “no exercício da função” tem o sentido de circunscrever a imputação de responsabilidade ao comitente aos atos praticados no quadro geral de competências funcionais atribuídas ao comissário; ficariam excluídas de tal imputação a lesão decorrente da atuação fora daquele quadro de competências, que encontrou no exercício da função a ocasião para sua produção (VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Vol. I. 10.ed. Coimbra: Editora Almedina, 2014, p. 643: “ainda que o comissário proceda intencionalmente ou contra as instruções dele, mostra-se que houve a intenção de abranger todos os actos compreendidos no quadro geral da competência ou dos poderes conferidos ao dito comissário”). De modo diverso, entendem que a fórmula abraçaria compreensão mais alargada para alcançar o evento danoso provocado no exercício da função confiada, e não por causa dela, Menezes Leitão (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. Volume I. 14.ed. Coimbra: Editora Almedina, 2017, p. 364) e Menezes Cordeiro (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*. Volume VIII: direito das obrigações – gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil. Coimbra: Editora Almedina, 2014, p. 614).

objetivamente²⁰ se uma responsabilidade também se puder imputar ao preposto enquanto agente causador direto do dano²¹.

Tem relevância nessa qualificação a sinalização doutrinária de que essa relação “açambarca qualquer situação de direção, com subordinação hierárquica ou não”²², também aquela que se imponha por ato de voluntariedade²³, podendo abranger tanto uma atividade duradoura como atos de caráter isolado²⁴, ou ainda uma subordinação “puramente transitória, ocasional, limitada a actos materiais ou jurídicos de curta duração”²⁵.

O importante na caracterização é que se estabeleça na relação “uma dependência ou sujeição do preposto ao comitente, decorrente da autoridade deste, ou seja, o direito de dar ordens e instruções sobre o modo de cumprir as funções que são atribuídas ao preposto”²⁶, o que não requer necessariamente um vínculo contratual²⁷.

Esse laço de subordinação é também encontrado na delegação que um controlador faz a agente externo aos seus quadros empresariais, na atribuição voluntária e ocasional da execução operacional de uma ou mais das atividades que compreendam o tratamento que se propôs a fazer perante o titular do dado pessoal, na exata medida em que a atribuição dessa execução é circunscrita a instruções que especificam uma certa finalidade em obediência aos princípios cardeais da limitação das finalidades²⁸ e da minimização do tratamento²⁹: não é consentido ao operador ir além das instruções para tratar os dados em

²⁰ Conforme estipula o art. 933 do CCB mediante uso da fórmula “ainda que não haja culpa de sua parte”.

²¹ DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sergio. *Comentários ao novo código civil*, v. 8: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios. 3.ed. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Comentários ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 245.

²² VENOSA, Sálvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. 3.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 1142-1143.

²³ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Vol. I. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 521; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Atual. Gustavo Tepedino. 10.ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012, p. 130.

²⁴ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. Volume I. 14.ed. Coimbra: Editora Almedina, 2017, p. 362.

²⁵ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Volume I. 10.ed. Coimbra: Editora Almedina, 2014, p. 640.

²⁶ LIMA, Alvino. *A responsabilidade civil pelo fato de outrem*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 66; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Atual. Gustavo Tepedino. 10.ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012, p. 130 (“a ‘subordinação’ é requisito ‘essencial’”). Nessa direção também segue a jurisprudência. A título de exemplo: STJ, AgRg no REsp 1.020.237/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., julg. em 21.06.2012, publ. 29.06.2012.

²⁷ BORDA, Guillermo A. *Tratado de derecho civil argentino: obligaciones*, t. II. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1966, p. 261.

²⁸ “Este princípio possui grande relevância prática: com base nele, fundamenta-se a restrição da transferência de dados pessoais a terceiros, além do que pode-se, a partir dele, estruturar-se um critério para valorar a razoabilidade da utilização de determinados dados para uma certa finalidade (fora da qual haveria abusividade).” (DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais: fundamentos da lei geral de proteção de dados*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 182).

²⁹ RGPD, considerando 78 e art. 5º/1, alínea ‘c’.

vista de outros fins. Daí por que a relação constituída pelo negócio jurídico de delegação, no que se fia na subserviência a instruções, compreende também uma relação de preposição entre o controlador e aquele agente de quem se serve para realizar o tratamento em seu nome (*i.e.*, operador)³⁰.

Entre o controlador e o operador se estabelece por efeito do ato negocial de delegação uma relação de preposição enquanto esse operador se mantiver atuando em conformidade com as instruções recebidas e em proveito da finalidade delimitadora da delegação. Não parece desnaturar a subordinação que grava aquela relação eventual reserva ao operador de alguma margem de autonomia técnica acerca dos meios empregados no tratamento dirigido à finalidade especificada pelo controlador.³¹

Diferente parece ser o quadro do operador que empreende manuseio dos dados para uma finalidade fora das instruções transmitidas no ato de delegação, fazendo desse outro tratamento o alvo da incidência do fato interferente deflagrador do evento adverso. Duas percepções aqui se conectam: a primeira é no sentido de que esse operador incumbido de tratar dados segundo instruções, quando passa a estipular materialmente uma finalidade diferente, assume a qualificação de controlador de outra atividade de tratamento autônoma; a segunda é no sentido de que a manipulação dos dados em proveito de interesses estranhos ao controlador tem impacto na imputação de responsabilidade indireta, que tem sempre caráter excepcional³².

A influência reside na distinção indicada pela doutrina para efeito de estender ao comitente a responsabilidade por ações do auxiliar praticadas intencionalmente ou contra as instruções recebidas: o entendimento manifestado é de que tal imputação inclui os atos que, mesmo contrariando as diretivas, visaram exclusiva ou conjuntamente interesses da entidade representada, mas seria “ir longe demais responsabilizar (...) se o acto foi

³⁰ Reforça essa qualificação de relação de preposição (ou de comissão em sentido impróprio) a estipulação do direito de regresso na LGPD (art. 42, §4º, da LGPD), em sintonia com o regresso característico do regime jurídico do comitente (LIMA, Alvino. *A responsabilidade civil pelo fato de outrem*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 113-114).

³¹ A direção técnica nem sempre é necessária à subordinação. Alvino Lima já acenava para situações em que uma restrição ao poder de determinação pode decorrer “da situação pessoal do preposto como técnico ou profissional”, sendo por vezes conveniente ao comitente “restringir a subordinação de seu preposto, cujos méritos e conhecimentos se coadunam às finalidades da empresa ou da sua organização econômica”, assegurando-lhe “ampla e absoluta independência profissional, naquilo que se refere aos seus conhecimentos técnicos ou profissionais” (LIMA, Alvino. *A responsabilidade civil pelo fato de outrem*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 68).

³² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Atual. Gustavo Tepedino. 10.ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012, p. 120.

intencionalmente praticado para realizar um objectivo meramente pessoal [do comissário], sem conexão com os interesses da pessoa colectiva”.³³

Em semelhante direção, também se pontua que o verificar se o auxiliar agiu ou não nos limites de sua função seria de “consideração crucial para que se determine se ele deve mesmo ser tratado como representante do comitente ou como simples terceiro que deu causa exclusiva ao dano”³⁴.

Em situações em que o operador atue fora das instruções e desviando do interesse do controlador, Mafalda Miranda Barbosa propõe investigar nas especificidades do caso concreto se a delegação de funções (com a consequente comunicação dos dados) aumentou o risco de surgimento da lesão. Indicando, por um lado, que a responsabilidade não se poderia imputar ao controlador originário enquanto a subcontratação caracterizar mera ocasião de surgimento daquela lesão, que poderia ter lugar de igual modo mesmo sem a delegação, a autora cogita, por outro lado, que a imputação de responsabilidade indireta pelo novo tratamento feito pelo operador, mesmo que ele tenha contrariado as instruções recebidas, subsistiria viável nos casos em que esse operador “não o poderia fazer sem os meios que lhe foram facultados”³⁵ pelo ato de delegação.

Somando-se à teoria geral da relação de preposição, o próprio regulamento de proteção de dados, no que preconiza que o controlador não será responsabilizado “se provar que não é de modo algum responsável pelo evento que deu origem aos danos” (art. 82/3 do RGPD)³⁶, postula o estabelecimento de um filtro a distinguir as situações em que o agente indireto, pela sua “posição de garante da indemnização”³⁷ perante o lesado, será

³³ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 4.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 324. Caio Mário da Silva PEREIRA registra opinião de De Page, para quem “a responsabilidade do proponente existia ‘desde que o ato danoso fosse cometido durante o tempo de serviço, e estivesse em relação com este serviço’, não ocorrendo se o ato realmente verificou-se fora do serviço, isto é, sem conexão nem de tempo, nem de lugar de serviço com as funções confiadas ao agente” (*Responsabilidade civil*. Atual. Gustavo Tepedino. 10.ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012, p. 132).

³⁴ SOUZA, Eduardo Nunes. Nexo causal e culpa na responsabilidade civil: subsídios para uma necessária distinção conceitual. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 7, n. 3, p. 1-58, dez. 2018, p. 46.

³⁵ BARBOSA, Mafalda Miranda. Data controllers e data processors: da responsabilidade pelo tratamento de dados à responsabilidade civil. *Revista de Direito Comercial*. Lisboa, n. 2, p. 424-494, 2018, p. 461. Em subsídio ao raciocínio empreendido, a autora fornece o exemplo da seguradora X que vem a contratar a empresa Y, prestadora de serviços de marketing direto, com o intuito de divulgação dos seus produtos, e a prestadora de serviços Y se aproveita dos dados que lhe foram comunicados para, além de cumprir com as obrigações da delegação (promover produtos da seguradora X), também promover produtos de outros clientes.

³⁶ Fórmula semelhante adotou a LGPD no art. 43 ao dispor que “Os agentes de tratamento só não serão responsabilizados quando provarem: I - que não realizaram o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído”).

³⁷ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Volume I. 10.ed. Coimbra: Editora Almedina, 2014, p. 646.

responsável por atos do agente causador direto da lesão daquelas situações em que não o será. Incumbirá ao intérprete, na particularidade de cada caso concreto, buscar a especificação adequada dessa filtragem que se impõe na delimitação dos casos em que se impõe recusar, no campo da responsabilidade civil aquiliana, a imputação ao controlador de responsabilidade indireta pela lesão ocasionada do manuseio de dados no âmbito da atuação do operador de quem se serviu para delegar uma específica operação de tratamento alicerçada em outra base que não a negocial.

Delimitados os contornos de um regramento geral acerca da responsabilidade indireta no campo da responsabilidade aquiliana, uma ressalva final desponta necessária: a regra geral cede em favor de outra especial nos casos de eventos lesivos no âmbito de relações jurídicas alcançadas por regulamento especial, a exemplo da responsabilidade civil do Estado (art. 37, §6º, da CF/88), da responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços no mercado de consumo (Lei 8.078/90), da responsabilidade por violação de direitos autorais (Lei 9.610/98), dentre outras.

2.1. Responsabilidade negocial

A mudança da abordagem do campo aquiliano para o campo negocial reclama antes duas considerações preambulares. A primeira é no sentido de que, enquanto a responsabilidade aquiliana submete a afirmação do dever de reparação à demonstração da censurabilidade da conduta do ofensor pela contrariedade ao direito, no campo negocial a verificação da ausência ou imperfeição da prestação presume a culpa do devedor (salvo se associada a um evento fortuito ou de força maior)³⁸, de modo que uma diferenciação se revela não no plano ontológico, mas no plano procedimental-probatório³⁹.

Em segundo lugar, é preciso ter consciência de que o tratamento alicerçado em base

³⁸ Na doutrina portuguesa, cf., por todos: FRADA, Manuel A. Carneiro da. «Vinho novo em odres velhos»? A responsabilidade civil das operadoras de Internet e a doutrina comum da imputação de danos. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa, vol. 59, n. 2, p. 665-692, abr. 1999, p. 671.

³⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Atual. Gustavo Tepedino. 10.ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012, p. 329. Carlos Edison do Rêgo MONTEIRO FILHO, em sua proposta de refletir criticamente sobre contrastes e convergências na responsabilidade aquiliana e contratual, indicou ser indagação não definida na doutrina “se à culpa devem-se atribuir diferentes conotações na responsabilidade civil contratual e na extracontratual” (*Responsabilidade contratual e extracontratual: contrastes e convergências no direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 29), acentuando na sequência que a potencial distinção pela presunção de culpa do devedor no inadimplemento, “sem embargos das controvérsias que encerra, é, no mínimo, posta em xeque em tempos de responsabilidade objetiva – cuja aplicação dá-se indistintamente em searas contratuais e extracontratuais – e de carga dinâmica da prova, consagrada pelo parágrafo 1º do artigo 373 do CPC/2015” (Ibid., p. 79-80).

negocial nem sempre encontrará o interesse à proteção de dados como o interesse motivador da constituição da relação jurídica, o que implica reconhecer que o regulamento negocial por vezes focará naquele interesse dito principal e na prestação dita primária (a exemplo de uma compra e venda) sem se ocupar, com igual detalhamento, de como se empreenderá o manuseio dos dados pessoais que serve a providências de execução daquela prestação primária. Ainda que falte nesse regulamento negocial estipulações respeitantes à proteção de dados, a boa-fé objetiva vem impor deveres fiduciários, de proteção e de cuidado cuja violação, porque reconduzidos ao núcleo da relação obrigacional em sua perspectiva complexa, enseja a responsabilidade negocial⁴⁰.

A problemática de determinar se e em quais circunstâncias se pode imputar ao controlador uma responsabilidade indireta por danos produzidos a partir do tratamento realizado pelo operador se delinea a partir de três hipóteses.

A primeira engloba os casos em que a execução de uma ou mais operações foi delegada a terceiro a despeito do tratamento do dado pessoal ter sido consentido pelo titular sob estipulação de vedação à subcontratação e/ou ao compartilhamento de dados: tenha o operador atuado ou não em violação à legislação de proteção de dados, respeitando ou não as instruções lícitas do controlador, será possível imputar uma responsabilidade negocial ao controlador que infringiu o programa negocial entabulado com o titular do dado ao delegar o que não lhe era permitido fazer. Esse controlador, a rigor, responde pelo seu agir⁴¹, em si mesmo caracterizador de um cumprimento imperfeito da prestação⁴², e não pelo agir do terceiro em momento posterior.

A segunda, que configura também exemplo de responsabilidade pelo próprio agir antecedente ao agir do terceiro, retoma a situação já abordada anteriormente do controlador que elege um operador cuja atuação não atende às prescrições legais no sentido de adotar

⁴⁰ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 472.

⁴¹ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Vol. I. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 177 (“Aceitando a caracterização da responsabilidade por fato de outrem, cumpre acentuar que esta não pode configurar-se, se a obrigação contratual estava a cargo do responsável, pessoalmente. Neste caso, não há que falar em fato de outrem, porque o violador é o próprio responsável. (...) se o contrato lhe impõe o dever de executar, ele próprio, a obrigação, o simples fato de fazê-la executar por outrem constitui violação do contrato”). No mesmo sentido, LIMA, Alvíno. *A responsabilidade civil pelo fato de outrem*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 66 (“Cumprir, porém, observar que se o devedor está obrigado a cumprir pessoalmente a prestação devida, ou se considerarmos que ele devia impedir a intervenção, verifica-se a responsabilidade do devedor; mas neste caso a responsabilidade não decorre do fato de outrem, mas se trata de responsabilidade por fato próprio).

⁴² O mesmo ocorre nos casos em que a delegação, consentida para uma específica operação de tratamento, compreender outro tipo de atividade que o controlador atribua extravasando os contornos do consentimento à subcontratação: em relação a essa outra operação, a execução terá sido atribuída sem consentimento à delegação.

medidas técnicas e administrativas voltadas à proteção dos dados tratados: esse controlador, no que empreende operação de tratamento qualificável como irregular – não por faltar autorização, mas por implicar violação à legislação de proteção de dados pessoais (art. 42 da LGPD) –, executa com imperfeição a sua prestação e responderá então pela lesão infligida ao titular.

A terceira é já agora aquela em o efeito lesivo surge a partir da atividade de execução delegada ao operador. Perante essa hipótese, a formulação sobre se o controlador (agora devedor de uma prestação ao tratamento de dados nos termos em que consentido pelo titular) responde perante o credor (*i.e.*, titular do dado pessoal) por atos lesivos do terceiro de quem se serviu para cumprir suas obrigações até aparenta se colocar em termos semelhantes àquela posta no campo extracontratual.

Sem embargo da tendencial aproximação no plano ontológico entre a responsabilidade aquiliana e a contratual⁴³, sutis especificidades parecem se manifestar na premissa conceitual de partida: no campo da responsabilidade extracontratual, o que se tem é uma imputação de responsabilidade a quem não diretamente causou a lesão funcionando para favorecer a reparação da lesão suportada pelo ofendido, na exata medida em que o dever de reparar que se imputa ao agente legalmente eleito responsável indireto subsistirá ao dever de reparar do agente que diretamente lesionou o interesse juridicamente tutelado.

Enquanto as disposições do artigo 932, inciso III, do CC/02 e do artigo 500 do Código Civil Português vêm estabelecer uma dilatação da esfera de responsabilidade do responsável indireto para nela inserir uma responsabilidade objetiva por fato de outrem, no campo da responsabilidade negocial o devedor responde por atos de auxiliares, substitutos e subcontratados como se fosse ele próprio a atuar.⁴⁴ Conceitualmente, está-se aí diante de

⁴³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Atual. Gustavo Tepedino. 10.ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012, p. 329. Carlos Edison do Rêgo MONTEIRO FILHO, em sua proposta de refletir criticamente sobre contrastes e convergências na responsabilidade aquiliana e contratual, indicou ser indagação não definida na doutrina “se à culpa devem-se atribuir diferentes conotações na responsabilidade civil contratual e na extracontratual” (*Responsabilidade contratual e extracontratual: contrastes e convergências no direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 29), acentuando na sequência que a potencial distinção pela presunção de culpa do devedor no inadimplemento, “sem embargos das controvérsias que encerra, é, no mínimo, posta em xeque em tempos de responsabilidade objetiva – cuja aplicação dá-se indistintamente em searas contratuais e extracontratuais – e de carga dinâmica da prova, consagrada pelo parágrafo 1º do artigo 373 do CPC/2015” (*Ibid.*, p. 79-80).

⁴⁴ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Vol. I. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 179 (“Quando uma pessoa representa outra, toma o seu lugar, é o desenvolvimento, a irradiação de sua individualidade. Em face de terceiros, pois, quando o representante age, é como se agisse o próprio representado”). No mesmo sentido: LIMA, Alvíno. *A responsabilidade civil pelo fato de outrem*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 229: “quando o dependente ou auxiliar executa mal o contrato, a situação do devedor é, conseqüentemente, idêntica àquela que seria se a má execução lhe fosse pessoalmente imputável;

uma responsabilidade direta pela compreensão das ações dos auxiliares como se fossem ações do próprio devedor.⁴⁵

Enfrentando as diferenças na responsabilidade por ato de terceiro na responsabilidade aquiliana e na negocial à luz dos preceitos do art. 500 (Responsabilidade do comitente) e do art. 800 (Actos dos representantes legais ou auxiliares)⁴⁶ do Código Civil Português, Carneiro da Frada sinaliza que é estabelecida na responsabilidade negocial a ficção do comportamento causador do dano na pessoa do devedor: “a técnica da lei é distinta. O que ela faz é projetar logo a conduta do auxiliar na pessoa do devedor para verificar se desse modo o devedor incorreria ou não em responsabilidade”⁴⁷.

A particularidade conceitual repercute no plano procedimental-probatório, favorecendo a vítima, no campo da responsabilidade negocial, com a inversão do *onus probandi* da culpa (nos casos de imputação pelo fator subjetivo de atribuição⁴⁸) e com a dispensa da demonstração da dupla imputação.⁴⁹ É que, nas situações em que o tratamento

o devedor contratual responderá pelo fato de seus dependentes ou auxiliares, como responderá pelo fato próprio, pessoal”; e BARBOSA, Mafalda Miranda. Acerca da aplicação do artigo 800º CC a ilícitos extracontratuais – breve apontamento. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro, n. 47, jul.-dez. 2014, p. 168.

⁴⁵ Enfrentando as diferenças na responsabilidade por ato de terceiro na responsabilidade aquiliana e na negocial à luz dos preceitos do art. 500 (Responsabilidade do comitente) e do art. 800 (Actos dos representantes legais ou auxiliares) do Código Civil Português, Manuel Carneiro da FRADA sinaliza que é estabelecida na responsabilidade negocial a ficção do comportamento causador do dano na pessoa do devedor: “a técnica da lei é distinta. O que ela faz é projetar logo a conduta do auxiliar na pessoa do devedor para verificar se desse modo o devedor incorreria ou não em responsabilidade” (A responsabilidade objectiva por facto de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana. *Direito e Justiça: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*. Lisboa: Universidade Católica Editora, vol. 12, n. 1, p. 297-311, 1998, p. 301). Para um detalhamento de diferentes formulações que propõem explicação para tal ficção (presunção de culpa, risco, garantia tácita, teoria da representação, teoria dos órgãos e teoria do resultado), cf.: DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Vol. I. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 179-181.

⁴⁶ “Artigo 800º (Actos dos representantes legais ou auxiliares) 1. O devedor é responsável perante o credor pelos actos dos seus representantes legais ou das pessoas que utilize para o cumprimento da obrigação, como se tais actos fossem praticados pelo próprio devedor. 2. A responsabilidade pode ser convencionalmente excluída ou limitada, mediante acordo prévio dos interessados, desde que a exclusão ou limitação não compreenda actos que representem a violação de deveres impostos por normas de ordem pública.”

⁴⁷ FRADA, Manuel A. Carneiro da. A responsabilidade objectiva por facto de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana. *Direito e Justiça: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*. Lisboa: Universidade Católica Editora, vol. 12, n. 1, 1998, p. 301. Para um detalhamento de diferentes formulações que propõem explicação para tal ficção (presunção de culpa, risco, garantia tácita, teoria da representação, teoria dos órgãos e teoria do resultado), cf.: DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Vol. I. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 179-181.

⁴⁸ Como já indicado, controverte a doutrina sobre se teria o legislador escolhido imputar a responsabilidade no campo da proteção de dados pelo fator subjetivo de imputação ou pela técnica objetiva.

⁴⁹ FRADA, Manuel A. Carneiro da. A responsabilidade objectiva por facto de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana. *Direito e Justiça: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*. Lisboa: Universidade Católica Editora, vol. 12, n. 1, 1998, p. 302. No mesmo sentido, BARBOSA, Mafalda Miranda. Data controllers e data processors: da responsabilidade pelo tratamento de dados à responsabilidade civil. *Revista de Direito Comercial*. Lisboa, n. 2, p. 424-494, 2018, p. 462.

de dados pessoais se desenvolve sob a base negocial, já não terá pertinência ao juízo de imputação indireta investigar se o operador atuou estritamente conforme as instruções do controlador ou se atuou positivamente em proveito de uma outra operação de tratamento não especificada (seja em benefício ou não do interesse do controlador).⁵⁰

Se o operador realiza o tratamento “em nome do controlador” como se fosse esse próprio a atuar, seria afrontoso aos imperativos de boa-fé que esse controlador buscasse na intencionalidade do agir de outrem justificativa para a si mesmo exonerar de responder perante o titular do dado pelo modo de cumprimento da prestação que lhe compete.

Os deveres anexos que circundam a relação jurídica do titular com o controlador subjagam a escolha de se servir de um auxiliar para executar a sua própria prestação: se o devedor decide delegar, por escolha e conveniência própria, há de assim fazer respeitando os deveres laterais de proteção à prestação e ao titular do dado. Assim é que o negócio jurídico a instrumentalizar essa delegação vai postular a qualificação de contrato com eficácia de proteção para terceiro⁵¹: nesse contrato, os titulares de dados pessoais “não são partes contratuais (...), mas estão envolvidos, por força da sua situação relativamente ao credor e da sua «proximidade da prestação» (Leitungsnäbe), resultante das circunstâncias, no círculo do contrato”⁵². Esses titulares, porque têm sua esfera jurídica afetada pelo manuseio que o operador empreender a partir desse contrato, qualificam-se terceiros a quem interessa tanto que não se violem os deveres de proteção⁵³, como o próprio cumprimento da prestação que é objeto desse contrato⁵⁴.

⁵⁰ “No terreno contratual, o devedor deve reparar todo o dano causado pelos seus auxiliares. Não há lugar para indagar se o autor material do dano agiu ou não com culpa. O fundamento jurídico da responsabilidade do devedor contratual está em que o ato culposo ou não do auxiliar, não sendo estranho ao mesmo devedor, não pode de nenhum modo ser considerado como caso fortuito ou de força maior, causa liberadora do devedor. Considera-se que há risco contratual a cargo do devedor.” (LIMA, Alvino. *A responsabilidade civil pelo fato de outrem*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 231).

⁵¹ CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha Menezes. *Da boa fé no direito civil*. 5.reimp. Coimbra: Almedina, 2013, p. 619: “pode-se enunciar-se o sentido da eficácia protectora de terceiros: certos contratos compreenderiam, entre os seus efeitos, determinados deveres a cumprir perante pessoas estranhas à sua celebração.”

⁵² PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Almedina Editora, 2003, p. 420.

⁵³ Manuel A. Carneiro da FRADA pontua que a relação de proteção se faz compor de deveres (não destinados à realização do interesse de prestação da outra parte da relação, mas que visam a proteção dela) que podem beneficiar terceiros ou a eles impor-se, independentemente da vontade negocial e de invalidade ou ineficácia originária ou subsequente (*Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 91).

⁵⁴ Para a qualificação do contrato com eficácia protetiva para terceiro, é desimportante que o interesse do terceiro recaia sobre os deveres de proteção ou o cumprimento de deveres específicos do objeto principal do contrato (PENTEADO, Luciano de Camargo. *Efeitos contratuais perante terceiros*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 192).

A natureza desse contrato entre controlador e operador, que situa as pessoas a que se referem os dados pessoais “de tal forma próximas do credor que este, em termos cognoscíveis pelo devedor, «confia na segurança dessas pessoas tanto como na sua»”⁵⁵, vem reforçar o descabimento no juízo de imputação de uma investigação a respeito dos limites de atuação do operador, o qual já resultava dos deveres anexos da relação jurídica do titular com o controlador que condicionam e valoram a escolha de executar a prestação, não pessoalmente, mas através de um terceiro. Se delegou a execução de operações de tratamento além dos limites autorizados pelos titulares, ou se o fez dentro dos limites, mas deles o operador por conta própria se excedeu, o controlador de igual modo falhou em cumprir a sua prestação perante os titulares ao escolher confiar a execução quando não poderia ou em quem não deveria.

Colocada a problemática da imputação indireta separadamente nos domínios da responsabilidade aquiliana e negocial, o exame comparativo revela sensíveis variações no plano de implicações práticas⁵⁶. Na medida em que o ônus probatório referente à demonstração da dupla imputação no campo da responsabilidade extracontratual funciona como filtro da imputabilidade de responsabilidade indireta ao controlador que se serviu de um auxiliar, a impertinência de investigar se o operador atuou estritamente no cumprimento das instruções do controlador e em proveito do seu interesse, nas situações em que o tratamento de dados pessoais se desenvolve sob a base negocial, estabelece uma abrangência potencialmente maior da imputação ao controlador do dever de reparar uma lesão nascida a partir do tratamento executado pelo operador em comparação com o dever de reparar que se pode imputar nas situações em que esse tratamento se desenvolva sob outra base legal⁵⁷.

⁵⁵ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Almedina Editora, 2003, p. 423.

⁵⁶ Sem prejuízo de diferenças que se podem revelar no plano procedimental-probatório, já se notou que o delineamento de dois regimes autônomos e característicos, um próprio à responsabilidade contratual e outro à responsabilidade aquiliana, parece defluir mais da força da tradição do que do desalinhamento dos efeitos de cada qual: “no direito civil brasileiro, as semelhanças são quantitativamente maiores do que as diferenças de regime que se possam identificar entre as espécies de responsabilidade em cotejo” (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Responsabilidade contratual e extracontratual: contrastes e convergências no direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 78).

⁵⁷ Pelo ato do operador que, tendo recebido do controlador instrução para interromper o tratamento e eliminar os dados armazenados diante da revogação da autorização do titular para o tratamento sob base negocial, mesmo assim dá seguimento na atividade de tratamento, tem o controlador responsabilidade negocial pelo cumprimento imperfeito da prestação. Da mesma forma terá responsabilidade negocial o controlador por ato do operador que extrapolar os limites das instruções para executar outra atividade de tratamento, em conexão ou não com os interesses do controlador.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conteúdo do direito fundamental à proteção de dados, somado à exposição a que ele está submetido em uma Sociedade da Informação cada vez mais interessada na coleta e utilização de dados pessoais, justificam a formatação de uma tutela jurídica abrangente em termos de reparação a lesões e sempre atenta aos novos desafios que lhe rodeiam. É nesse contexto que releva colocar também a discussão da possibilidade de uma imputação ao controlador da lesividade do manuseio realizado no âmbito da atuação do operador⁵⁸.

A virtude em tal imputação (nos limites que se lhe admitirem), assim como ocorre em hipóteses outras de imputação por fato de outrem, está em favorecer o ofendido e a reparação da lesão mediante o estabelecimento de um dever de reparar *adicional* ao dever de reparar que a cláusula geral de responsabilidade civil fundada no *neminem laedere* já impõe pessoalmente ao causador direto da lesão. Esse favorecimento se expressa na faculdade conferida ao lesado de dirigir a demanda a quem melhor lhe aprouver⁵⁹ e na ampliação da chance de obter a merecida reparação com a mitigação do risco de eventual insolvência “na medida em que se ajuntam dois patrimônios para suportar” aquela reparação⁶⁰.

A proposta de abordagem bifurcada nos domínios da responsabilidade negocial e da responsabilidade aquiliana, a depender se o tratamento de dados pessoais se desenvolve com fundamento em base negocial ou com suporte em outra base especificada em lei, verificou que nesses casos a problemática se apresenta em termos a determinar em quais circunstâncias fica justificado imputar uma responsabilidade indireta ao agente controlador e enfrenta dificuldades relacionadas à especificação, na particularidade de cada caso concreto, da separação entre as situações em que ao controlador se poderá imputar a lesão nascida de ato do seu preposto (operador), sem que resulte afastado o dever que sobre esse recai de responder pessoalmente pelo dano que causou, e as situações em que não será imputável ao controlador um dever de responder pelo ato do operador.

Já no campo da responsabilidade negocial, a problemática se apresenta na

⁵⁸ Ao lado de outras importantes questões, v.g., amplitude dos danos indenizáveis, titularidade da pretensão à reparação, regimes de responsabilidade e de solidariedade.

⁵⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Atual. Gustavo Tepedino. 10.ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012, p. 134.

⁶⁰ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; BIANCHINI, Luiza Lourenço. A responsabilidade civil do terceiro que viola o contrato. MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Problemas de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Editora Revan, p. 15-31, 2016, p. 27.

perspectiva da compreensão, enquanto um agir próprio do controlador, das ações do auxiliar (*i.e.*, o operador) de quem se serviu para executar a prestação de que era devedor. Tal distinção repercute no plano procedimental-probatório, para além da inversão do *onus probandi* em benefício da vítima, também implicando a dispensa da investigação da dupla imputação, que já não terá pertinência examinar para a afirmação da responsabilidade indireta por atos do operador.

No enfrentamento da problemática de determinar quando se pode imputar ao controlador responsabilidade por lesão produzida a partir do manuseio realizado pelo operador, não são poucos os desafios que se apresentam ao intérprete. Nem por isso servirão de justificativa legítima à construção de uma hermenêutica setorizada baseada em “lógicas próprias”⁶¹ e nem tampouco à entorse da dogmática da responsabilidade civil. Da mesma forma como ponderou Carneiro da Frada a respeito da responsabilidade civil no âmbito das operadoras de internet, em reflexão que empreendeu fiada na valia do pensamento sistemático, também aqui no domínio da proteção de dados a unidade e a totalidade do sistema parecem igualmente confortarem o intérprete de que “encontrará via de regra, no tesouro da dogmática comum da imputação de danos depositado à sua guarda, as soluções mais adequadas para a responsabilidade civil”⁶².

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Mafalda Miranda. Acerca da aplicação do artigo 800º CC a ilícitos extracontratuais – breve apontamento. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro, n. 47, p. 143-183, jul.-dez. 2014.

_____. Data controllers e data processors: da responsabilidade pelo tratamento de dados à responsabilidade civil. *Revista de Direito Comercial*. Lisboa, n. 2, p. 424-494, 2018.

BORDA, Guillermo A. *Tratado de derecho civil argentino: obligaciones*, t. II. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1966.

BLUM, Renato; MALDONADO, Viviane Nóbrega. *LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

⁶¹ SCHREIBER, Anderson. Direito civil e Constituição. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 48, out.-dez./2012, p. 14.

⁶² FRADA, Manuel A. Carneiro da. «Vinho novo em odres velhos»? A responsabilidade civil das operadoras de Internet e a doutrina comum da imputação de danos. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa, vol. 59, n. 2, abr. 1999, p. 692.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 317-342.

_____; QUEIROZ, João Quinelato de. Autodeterminação informativa e responsabilização proativa: novos instrumentos de tutela da pessoa humana na LGPD. *Cadernos Adenauer - Proteção de dados pessoais: privacidade versus avanço tecnológico*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, ano XX, n. 3, p. 113-135, 2019.

CORDEIRO, A. Barreto Menezes. *Direito da proteção de dados*. Coimbra: Editora Almedina, 2020.

CORDEIRO, Antônio Menezes. *Da boa fé no direito civil*. 5.reimp. Coimbra: Almedina, 2013.

_____. *Tratado de direito civil*. Volume VIII: direito das obrigações – gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil. Coimbra: Editora Almedina, 2014.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12.ed. 8. reimp. Coimbra: Editora Almedina, 2020.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Vol. I. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sergio. *Comentários ao novo código civil*, v. 8: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios. 3.ed.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Comentários ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais: fundamentos da lei geral de proteção de dados*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

FRADA, Manuel A. Carneiro da. A responsabilidade objectiva por facto de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana. *Direito e Justiça: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*. Lisboa: Universidade Católica Editora, vol. 12, n. 1, p. 297-311, 1998.

_____. «Vinho novo em odres velhos»? A responsabilidade civil das operadoras de Internet e a doutrina comum da imputação de danos. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa, vol. 59, n. 2, p. 665-692, abr. 1999.

_____. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2005.

KONDER, Carlos Nelson; LIMA, Marco Antônio de Almeida. Responsabilidade civil dos advogados no tratamento de dados à luz da Lei Nº 13.709/2018. EHRHARDT JUNIOR,

Marcos; CATALAN, Marcos; MALHEIROS, Pablo. *Direito Civil e tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 413-429.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. Volume I. 14.ed. Coimbra: Editora Almedina, 2017.

LIMA, Alvino. *A responsabilidade civil pelo fato de outrem*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 120, ano 27, p. 469-483. nov.-dez. 2018.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Responsabilidade contratual e extracontratual: contrastes e convergências no direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Processo, 2016.

_____; BIANCHINI, Luiza Lourenço. A responsabilidade civil do terceiro que viola o contrato. MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Problemas de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2016, p. 15-31.

_____; CASTRO, Diana Paiva de. Potencialidades do direito de acesso na nova Lei geral de proteção de dados pessoais (Lei 13.709/2018). TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 319-342.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Efeitos contratuais perante terceiros*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Atual. Gustavo Tepedino. 10.ed. rev. atual. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad.: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Almedina Editora, 2003.

_____. *Teoria geral do direito civil*. 4.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância – a privacidade hoje*. Org., sel. e apr. Maria Celina Bodin de Moraes. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*, v. 4: responsabilidade civil. 19.ed. São Paulo Saraiva, 2002.

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

SCHREIBER, Anderson. Direito civil e Constituição. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 48, p. 3-26, out.-dez. 2012.

_____; Responsabilidade civil na lei geral de proteção de dados pessoais. DONEDA, Danilo; *et. at. Tratado de proteção de dados*. Rio de Janeiro: Forense, p. 319-328, 2019.

SOUZA, Eduardo Nunes. Nexo causal e culpa na responsabilidade civil: subsídios para uma necessária distinção conceitual. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 7, n. 3, p. 1-58, dez. 2018.

TEPEDINO, Gustavo. A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. In: *Temas de direito civil*. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 201-227.

_____; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. II. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

_____; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil*. vol. 4. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Volume I. 10. ed. 10.reimp. Coimbra: Editora Almedina, 2014.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Almedina, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. 3.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

LESÃO AO TEMPO: CONFIGURAÇÃO E REPARAÇÃO PARA ALÉM DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho*

Sumário: 1. Delineamentos do tempo da pessoa e economia da atenção; 2. O tempo como bem juridicamente tutelado; 2.1. Dignidade e tempo da pessoa humana: liberdade e solidariedade. 2.2; Manifestações do tempo nas relações jurídicas contratuais: prestação principal e deveres anexos da boa-fé objetiva; 2.3. A reparabilidade da lesão ao tempo; 3. Repensando a dogmática: qualificação, limites da lesão ao tempo e suas possibilidades reparatórias; 4. Referências.

*Por seres tão inventivo e pareceres contínuo,
Tempo tempo tempo tempo, és um dos deuses mais
lindos... (Oração ao tempo – Caetano Veloso)*

1. Delineamentos do tempo da pessoa e economia da atenção

A concepção científica de *tempo* originou-se a partir de associações com o conceito de *espaço*. O tempo referia-se à grandeza física necessária para percorrer certo espaço; este último, por sua vez, era o que se podia percorrer em determinado intervalo de tempo¹. E, no decorrer da história, tempo e espaço, entrecruzados, assemelhavam-se como categorias rígidas e impassíveis de controle artificial pelo homem. As distâncias ligavam-se à capacidade física da vida biológica.

Com o advento da modernidade, contudo, meios artificiais criados pelo ser humano pouco a pouco desconstruíram essa estanque relação. Produto da revolução industrial,

* O presente trabalho – ora revisto, atualizado e ampliado – foi publicado originalmente na edição 141 da Revista *Ajuris*. O autor agradece o trabalho de pesquisa do acadêmico de Direito Matheus Garcia na revisão do texto original e na atualização das notas de rodapé.

¹ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001, p. 128

máquinas mais velozes a cada geração, encurtando distâncias, atuam de modo relevante no processo de diminuição do espaço-tempo. Afora isso, a evolução contínua dos meios de comunicação reduziu o espaço entre as pessoas a tal medida que hoje, ao menos virtualmente, as fronteiras sejam eliminadas por completo. A tecnologia, assim, permitiu que se esteja em qualquer local, sem que se faça necessário deslocar-se até ele².

Em cenário em que o fluxo de dados se intensifica e agiganta, em inimagináveis velocidade e volume de informações trocadas, a concepção de tempo na atualidade parece modificar-se de todo. Paradoxalmente, cria-se uma proporção inversa: *quanto mais rápida a sociedade é, menos tempo tem*. A pós-modernidade assiste à renovação de valores outrora considerados fundamentais³. No trato social, a linguagem direta e objetiva prevalece em era de hipercomplexidade. Às reflexões lentas e elaboradas prefere-se o raciocínio dito em tempo real, na constante busca de soluções pragmáticas e imediatas, a fim de se poupar cada segundo. Na percepção sensorial do indivíduo, os ponteiros do relógio passam a correr cada vez mais céleres.

Em paralelo, assiste-se hoje àquilo que se denominou “economia da atenção”⁴. Aqui se observa outra contradição: a escassez de atenção em um mundo rico em informações. Nessa esteira, em virtude da natureza finita do tempo, a atenção humana passa

² Cunha-se a ideia de onipresença virtual, e dentro dessa ordem, então, Zygmunt Bauman, indicando que o *espaço já se encontra conquistado*, propõe renovada relação entre tempo e espaço – processual, mutável e dinâmica (BAUMAN, op. cit., p. 131): “A relação entre tempo e espaço deveria ser de agora em diante processual, mutável e dinâmica, não predeterminada e estagnada. A ‘conquista do espaço’ veio a significar máquinas mais velozes. O movimento acelerado significava maior espaço. Nessa corrida, a expansão espacial era o nome do jogo e o espaço, seu objetivo; o espaço era valor; o tempo, a ferramenta”.

³ Para uma análise aprofundada a respeito da cultura na sociedade pós-moderna, cf. LLOSA, Mario Vargas. *A civilização do espetáculo: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013, p. 27: “a diferença essencial entre a cultura do passado e o entretenimento de hoje é que os produtos daquela pretendiam transcender o tempo presente, durar, continuar vivos nas gerações futuras, ao passo que os produtos deste são fabricados para serem consumidos no momento e desaparecer, tal como biscoitos ou pipoca. Tolstoi, Thomas Mann e ainda Joyce e Faulkner escreviam livros que pretendiam derrotar a morte, sobreviver a seus autores, continuar atraindo e fascinando leitores nos tempos futuros. As telenovelas brasileiras e os filmes de Hollywood, assim como os shows de Shakira, não pretendem durar mais que o tempo da apresentação, desaparecendo para dar espaço a outros produtos igualmente bem-sucedidos e efêmeros”.

⁴ A expressão “economia da atenção” foi utilizada pela primeira vez pelo psicólogo e economista Herbert A. Simon, ganhador do Prêmio Nobel de Economia em 1978: SIMON, Herbert. *Designing Organizations for an Information-Rich World*. In: GREENBERGER, Martin (Org.). *Computers, communications, and the public interest*. Baltimore: Johns Hopkins Press, 1971, p. 40-41: “(...) in an information-rich world, the wealth of information means a dearth of something else: a scarcity of whatever it is that information consumes. What information consumes is rather obvious: it consumes the attention of its recipients. Hence a wealth of information creates a poverty of attention and a need to allocate that attention efficiently among the overabundance of information sources that might consume it”. A economia da atenção também foi tema recente do evento “The Forum Network”, espaço de debates promovido pela OCDE. Disponível em: <<https://www.oecd-forum.org/posts/the-nuts-and-bolts-of-attention-economy>>. Acesso em: 21 jun. 2022.

a ser vista como *commodity*⁵, razão pela qual torna-se objeto de disputa no mercado⁶. Inserida no contexto do capitalismo de vigilância, a economia da atenção busca, precipuamente, tornar a experiência humana a principal matéria-prima na era informacional, de modo a adequá-la à dinâmica mercatória.⁷

A assim chamada economia da atenção consiste em um novo modelo de negócio fundado predominantemente pela publicidade comportamental, que, por sua vez, converte a experiência do usuário – e o tempo por ele despendido – na rede em conhecimento, a fim de conferir mais eficiência à publicidade veiculada no ambiente digital.⁸ Nessa toada, o usuário amolda-se à metáfora do “consumidor de vidro”⁹, sujeito sobre o qual tudo se sabe. No limite, corre-se o risco de uma intolerável transformação da pessoa em simples meio de satisfação de interesses patrimoniais.¹⁰

Está-se diante de sociedade que enxerga no tempo um *bem inestimável e, cada vez mais, escasso, a ser fruído a partir das escolhas próprias de cada pessoa humana*¹¹.

2. O tempo como bem juridicamente tutelado

⁵ Segundo os estudos de Daniel Selim Hamermesh, economista americano e professor emérito de Fundamentos de Economia da Universidade do Texas, no contexto em que se vislumbra a todo momento o afloramento de novos ativos digitais, o tempo, e não o ouro ou outro ativo qualquer, mostra-se o recurso mais escasso – e, portanto, mais valioso – na contemporaneidade, tornando-se essencialmente um tópico de estudo da economia (Hamermesh, Daniel S. *Spending Time: the most valuable resource*. New York: Oxford University Press, 2019).

⁶ BERNHOEFT, Renato. A maior disputa no mercado atual é por atenção. *Valor Econômico*, 26 fev. 2017. Disponível em: <<https://valor.globo.com/carreira/recursos-humanos/noticia/2017/09/26/a-maior-disputa-no-mercado-atual-e-por-atencao.ghtml>>. Acesso em: 21 jun. 2022.

⁷ ZUBOFF, Shoshana. *A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro na nova fronteira do poder*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.

⁸ BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 18-22. Dentre os métodos utilizados pelo mercado de atenção, pode-se citar a técnica batizada de “infinite scrolling”, técnica de programação que permite que o usuário continue “rolando” por uma infinidade de conteúdos ao longo de sua navegação por um longo tempo.

⁹ LACE, Susanne. *The glass consumer: life in a surveillance society*. Bristol: Policy Press, 2005, p. 1: “We are all ‘glass consumers’: others know so much about us, they can almost see through us. Our everyday lives are recorded, analysed and monitored in innumerable ways (...)”.

¹⁰ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano. Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 42. Cf.: CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Los derechos constitucionales en el contexto global y digital: Transformación del sujeto y conversión en objeto. In: ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). *Direitos fundamentais, dignidade, constituição: estudos em Homenagem a Ingo Wolfgang Sarlet*. Londrina: Editora Thoth, 2021.

¹¹ Sobre o valor do tempo livre, remete-se à valiosa passagem de MASI, Domenico de. *O ócio criativo*. Rio de Janeiro: Sextante, 2000, p. 299-300: “Tempo livre significa viagem, cultura, erotismo, estética, repouso, esporte, ginástica, meditação e reflexão. (...) Em suma, [significa] dar sentido às coisas de todo dia, em geral lindas, sempre iguais e divertidas, e que infelizmente ficam depreciadas pelo uso cotidiano”.

Na ciência jurídica, o tempo apresenta diversas perspectivas. Ora se afigura requisito de eficácia de direitos potestativos, os quais, sob pena de perecerem, somente podem ser exercidos dentro de certo prazo (*decadência*). Outras vezes, pode ser concebido como fato jurídico condutor da conversão da posse em propriedade (*usucapião*), ou como pressuposto para a extinção de eventual pretensão, dada a inércia, por seu titular, do exercício de determinada situação jurídica subjetiva (*prescrição extintiva*)¹². Pode também determinar o nascimento ou extinção de determinada situação jurídica subjetiva (como nos casos de oposição de *condição* ou *termo* nos negócios jurídicos)¹³.

Mais recentemente, o tempo passa a se compreender como bem jurídico inerente à pessoa humana, passível, portanto, de tutela pelo ordenamento jurídico. Na pós-modernidade, descrita por Stefano Rodotà como período próprio da sociedade de massa, da vigilância e da classificação, proliferam situações patológicas diante do advento de novas tecnologias¹⁴, pondo em xeque, nesse contexto, a teoria clássica da responsabilidade civil.

2.1. Dignidade e tempo da pessoa humana: liberdade e solidariedade

A Constituição de 88, como se sabe, elevou os valores existenciais ao ápice de tutela do ordenamento. Isso porque a lei maior, no seu art. 1º, III, elegeu a dignidade da pessoa

¹² Esta tentativa de promover uma unidade conceitual aos termos é objeto de críticas pela doutrina. Confirmam-se as críticas de Pontes de Miranda: “Por haver regras jurídicas comuns à prescrição e à usucapião, tentaram a unidade conceptual; mas essa unidade falhou sempre. Também falha, a olhos vistos, a artificial e forçada simetria dos dois institutos” (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. t. VI. Campinas: Bookseller, 2000, p. 139). E, nesta esteira, Orlando Gomes arremata: “Uma vez que a prescrição aquisitiva é conhecida e regulada pelo nome de Usucapião, usa-se, sem qualificativo, a que extingue ou libera direitos. Toda vez que se faz referência à prescrição, pura e simplesmente, designa-se a prescrição extintiva ou liberatória” (GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 384). Assim, à luz das conclusões do saudoso autor baiano, usar-se-á no presente trabalho o termo *prescrição* para designar a hipótese de *prescrição extintiva* ou *liberatória*.

¹³ “A influência que o tempo tem sobre as relações jurídicas é bastante grande, bem como a que tem sobre todas as coisas humanas. E além de grande é também bastante variada. Direitos que não podem surgir senão em dadas contingências de tempo; direitos que não podem ter senão uma duração preestabelecida, quer fixada pela lei, quer pela vontade privada; direitos que não podem exercer-se fora de certo prazo; direitos que se adquirem e direitos que se perdem em consequência do decurso de um certo período de tempo – destes e de outros modos o elemento tempo manifesta a sua importância, posto que frequentemente ele não seja apenas o único fator que produz tais efeitos, mas com ele concorram outros, como o comportamento de uma pessoa, a sua abstenção ao exercício de um poder, a condição subjetiva de boa-fé, a existência ou inexistência de um fato, de uma obra, de um sinal, etc. Não é possível constituir uma regra geral com o modo como a lei trata este importantíssimo elemento, dada a disparidade da sua função de caso para caso. Há, no entanto, alguns princípios de caráter geral que se referem à sua determinação e ao seu cômputo” (RUGGIERO, Roberto. *Instituições de direito civil*, vol. I. São Paulo: Saraiva, 1971, p. 281-282).

¹⁴ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 23-232.

humana como o fundamento que sustenta a república, atribuindo-lhe o papel de alicerce da ordem democrática. Significa dizer que, a partir desta lógica de cunho eminentemente humanista, toda e qualquer relação jurídica, seja pública ou privada, patrimonial ou extrapatrimonial, terá como norte o fim único e exclusivo de proteção da pessoa humana, sob os consectários lógicos de liberdade, solidariedade, igualdade e integridade psicofísica¹⁵.

E, diante dessa nova ordem, percebeu-se, então, a expansão de diversos novos interesses, não previstos (e, muitas vezes, não previsíveis) pelo legislador, mas certamente merecedores de tutela à luz do sistema, porquanto intimamente entrelaçados às potencialidades emanadas do princípio da dignidade da pessoa humana¹⁶.

A título de ilustração, pode-se citar a profusão da tutela de direitos difusos e coletivos. A proteção de interesses transindividuais, sem dúvida, sobretudo após as evoluções científicas e industriais do último século, as quais majoraram o potencial danoso das atividades econômicas sobre a sociedade, se liga de forma direta à tutela da dignidade da pessoa humana. A partir do substrato da solidariedade, estabelece-se não só o direito de respeito à coletividade, como também o dever de cooperação entre as gerações presentes para com as gerações futuras. O cuidado com o meio ambiente, entendido como bem jurídico coletivo intergeracional, ou com o consumidor, o idoso, a comunidade indígena, dentre outros, passa a ser um importante instrumento para a tutela da dignidade da pessoa humana.

Igualmente, o princípio promoveu a ampliação de tutela dos direitos da personalidade¹⁷. Entendida a personalidade como valor unitário, cuja cláusula geral de

¹⁵ "O substrato material da dignidade deste modo entendido se desdobra em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado da vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem garantia de não vir a ser marginalizado. São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral - psicofísica -, da liberdade e da solidariedade" (BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 85).

¹⁶ "Desse modo, as novas possibilidades tecnológicas transformam a teoria dos bens, a partir dos novos centros de interesse que suscitam a incidência jurídica nos espaços de liberdade privada. Tal constatação exige que o intérprete não se atenha a paradigmas ultrapassados, e que, a despeito de eventual identidade estrutural ou material de antigas e novas determinadas situações jurídicas, há de compreender qual a função efetivamente desempenhada pelo bem jurídico a partir dos interesses tutelados" (TEPEDINO, Gustavo. *Liberdades, tecnologia e teoria da interpretação*. *Revista Forense*, v. 419, 2014, p. 419).

¹⁷ Confira-se, ao propósito, a síntese de Ingo Sarlet acerca da importância da relação direitos fundamentais – dignidade humana: "Com efeito, sendo correta a premissa de que os direitos fundamentais constituem – ainda que com intensidade variável – explicitações da dignidade da pessoa, por via de consequência e, ao menos em princípio (já que exceções são admissíveis, consoante já frisado), em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa". E, mais adiante, arremata:

tutela é a dignidade da pessoa humana, torna-se assente que os direitos inerentes ao sujeito de direito, decerto vinculados aos substratos axiológicos da dignidade humana, não se resumem às rígidas disposições do Código Civil nem se apresentam tão somente como direitos subjetivos.¹⁸ Em verdade, dada a abertura promovida pelo princípio, os direitos da personalidade tornaram-se um conceito elástico, os quais se realizam, em concreto, por meio de uma complexidade de situações jurídicas subjetivas e cujo rol legal é apenas exemplificativo¹⁹.

Além dos exemplos acima citados, *o direito ao tempo livre*, objeto de discussões mais recentes, também se mostra interesse merecedor de tutela à luz da dignidade da pessoa humana. Imagine-se, por exemplo, o fornecedor que descumpra seus deveres contratuais e impõe ao consumidor passar horas a fio no SAC da empresa, sendo muitas vezes transferido para uma infinidade de atendentes, que, além de não lhe apresentar a solução adequada para o problema, muitas vezes o tratam sem a urbanidade adequada. Cuida-se, sem dúvida, de uma *lesão ao tempo*, que priva o consumidor de realizar a atividade que melhor lhe aprouver por ter que resolver um problema causado pelo vício ou fato do produto adquirido, ou do serviço prestado pelo fornecedor.

Essa espécie de lesão, embora comumente associada às relações consumeristas tendo em vista a discrepância técnica, econômica e informacional existente entre as partes, a propiciar atitudes abusivas por parte dos fornecedores, a elas não se restringe. Em qualquer relação jurídica, inclusive nas paritárias, o titular da situação jurídica, ao tentar exercê-la, pretende, em última análise, concretizar sua liberdade individual e a contraparte,

“Em suma, o que se pretende sustentar de modo mais enfático é que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que ‘atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais’, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferimos). Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade”. (SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 84-85).

¹⁸ “A rigor, as previsões constitucionais e legislativas, dispersas e casuísticas, não logram assegurar à pessoa proteção exaustiva, capaz de tutelar as irradiações da personalidade em todas as suas possíveis manifestações. Com a evolução cada vez mais dinâmica dos fatos sociais, torna-se assaz difícil estabelecer disciplina legislativa para todas as possíveis situações jurídicas de que seja a pessoa humana titular”. (TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 50).

¹⁹ Sobre o tema, v. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil: introdução ao direito civil-constitucional*. 2 Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 154-155 e BODIN DE MORAES, Maria Celina. Ampliando os direitos da personalidade. In: *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 121-149.

por sua vez, tem o dever contraposto, imposto pela solidariedade social, de cooperar, sempre que possível, para a concretização de tal pretensão.²⁰

Em razão da sua “intangibilidade, ininterruptibilidade e irreversibilidade”²¹, a lesão ao tempo pode gerar, como se verá adiante, dano de natureza patrimonial ou extrapatrimonial, a depender dos efeitos gerados *in concreto* sobre a vítima. Expressões como *perda do tempo livre*, *perda do tempo útil*, *desvio produtivo* e *dano temporal* ou *cronológico* cunharam-se em doutrina e jurisprudência para designar essa nova manifestação lesiva²²⁻²³.

2.2. Manifestações do tempo nas relações jurídicas contratuais: prestação principal e deveres anexos da boa-fé objetiva

Uma vez compreendido como bem juridicamente tutelável, como visto acima, o tempo passa, de noção de cunho sociológico e filosófico, a objeto de relações jurídicas contemporâneas, em especial das relações de consumo. Na realidade contemporânea, na qual tudo é imediato, mas, paradoxalmente, não há tempo para nada, a celeridade do serviço ofertado cada vez mais se mostra um diferencial em propagandas na mídia. Vende-se o tempo, se não como um produto em si mesmo, como um *plus* conferido ao serviço bem prestado.

Ontologicamente, o tempo, no cenário contratual contemporâneo, apresenta-se ora associado à prestação principal, ora como manifestação do princípio da boa-fé objetiva, a partir dos deveres anexos dele emanados.

²⁰ “A concepção atual de relação jurídica, em virtude da incidência do princípio da boa-fé, é a de uma ordem de cooperação, em que se aluem as posições tradicionais do devedor e credor” (SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 97).

²¹ MAIA, Maurilio Casas. O dano temporal indenizável e o mero dissabor cronológico no mercado de consumo: quando o tempo é mais que dinheiro – é dignidade e liberdade. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 92, 2014, p. 162.

²² Dentre outras dimensões do fator tempo, a doutrina especializada identifica uma perspectiva dinâmica, na qual “o tempo é um ‘fato jurídico em sentido estrito ordinário’, ou seja, um acontecimento natural, apto a deflagrar efeitos na órbita do Direito”. E uma perspectiva estática, segundo a qual “o tempo é um valor, um relevante bem, passível de proteção jurídica” (GAGLIANO, Pablo Stolze. Responsabilidade civil pela perda do tempo. *Revista*

Jurisvox, ano 14, n. 14. Pato de Minas: UNIPAM, 2013. Disponível em: <<https://revistas.unipam.edu.br/ind-ex.php/jurisvox/issue/view/65>>. Acesso em: 6 set. 2016). V. tb. MAIA, Maurilio Casas, op. cit., p. 161-176.

²³ TJRJ, 20ª C.C., Ap. Cív. 0019540-22.2020.8.19.0004, Rel. Des. Eduardo Abreu Biondi, julg. 06.07.2022, DJe 08.07.2022; TJRS, 15ª C.C., Ap. Cív. 50051845220188210132, Rel. Des. Leoberto Narciso Brancher, julg. 05.06.2022, DJe 22.06.2022; TJDF, 3ª T. Cív., Ap. Cív. 0710244-51.2019.8.07.0020, Rel.ª Des.ª Maria de Lourdes Abreu, julg. 08.04.2021, DJe 17.05.2021.

Como exemplo da primeira vertente, imagine-se a contratação do serviço de entrega expressa. A rapidez integra-se à essência do negócio pactuado, de tal forma que o descumprimento do prazo estipulado configura inadimplemento da prestação principal. Trata-se do que se pode denominar *tempo-produto*.

De outro turno, pode-se entrever, ínsita ao dever de colaboração presente em toda e qualquer relação de consumo, a obrigação de o fornecedor de produtos e serviços não fazer seu cliente perder tempo. Em outras palavras, cuida-se da necessidade da adoção de medidas, dentro de parâmetros mínimos de razoabilidade, para que não haja lesão ao tempo do consumidor, em homenagem ao princípio da boa-fé objetiva.

Expandindo a análise para relações paritárias, a consagração, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, da responsabilidade civil pré-contratual associa-se a esse processo de reconhecimento da reprovabilidade da conduta que gera perda de tempo a outrem. Com efeito, a reparabilidade do chamado *interesse negativo*, nos casos de violação à legítima expectativa depositada, pela contraparte, na celebração de determinado negócio, também tem por objetivo justamente indenizar danos patrimoniais decorrentes da lesão ao tempo sofrida pelo negociante, em razão da confiança despertada quanto à concretização futura do contrato. Em tais casos, o negociante vítima da ruptura injustificada das tratativas realizou investimentos – danos emergentes –, desfez negócios e perdeu oportunidades – lucros cessantes e perda de chances – que configuram efeitos da lesão ao tempo provocada pela quebra de sua legítima expectativa.²⁴

Diretamente associado ao tema da lesão ao tempo, o princípio da boa-fé objetiva constitui uma cláusula-geral de fundamental importância para a abertura e mobilidade do sistema²⁵ à análise da conduta das partes em todas as relações jurídicas²⁶. Dos artigos 113, 187 e 422 do Código Civil extraem-se suas três funções principais: a interpretação dos

²⁴ “Configurada, com efeito, a ruptura injustificada das tratativas e a consequente violação da expectativa legítima da parte, impõe-se o dever de reparar os danos experimentados, tradicionalmente calcado nos interesses negativos comprovadamente produzidos pela ruptura injusta”. (TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil*, vol. 4. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 21).

²⁵ A esse respeito, cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 279-289.

²⁶ “O comportamento das pessoas deve respeitar um conjunto de deveres reconduzidos, num prisma juspositivo e numa óptica histórico-cultural, a uma regra de actuação de boa-fé (...) no período pré-negocial, na constância de contratos válidos, em situações de nulidades contratuais e na fase posterior à extinção de obrigações” (CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 632).

negócios jurídicos, a criação de deveres anexos e a limitação ao exercício disfuncional dos direitos²⁷.

Com efeito, ao lado dos interesses individuais de cada contratante, deve-se atentar para a finalidade objetivamente perseguida pelas partes, com a criação de *standards* jurídicos de conduta²⁸. Os deveres anexos – como os de lealdade, informação, proteção – impõem um dever geral de colaboração, tanto na fase pré-contratual, quanto na execução do contrato e, ainda, mesmo após a sua conclusão²⁹. Trata-se de relevante realização do princípio constitucional da solidariedade social, que, por meio da criação de deveres anexos, faz-se prevalecer a cooperação à concorrência³⁰, o solidarismo ao voluntarismo e a tutela das vulnerabilidades à proteção de um sujeito abstrato e anônimo³¹.

2.3. A reparabilidade da lesão ao tempo

Em doutrina, colhem-se fundamentos diversos para justificar a reparação por perda indevida de tempo³².

²⁷ “São tradicionalmente imputadas à boa-fé objetiva três distintas funções, quais sejam a de cânone hermenêutico-integrativo do contrato, a de norma de criação de deveres jurídicos e a de norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos (...)” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistemática e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 427-428).

²⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistemática e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 411.

²⁹ “La ‘buena fe’ exige de cada uno de los contratantes el considerar como declarado por ambos y vigente como contenido del contrato y, por tanto, como conforme a su sentido, y como pactado objetivamente, de igual forma que si resultase exigido en el contrato mismo, todo aquello derivado no sólo de su tenor literal, sino de la finalidad objetiva reconocible del contrato, de la conexión con su sentido y de su idea fundamental; atendiendo, en el caso concreto, a los usos del tráfico existentes y a los intereses de los contratantes” (LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*, t. I, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, p. 118-119). Em tradução livre: “A boa-fé exige de cada um dos contratantes considerar como declarado por ambos e vigente como conteúdo do contrato e, portanto, como conforme ao seu sentido, e como pactado objetivamente, como se fosse exigido pelo próprio contrato, tudo que deriva não só do teor literal, mas da finalidade objetiva reconhecível do contrato, da conexão com seu sentido e sua ideia fundamental; atendendo, no caso concreto, aos usos do tráfico existentes e aos interesses dos contratantes”.

³⁰ FACHIN, Luiz Edson. *Transições do direito civil. Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 61.

³¹ “Justifica-se por mais essa razão, plenamente, a *tutela geral* (abstrata) da pessoa humana, ontologicamente vulnerável, não só nas relações econômicas, como as de consumo, mas em todas as suas relações, especialmente as de natureza existencial, e a *tutela específica* (concreta), de todos os que se encontrem em situação de desigualdade, por força de circunstâncias que potencializem sua vulnerabilidade, ou que já os tenham vulnerado, como forma de assegurar a igualdade e a liberdade, expressões por excelência da dignidade humana” (BARBOZA, Heloisa Helena. *Proteção dos vulneráveis na Constituição de 1988: uma questão de igualdade*. In: NEVES, Thiago. (Coord.). *Direito & justiça social: por uma sociedade mais justa, livre e solidária: estudos em homenagem ao Professor Sylvio Capanema de Souza*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 109).

³² Milena Donato Oliva aduz que o inadimplemento pode gerar “lesão moral subsequente, decorrente dos desdobramentos da perpetuação da falta contratual”, no que se refere aos interesses existenciais merecedores de tutela, como no caso do direito ao tempo livre (OLIVA, Milena Donato. *Dano moral e inadimplemento*

Ponha-se entre parênteses que a análise da ressarcibilidade em razão da perda de tempo não deve ser associada à ilicitude do comportamento lesivo. Em outras palavras, ainda que não haja norma expressa prevendo a reparação dos danos decorrentes da perda de tempo, a contrariedade ao ordenamento é evidenciada na tutela dada pelo sistema ao tempo como valor jurídico, como visto acima. Dessa forma, independentemente de se tratar de conduta lícita, ilícita ou abusiva³³, poderá haver dano indenizável se a conduta do ofensor atingir de modo indevido a esfera jurídica da vítima, ocasionando-lhe danos patrimoniais ou extrapatrimoniais.

À verificação do dano reparável não se procede em abstrato, aprioristicamente. Depende-se, a bem da verdade, *da ponderação entre os interesses, circunstâncias, condutas, expectativas, enfim, dos inúmeros fatores verificáveis apenas em concreto*. Será, então, por meio do balanceamento desses diversos vetores, na construção do ordenamento do caso concreto, que o intérprete aferirá a ressarcibilidade do dano.

Admitir-se a reparabilidade da lesão ao tempo, em seus reflexos patrimoniais e morais, não significa, portanto, que todos os casos em que haja algum dispêndio de tempo

contratual nas relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 93, 2014, p. 13). Para Aline de Miranda Valverde Terra, trata-se “de novo suporte fático de dano, vale dizer, de nova situação lesiva de interesse merecedor de tutela: ao violar seu dever contratual e impor ao consumidor dedicação de tempo extra à solução do problema, o fornecedor causa lesão à sua liberdade. A proteção jurídica do consumidor deve atender, sobretudo, à promoção da dignidade da pessoa humana, proclamada pela Constituição entre seus princípios fundamentais e reconhecida como valor supremo e absoluto da ordem jurídica democrática, razão pela qual a lesão perpetrada há de ser integralmente indenizada” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. Danos autônomos ou novos suportes fáticos de danos? Considerações acerca da privação do uso e da perda do tempo nas relações de consumo. In: KNOERR, Viviane Coêlho de Séllos; FERREIRA, Keila Pacheco; STELZER, Joana. (Org.). *Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo*. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/i9jl1a02/35mAX814coubd1nt.pdf>. Acesso em: 6 set. 2016). Maurilio Casas Maia se baseia na violação à dignidade da pessoa humana e à liberdade (MAIA, Maurilio Casas, op. cit., p. 162). Já para Pablo Stolze Gagliano “uma indevida interferência de terceiro, que resulte no desperdício intolerável do nosso tempo livre, é situação geradora de potencial dano, na perspectiva do princípio da função social” (GAGLIANO, Pablo Stolze, op. cit., p. 25). André Gustavo Corrêa Andrade, por sua vez, sustenta que o dano se verificará em função da “desídia, desatenção ou despreocupação de obrigados morosos, na grande maioria das pessoas jurídicas, fornecedoras de produtos ou serviços, que não investem como deveriam no atendimento aos consumidores” (ANDRADE, André Gustavo Corrêa. Dano moral em caso de descumprimento de obrigação contratual. *Revista da EMERJ*, vol. 8, n. 29, 2005, p. 134-148).

³³ Antunes Varela, ao vincular o abuso de direito à boa fé objetiva, declara que o fator subjetivo, até mesmo no ato abusivo, poderá ser relevante: “Se, para determinar os limites impostos pela boa-fé e pelos bons costumes, há que atender de modo especial às concepções ético-jurídicas dominantes na coletividade, a consideração do fim econômico ou social do direito apela de preferência para os juízos de valor positivamente consagrados na lei. Não pode, em qualquer dos casos, afirmar-se a exclusão dos factores subjetivos, nem o afastamento da intenção com que o titular tenha agido, visto esta poder interessar, quer à boa fé ou aos bons costumes, quer ao próprio fim do direito” (VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*, vol. I. Coimbra: Almedina, 2000, p. 546).

para o exercício de certa situação jurídica, só por este fator, enseje dano a ser indenizado.³⁴ Convém insistir, a verificação do resultado danoso depende do balanceamento de todas as circunstâncias fáticas presentes na situação em debate.³⁵

Portanto, independentemente da existência de previsão legal expressa, a reparabilidade do dano decorrente de lesão ao tempo, no direito brasileiro, decorre da constatação de dano patrimonial ou de dano moral, que, no entanto, deve restar caracterizado no caso concreto, não sendo qualquer dissabor, aborrecimento ou mesmo dispêndio de tempo que importará automaticamente em lesão ao tempo.

Em contraste, o ordenamento italiano faz depender a reparação do dano não patrimonial de expressa previsão legislativa nesse sentido. Assim, a Corte de Cassação Italiana, julgando caso em que a indenização pleiteada pela perda do tempo relacionava-se à consequência do mau serviço prestado pelo fornecedor – o qual obriga o consumidor a desviar seu tempo livre para sanar os defeitos da prestação do serviço contratado – em decisão de 2011, acabou por negar indenização por danos morais na espécie. No caso, o autor da demanda alegava que havia perdido horas de seu tempo livre ao tentar resolver um problema com sua linha telefônica. Entendeu-se, além do mais, que o tempo livre não constituiria um direito fundamental da pessoa, não sendo, portanto, um direito constitucionalmente protegido, uma vez que o seu exercício dependeria da escolha individual de como empregar o tempo livre³⁶. Embora reflita em alguma medida o quadro

³⁴ “Não há que se falar em indenização por dano moral em situação em que a conduta bancária foi praticada como medida de segurança contra fraude e não por falha na prestação de serviço. Ademais, houve desbloqueio do cartão logo após a notícia do ocorrido, o que corrobora que o banco apelado apenas agiu com a diligência usual em casos como o descrito nos autos, ficando afastada, por conseguinte, a incidência da teoria da indenização pela perda do tempo livre (‘a ocorrência de sucessivo e contumaz mau atendimento ao consumidor, gerando a perda de tempo útil, enseja a reparação civil’ – Acórdão: 633.653, 6ª Turma Cível, Rel.: Des. Vera Andriighi, DJe: 22/11/2012)” (TJ/DF, Ap. Cív. 20130111357400, Rel. Des. Romulo de Araujo Mendes, julg. 5.11.2014).

³⁵ Nesse sentido, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em julgado que tratava do tempo gasto por consumidor na tentativa de solucionar problemas gerados pelo fornecedor, concluiu pela necessidade de efetivo prejuízo à dignidade para que surja o dever de reparar: STJ, 4ª T., REsp 1406245/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 24.11.2020.

³⁶ “Non ha diritto al risarcimento del danno non patrimoniale conseguente alla perdita del próprio tempo libero l’avvocato che ‘perde’ quattro ore per farsi riattivare la linea adsl a causa delle informazioni sbagliate fornite dall’operatore telefonico. Nella specie, va riconosciuto solo il diritto al risarcimento dei danni subiti per l’illegittima sospensione delle linee telefoniche urbane e per le errate informazioni ricevute. Il diritto al tempo libero, infatti, non costituisce un diritto fondamentale dell’uomo e, nella sola prospettiva costituzionale, non integra un diritto costituzionalmente protetto, e ciò per la semplice ragione che il suo esercizio è rimesso alla esclusiva autodeterminazione della persona, che è libera di scegliere tra l’impegno instancabile nel lavoro e il dedicarsi, invece, a realizzare il suo tempo libero da lavoro e da ogni occupazione” (Cass. Cív., Sez. III, 27, abril 2011, n. 9422). Em tradução livre: “Não possui direito ao ressarcimento do dano extrapatrimonial e, consequentemente, da perda do próprio tempo livre, o advogado que ‘perde’ quatro horas para reativar a linha adsl, em razão das informações equivocadas fornecidas pelo operador de telefonia. No caso, só pode ser reconhecido o ressarcimento dos danos súbitos por ilegítima suspensão da linha telefônica urbana e pelas

normativo de seu país, o entendimento exposto no julgado não pode ser transposto acriticamente para o Brasil, em face da diferença essencial entre a experiência normativa brasileira e a italiana. Nesta última, à luz do artigo 2.059 do *Codice Civile*³⁷, a ressarcibilidade do dano moral se restringe aos casos previstos em lei, enquanto, no Brasil, o assunto espraia-se por força do conteúdo aberto das cláusulas gerais.

Ademais, há determinadas hipóteses em que leis estaduais e municipais preveem tempo máximo de espera em filas bancárias ou no serviço de atendimento ao consumidor (SAC). Em outras circunstâncias, no entanto, não há estipulação normativa expressa a disciplinar a perda indevida de tempo. Em todo e qualquer caso, a ressarcibilidade decorrerá não da exigência de previsão legal expressa³⁸, mas da *tutela jurídica do tempo*, seja como prestação principal da obrigação, seja como resultado do dever geral de colaboração imposto pelo princípio da boa-fé objetiva, como visto acima.

Em rigor, fazer a indenização do dano depender de previsão legislativa específica no Brasil, nos moldes da técnica da subsunção³⁹, da literalidade do código civil italiano e dos modelos normativos oitocentistas, seria retrocesso incompatível com o quadro atual da ciência do Direito pátria, além de se mostrar injustificável apego formalista⁴⁰. Faz décadas que o intérprete passou a assumir, como se sabe, papel fundamental na aplicação do Direito,

informações equivocadas recebidas. O direito ao tempo livre, de fato, não constitui um direito fundamental do homem e, apenas na perspectiva constitucional, não integra um direito constitucionalmente protegido, e isto pela simples razão que o seu exercício depende da exclusiva determinação da pessoa que é livre para escolher entre o empenho incessante no trabalho e o dedicar-se, ao contrário, a desfrutar de seu tempo livre fora do trabalho e de qualquer ocupação".

³⁷ "Art. 2059, Codice Civile. Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo ei casi determinati dalla legge". Em tradução livre: O dano não patrimonial deve ser ressarcido apenas nos casos determinados pela lei.

³⁸ Como leciona Pietro Perlingieri, "a individuação de um interesse merecedor de tutela – elevado portanto a situação subjetiva, com um correspondente bem – é realizada pelo ordenamento não apenas com base em regras, mas também com base em princípios". Dessa forma, para que "seja possível dizer que o ordenamento reconheceu um bem jurídico, não é necessário que exista uma norma regulamentar (os bens jurídicos não o são em número taxativo)". A qualificação do bem pode ser feita exclusivamente por meio de "princípios (não em abstrato, mas se, na hipótese concreta, o princípio ou uma combinação de princípios fizer emergir um bem)" (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil: introdução ao direito civil-constitucional*, op. cit., p. 237).

³⁹ Sobre o tema, cf. TEPEDINO, Gustavo. O ocaso da subsunção. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 444.

⁴⁰ "No filão formalista coloca-se quem relega a praxe fora da própria reflexão, considerando-a um acidente e privilegiando a norma como objeto da interpretação: afirma-se ora o primado da lei, ora aquele dos conceitos e das definições, reduzindo ao mínimo a confrontação com o fato e a história, ou considerando os perfis fenomenológicos distintos e separados do direito. Ficam assim garantidas a unidade e a coerência do sistema, mas com a perda do contato com o dinamismo social externo, com a dimensão diacrônica do direito" (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 94).

permitindo a boa comunicação entre lei e práxis⁴¹. Na teoria da responsabilidade civil contemporânea, atenta ao contexto de multiplicação de novos centros de interesse e da celeridade das inovações tecnológicas, o dano tornou-se um *conceito aberto*.

Nesta esteira, passou a ser função do intérprete suprir as insuficiências da literalidade da norma codificada. Aliás, o cenário hodierno dos ordenamentos jurídicos, lastreados em previsões legais incompletas ou de cunho mais generalistas, com o incremento quantitativo e qualitativo das chamadas cláusulas gerais, contribuiu sobremaneira para o ocaso da subsunção.⁴² Compreendido o ordenamento como todo unitário, exige-se do julgador papel criativo na individuação da normativa aplicável⁴³. Significa dizer que o intérprete realizará a ponderação de interesses, afastando ou integrando diversas regras e princípios do sistema, para que possa, ao final, construir a norma do caso concreto que melhor realize os pilares fundamentais da ordem jurídica⁴⁴.

3. Repensando a dogmática: qualificação, limites da lesão ao tempo e suas possibilidades reparatórias

Desenham-se, no sistema jurídico brasileiro, expressivas controvérsias acerca da lesão ao tempo. A primeira diz respeito à qualificação do dano decorrente da lesão, vale dizer, se possui natureza de dano moral, material ou categoria autônoma. Os autores

⁴¹ "O momento da factualidade é absolutamente ineliminável do momento cognoscitivo do direito que, como ciência prática, caracteriza-se por moventes não historiográficos ou filosóficos, mas aplicativos" (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 132).

⁴² Seja consentido remeter a MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Reflexões metodológicas: a construção do observatório de jurisprudência no âmbito da pesquisa jurídica. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 9, 2016, p. 13: "Por efeito de tal imperativo, a subsunção – mecanismo silogístico de aplicação da lei ao fato da vida – resta superada. Nas nuances do caso concreto, cabe ao intérprete superar a análise meramente estrutural (o que é?), para privilegiar a funcionalização dos interesses irradiados (para que servem?), por meio de interpretação aplicativa dos comandos infraconstitucionais à luz da Carta Magna ou pela aplicação direta dos princípios e valores constitucionais. A aplicação e a interpretação do Direito constituem, como já assentado, operação unitária e sobreposta".

⁴³ "Individuar a normativa a ser aplicada no caso concreto, ou seja, individuar o ordenamento jurídico do caso concreto, é obra do intérprete, que se vale dos princípios e das regras que se encontram na totalidade da experiência e da realidade histórica. A sua tarefa, portanto, não é uma operação mecânica, mas sim, cultural, muito absorvente, socialmente relevante e controlável" (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, op. cit. p. 130).

⁴⁴ "A norma age sobre a conduta por meio de uma operação intelectual (interpretação), destinada a proporcionar sua correta compreensão e a determinar a apreciação do interessado: em outros termos, age mediante uma atividade destinada a fazer com que ele saiba, quer ele se encontre ou não na condição (hipótese de fato ou espécie) prevista pela própria norma. (...) Sendo assim, a interpretação jurídica é destinada a uma função normativa pela própria natureza do seu objeto e do seu problema, que a coloca em correlação com a aplicação da norma entendida no sentido que acabamos de explicitar" (BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 11-12).

mostram-se divergentes quanto à natureza do "dano cronológico". Para alguns, trata-se de uma categoria autônoma relativamente aos danos material e moral⁴⁵. Outros, em posição dissonante, sustentam que a perda de tempo útil possui, na verdade, natureza jurídica de dano moral⁴⁶.

Em termos práticos, a jurisprudência, a bem da verdade, acha-se vacilante quanto à qualificação da situação problema, como dito aqui: se a lesão ao tempo configura espécie de dano moral ou categoria autônoma. Percebe-se certa inclinação a favor da tese de que a perda de tempo útil gera, única e exclusivamente, dano moral⁴⁷. Os acórdãos do TJRJ têm adotado majoritariamente essa corrente. As mais das vezes, as demandas que deságuam no judiciário apresentam como pressuposto fático a espera exorbitante em filas de bancos. Nesses casos, parece que se evidenciam com mais nitidez os contornos do dano moral, mesmo porque em certas situações o tempo de espera foge a qualquer expectativa do cliente – vale conferir, sob tal prisma, recente decisão do TJRS que condenou instituição financeira a indenizar o consumidor no montante de R\$ 4.400,00 (quatro mil e quatrocentos reais), a título de danos morais, em razão da sua espera de *mais de três horas na fila*⁴⁸.

Por outro lado, adotando tese oposta à corrente majoritária, colha-se sentença, que considerou ser o desvio produtivo de tempo um dano autônomo. Segundo o magistrado “(...) o direito à proteção do tempo útil ou produtivo do consumidor revela-se como verdadeiro direito fundamental implícito”, possuindo nítida autonomia em relação aos danos morais. “Dano moral é aquele que ofende direitos extrapatrimoniais, voltados à personalidade humana, como honra, imagem, privacidade, liberdade”, prossegue o *decisum*. Já o desperdício do tempo produtivo, para o sentenciante, configuraria violação aos interesses do consumidor “na sua essência imutável, de carregar consigo a

⁴⁵ MAIA, Maurilio Casas, op. cit., p. 162.

⁴⁶ DESSAUNE, Marcos. *Desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 134.

⁴⁷ V. STJ, 3ª T., Rel. Min. Sidnei Beneti, AgRg no AREsp 39.789, julg. 20.10.2010; TJSP, 5ª C. Dir. Priv., Rel. Des. Fábio Podestá, Ap. Civ. 0007852-15.2010.8.26.0038, julg. 13.11.2013; TJRJ, 27ª CC, Rel. Des. Fernando Antônio de Almeida, Ap. Civ., 0460569-74.2012.8.19.0001, julg. 27.01.2014.

⁴⁸ “Responsabilidade civil. Ação de indenização por danos morais decorrentes de longo tempo de espera em Fila no banco e da negativa de atendimento. Dano configurado. Dever de indenizar. Quantum mantido. I. Caso dos autos em que a autora postula a condenação do réu no ressarcimento dos danos morais experimentados em decorrência da negativa de atendimento pelo caixa depois de mais de três horas na fila, sofrendo vergonha e humilhação. II. A ré responde objetivamente pelos danos sofridos, em virtude do fornecimento de serviço defeituoso no mercado de consumo, nos termos do art. 14, do CDC. In casu, a prova dos autos indica a presença de falha na prestação do serviço e dano à autora. III. O fato narrado ultrapassou o mero dissabor, uma vez que as adversidades sofridas pela autora, a aflição e o desequilíbrio em seu bem-estar, fugiram à normalidade. Manutenção do montante indenizatório. Apelação cível e recurso adesivo desprovidos” (TJRS, Ap. Cív. 70070938816, 10ª C.C., Rel. Des. Túlio de Oliveira Martins, julg. 29.9.2016).

possibilidade de sentir e viver as mudanças da vida, que só o desfrute do tempo poderá propiciar-lhe”. E, nesta trilha, seguiu o magistrado:

É por isso que, ao contrário do que se passa na reparação dos danos morais, a reparação pelo desperdício de tempo produtivo envolverá, sempre, a conjugação de vários direitos da personalidade, indevidamente violados: liberdade, trabalho, lazer, às vezes saúde, convivência familiar, estudos. Assim, enquanto na reparação dos danos morais a violação de vários direitos da personalidade é contingente, pode ou não ocorrer, na reparação pelo tempo desperdiçado, ao contrário, é imanente, pois sempre envolverá o menoscabo a vários direitos da personalidade.⁴⁹

Em doutrina, compartilhando da mesma concepção teórica, há quem sustente que o reconhecimento da autonomia da lesão temporal conferiria maior eficácia à “repercussão pedagógica” das indenizações⁵⁰.

Cumprir registrar que neste ensaio se defende que a perda de tempo não é nem um *tertium genus* de dano, ao lado do material e do moral, nem tampouco uma espécie, ou hipótese de dano moral. Na esteira do que, em outra sede, já se disse acerca do chamado dano estético⁵¹, a caracterização do dano decorre do efeito que ele produz na vítima, e não da natureza do interesse juridicamente tutelado. Ou seja, a sua real qualificação variará conforme os reflexos da lesão ao interesse juridicamente protegido, os quais, no sistema brasileiro, podem ser de duas ordens: patrimonial ou moral.

Firma-se, mais uma vez assim, o posicionamento de que a *lesão* é a indevida interferência em bem jurídico tutelado, enquanto o *dano* são os efeitos decorrentes dessa invasão ilegítima na esfera jurídica da vítima.

Neste sentido, caso se verifique que a vítima, em razão da perda do seu tempo livre (i.e., devido à lesão ao bem jurídico tempo) sofreu uma efetiva diminuição patrimonial (dano emergente) ou uma concreta privação do que poderia ganhar (lucros cessantes), configurado estará o dano material. Se, sob outro aspecto, a lesão gerar efeitos

⁴⁹ TJSP, Comarca de Jales, Vara do Juizado Cível e Criminal, Juiz de Direito Dr. Fernando Antonio de Lima, Processo nº 0005804-43.2014.8.26.0297, julg. 28.8.2014.

⁵⁰ Assim como o referido magistrado, Maurilio Maia Casas sustenta que “o reconhecimento da autonomia do dano temporal ensejará maior *repercussão pedagógica* entre os fornecedores na seara da responsabilização civil por perda indevida de tempo, uma vez que *o tempo humano passará a ter valor em si mesmo* considerado e não por eventuais consequências econômicas ou morais de sua violação – as quais poderão ser reparadas conjuntamente, afirme-se *en passant*” (MAIA, Maurilio Casas, op. cit., p. 162).

⁵¹ Confira-se: “Do mesmo modo, a lesão estética não é uma terceira espécie de dano, autônoma em relação aos danos morais e materiais. Deve-se entender por tal a lesão aos bens jurídicos integridade física e imagem, as quais podem gerar efeitos patrimoniais (dano patrimonial), ou efeitos extrapatrimoniais (dano moral)” (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Elementos de responsabilidade civil por dano moral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 49-62).

extrapatrimoniais objetivamente apreciáveis, estar-se-á diante de um dano moral⁵². Sob essa perspectiva, portanto, que considera o dano como efeito da lesão, mostram-se insuficientes a criação de categoria autônoma sob a alcunha de “dano temporal” ou análogos e a afirmação que o restringe a dano moral. No exemplo genérico da injustificada perda do tempo na fila de agência bancária, é bem crível que, para além da questão extrapatrimonial, decorram do inesperado atraso efeitos de ordem patrimonial na vítima, como a perda de compromissos profissionais e, em última análise, do tempo produtivo que se esvai na longa espera (exemplos do representante comercial e do taxista parados).

E, para fins didáticos, tendo em vista que o menoscabo incide sobre o bem jurídico *tempo*, parece mais adequado designar-se a situação objeto da presente análise como *lesão ao tempo*, evitando-se a confusão entre a lesão e seus efeitos, os prejuízos patrimoniais e/ou morais dela decorrentes, quer dizer, *os danos*.

De igual modo, as consagradas denominações “desvio produtivo do consumo” ou, tão somente, “perda do tempo útil” revelam-se, no rigor técnico, inapropriadas, pois parecem conter carga predominantemente patrimonialista e utilitarista. Associar a lesão ao tempo do consumidor às expressões “desvio produtivo do consumo” ou de “perda de tempo útil” pode fazer transparecer a ideia de que só estaria configurada a lesão quando o ofendido perdesse tempo considerado produtivo aos olhos externos. Em outras palavras, a lesão estaria não no desperdício do tempo em si, entendido como objeto de tutela do

⁵² O professor argentino Sergio Sebastián Barocelli, em consonância com o aqui se defende, indica que a perda de tempo útil pode gerar efeitos patrimoniais (danos emergentes e lucros cessantes) e morais. O Autor, indica, ainda, que a perda de tempo útil implica uma lesão ao que ele chama de “direito ao tratamento digno”. Confira-se: “En primer término, la pérdida de tiempo puede vislumbrarse en un daño emergente: un daño a la salud o integridad física ante la tardanza en la atención sanitaria, la pérdida de un servicio de transporte (aéreo, terrestre, marítimo etc.). Dichos caso creemos que no genera demasiada dificultad, por lo que no profundizaremos al respecto. Pero también en los supuestos que analizamos en este trabajo (defectos de producto, deficiencias en la prestación de servicios etc.) pueden generar gastos que configuran un daño emergente: llamadas telefónicas, procuración de copias para denuncias y reclamaciones, traslado y viáticos, entre otros, que merecen ser compensados. (...) En segundo término, la pérdida de tiempo puede encuadrarse en un supuesto de lucro cesante. Tiempo que, por ser escaso, el consumidor le resta a sus actividades económicas, caso que implicaría un lucro cesante (actividad laboral, productiva, profesional etc.) o, en sentido más técnico, al desarrollo de actividades esenciales para la vida (descanso, ocio, vida familiar y de relación) o de su personalidad (actividades educativas, culturales, deportivas, espirituales, recreativas etc.) (...) La pérdida de tiempo implica también un desgaste moral y un trastorno espiritual para el consumidor, quien debe desatender sus para enfrascarse en una lucha en al que está casi siempre en clara desigualdad de condiciones frente al proveedor, en razón de la debilidad y vulnerabilidad estructural en que se sitúan los consumidores en las relaciones de consumo. (...) En el ámbito del derecho del consumidor, de conformidad con las previsiones de los artículo 42 de la Constitución Nacional y 8 bis de la LDC, constituye un supuesto particular indemnizable el incumplimiento del derecho al trato digno y equitativo por parte de los proveedores de bienes y servicios” (BAROCELLI, Sergio Sebastián. Cuantificación de daños al consumidor por tiempo perdido. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 90, 2013, p. 119).

ordenamento, mas na perda da oportunidade de geração de riquezas causadas pela lesão temporal.⁵³

Vê-se, assim, que, as duas denominações parecem traduzir concepção que enxerga a pessoa humana como meio de produção de bens materiais úteis à coletividade. Igualmente grave, tais linhas de conceituação revelam-se insuficientes pois privilegiam os reflexos de ordem patrimonial da lesão, em detrimento dos efeitos extrapatrimoniais que podem advir da perda do tempo, caminhando na contramão da escala de valores constitucionais, que confere preeminência aos valores existenciais.

Por se tratar de problema de origem recente, a questão terminológica torna-se importante se se atentar, com apoio na semiótica, que a denominação de determinada situação pode condicionar a atividade do intérprete, em meio à complexidade de seus conhecimentos e pré-compreensões. Prefira-se, portanto, a expressão “lesão ao tempo” às tão citadas expressões do “desvio produtivo do consumo” ou da “perda do tempo útil”. A crítica que se impõe à terminologia tão contraditória é que tomar a noção do tempo apenas sob o prisma de “recurso produtivo disponível” enseja o risco de redução da *pessoa* a um mero *instrumento de satisfação do jogo de interesses do mercado*, em perspectiva utilitarista que parece ignorar os valores promocionais de tutela da pessoa humana, cuja dignidade consiste em vértice do ordenamento jurídico.

Em definitivo, o *tempo, como acima exposto, é bem jurídico independente, merecedor de tutela pelo ordenamento, quer seja aproveitado utilitariamente (para gerar riquezas), quer não*. Saliente-se, porém, que, malgrado o acentuado cunho patrimonial-utilitarista das expressões aqui criticadas, a jurisprudência, posto que indistintamente as empregue, tem-se revelado afinada com os valores cardeais do ordenamento ao *não exigir prova da utilidade do tempo perdido pelo consumidor*.⁵⁴

⁵³ Tal denominação, a despeito da inobservância de maior rigor técnico, mantém-se assentada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em ao menos três julgados (STJ, 3ª T., REsp 1634851/RJ, Rel.ª Min. Nancy Andrighi, julg. 12.09.2017, DJe 15.02.2018; STJ, 3ª T., REsp 1737412/SE, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, julg. 05.02.2019, DJe 08.02.2019; STJ, 3ª T., REsp 1929288/TO, Rel.ª Min. Nancy Andrighi, julg. 22.02.2022, DJe 24.02.2022).

⁵⁴ "Há que se considerar que houve perda do tempo útil da apelante, impondo-se a contatos telefônicos demorados, irritantes e infrutíferos, retirando o consumidor de seus deveres e obrigações, e da parcela de seu tempo que poderia ter direcionado ao lazer ou para qualquer outro fim. Uma vez que não tomou a devida cautela, na condução da relação jurídica e na observância das determinações legais, o dano decorre *in re ipsa*, ensejando o pagamento de compensação a título de danos morais" (TJRJ, Ap. Cív. 0099632-11.2011.8.19.0001, Rel. Des. Marcelo Lima, julg. 19.11.2013). V. tb. "A perda de tempo da vida do consumidor em razão do mau atendimento de um fornecedor não é mero aborrecimento do cotidiano, mas verdadeiro impacto negativo em sua vida, que é obrigado a perder tempo de trabalho, tempo com sua família, tempo de lazer, em razão de problemas gerados pelas empresas" (TJRJ, Ap. Cív. 0460569-74.2012.8.19.0001, 27ª C.C., Rel. Des. Fernando de Almeida, julg. 27.01.2014).

Nessa direção, cite-se, como interessante exemplo, Lei do Estado do Amazonas (Lei AM nº 5.867/22), que, na esteira do defendido nos parágrafos anteriores, reconheceu o tempo da pessoa como bem objeto de tutela jurídica e adotou explicitamente a denominação proposta desde a publicação originária deste artigo para o momento patológico da situação jurídica enfocada, isto é, “lesão ao tempo”. Seu artigo 3º prevê que “o tempo humano, bem integrante da personalidade humana, deve ser considerado para fins de reparação integral dos danos ao consumidor” e, em seu artigo 6º, estabelece que “a compensação do dano extrapatrimonial decorrente de lesão temporal ao consumidor, seja individual ou coletiva, poderá ocorrer independentemente da ocorrência de dano patrimonial ou de dano moral com base na dor psicológica”. Já o artigo 7º, finalmente, elenca, de maneira ampla, os suportes fáticos para a responsabilização do fornecedor pela lesão ao tempo do consumidor independentemente da demonstração de utilidade do tempo gasto, referindo-se, expressamente, no inciso VII, à “violação abusiva do direito à desconexão, lazer e descanso”.

Outra controvérsia relevante diz com o debate em torno da admissibilidade de se reparar dano extrapatrimonial por descumprimento de contrato. Sabe-se que a maior parte dos casos de violação do direito ao tempo livre tem por base justamente uma relação contratual. Decorre daí o reenvio do assunto à temática mais ampla da reparabilidade do dano moral contratual. Figurem-se os efeitos danosos nas hipóteses de (i) retorno do consumidor à loja para reclamar de produto defeituoso; (ii) telefonemas insistentes para o SAC de uma empresa sem a resolução do problema; (iii) tentativas repetitivas de conserto do bem e (iv) longas horas de espera por voos atrasados⁵⁵. Trata-se de situações em cuja base existe um negócio jurídico travado entre as partes. Nesse ponto, deve ser superada a presunção – corrente ainda em alguns julgados – de que o inadimplemento contratual não gera, em regra, dano moral⁵⁶. A compreensão apriorística de inoccorrência do dano moral

⁵⁵ Os exemplos são trazidos por DESSAUNE, Marcos, op. cit., p. 134.

⁵⁶ A título exemplificativo, confira-se a redação da Súmula 75 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: “O simples descumprimento de dever legal ou contratual, por caracterizar mero aborrecimento, em princípio, não configura dano moral, salvo se da infração advém circunstância que atenta contra a dignidade da parte”. Em dezembro de 2018, o referida súmula foi cancelada pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por unanimidade de seus membros. No entanto, apesar do avanço jurisprudencial, é possível encontrar julgados em outros Tribunais que reproduzem esse entendimento, desqualificando o dano moral no âmbito das relações contratuais, a pretexto de ser um “mero aborrecimento” ou, ainda, um “mero dissabor da vida cotidiana (Cf. TJDF, 3ª T.C., Ap. Cív. 0729015-60.2021.8.07.0003, Rel.ª Des.ª Maria de Lourdes Abreu, julg. 30.06.2022, DJe 14.07.2022; TJMG, 20ª C.C., Ap. Cív. 2907468-56.2014.8.13.0024, Rel.ª Des.ª Lílian Maciel, julg. 22.06.2020, DJe 23.06.2022; TJSC, 7ª C. Dir. Cív., Ap. Cív. 0300775-40.2018.8.24.0042, Rel. Des. Carlos Roberto da Silva, julg. 28.05.2020, DJe 28.06.2020).

no ambiente de relações negociais amesquinha a proteção integral da vítima, violando, em última análise, os valores existenciais privilegiados pelo ordenamento jurídico brasileiro, notadamente a dignidade da pessoa humana⁵⁷. A natureza do dano – moral ou material – não se confunde com a relação jurídica do qual este decorre – contratual ou extracontratual.

Tal panorama reflete as transformações sofridas ao longo do século XX. Do individualismo à solidariedade social⁵⁸, da estrutura à função⁵⁹, da liberdade à tutela privilegiada da pessoa humana⁶⁰ e do contrato em si mesmo ao contrato como processo⁶¹, foi superada a dualidade entre os regimes. Mercê da nova tábua axiológica de força constitucional, que concebe a dignidade da pessoa humana como seu vértice, não há mais fundamento lógico-jurídico para afastar a reparação do dano moral contratual⁶², que pode ser causado por inadimplemento absoluto ou por mora. A reparação há de ser, assim,

⁵⁷ “O substrato material da dignidade assim entendida se desdobra em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; ii) mercedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado da vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem garantia de não vir a ser marginalizado. São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica-, da liberdade e da solidariedade” (BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 84).

⁵⁸ A respeito da solidariedade social, v. BODIN DE MORAES, Maria Celina. O princípio da solidariedade, In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*, op. cit., p. 247.

⁵⁹ “O fato jurídico, como qualquer outra entidade, deve ser estudado nos dois perfis que concorrem para individuar sua natureza: a estrutura (como é) e a função (para que serve)” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, op. cit., p. 603).

⁶⁰ “O ordenamento não pode formalisticamente igualar a manifestação da liberdade através da qual se assinala, profundamente, a identidade do indivíduo com a liberdade de tentar perseguir o máximo lucro possível: à intuitiva diferença entre a venda de mercadorias – seja ou não especulação profissional - e o consentimento a um transplante corresponde a uma diversidade de avaliações no interno da hierarquia dos valores colocados pela Constituição. A prevalência do valor da pessoa impõe a interpretação de cada ato ou atividade dos particulares à luz desse princípio fundamental” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil: introdução ao direito civil-constitucional*, op. cit., p. 276).

⁶¹ “Cada instituto jurídico está sujeito a esse tipo de relatividade histórica. O contrato é um processo de direito material, inserido num sistema cuja unidade não afeta a presença de vasos comunicantes com outros sistemas, especialmente com *inputs* e *outputs* entre Direito e sociedade. Não mais, por conseguinte, reduz-se o contrato a um negócio jurídico conceitual e abstrato, tomando-o em seus desafios tópicos e sistemáticos. Forma-se, pois, por etapas distintas e intercomplementares, conjugando declaração, autonomia e comportamento no plano da força construtiva dos fatos sociais. O contrato, assim, *se faz* contrato como processo e não apenas como instrumento, cujo efeito vinculante não se coloca aqui em dúvida” (FACHIN, Luiz Edson. *Transições do direito civil*. In: *Direito civil: sentidos, transformações e fim*, op. cit., p. 51).

⁶² “A identidade de natureza entre a responsabilidade contratual e a aquiliana também não é posta em causa pela questão da indenização dos danos morais. Para além de a jurisprudência e uma boa parte da doutrina admitirem o ressarcimento de danos morais no domínio da responsabilidade contratual (...), o fato de a questão se colocar mais frequentemente no domínio da responsabilidade aquiliana – basta atentar que a tutela dos direitos de personalidade ocorre, em regra ou fundamentalmente, no âmbito desta – não significa qualquer negação do princípio: os danos morais, conquanto existam, são danos, e como tal, só há que aplicar o princípio de que todo dano – qualquer que seja a sua natureza – deve ser reparado” (SANTOS JÚNIOR, E. *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 210).

integral, reparando-se o dano moral sofrido, independente da origem do fato que lhe deu causa⁶³.

Deve-se, portanto, *investigar se há, no caso concreto, repercussão extrapatrimonial na esfera da vítima, alterando-se a perspectiva valorativa da origem da violação para os seus efeitos*. Para tanto, como auxiliar na tarefa de identificação de situações de dano moral contratual, desenvolveu-se em outra sede a enumeração de três parâmetros: (i) análise dos interesses e valores em jogo; (ii) verificação da irreversibilidade da lesão e (iii) caracterização de conduta contrária à boa-fé objetiva⁶⁴⁻⁶⁵.

A omissão do dano moral na disciplina contratual codificada e a patrimonialidade da prestação como requisito clássico da relação obrigacional revelam tão somente o reflexo de um tempo passado de centralidade nos valores patrimoniais⁶⁶, e que não se coaduna com a funcionalização dos institutos jurídicos à tábua axiológica da Constituição da República⁶⁷.

Diante de todo o exposto, em linha prospectiva já se pode antever cenário de expansão da tutela jurídica do tempo livre da pessoa humana, iniciada no bojo das relações de consumo, para além dessas fronteiras, a alcançar toda e qualquer situação subjetiva em que a pessoa se insira, sejam contratuais paritárias, empresariais, familiares, sejam relações administrativas, fiscais, trabalhistas etc.

Em síntese estreita, em virtude do reconhecimento do tempo como bem juridicamente tutelado na sociedade contemporânea (conectado aos substratos da liberdade individual e da solidariedade social), que se irradia diretamente da dignidade da pessoa humana, epicentro do ordenamento brasileiro, tem-se que de sua lesão podem decorrer efeitos patrimoniais e morais, reconhecíveis como resultado do balanceamento das circunstâncias que, em concreto, o intérprete irá aferir, em demandas que procurem a

⁶³ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Responsabilidade contratual e extracontratual: contrastes e convergências no direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ Nessa direção, a orientação emanada dos julgados do STJ caminha no sentido de se reconhecer, inclusive, a natureza coletiva do dano moral relacionado à perda injusta e intolerável do tempo do consumidor, “com o nítido intuito de otimizar o lucro em prejuízo da qualidade do serviço” (Cf. STJ, 3ª T., REsp 1737412/SE, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, julg. 05.02.2019, DJe 08.02.2019).

⁶⁶ “Tudo ainda se reduz: a ingressar nesse foro privilegiado do sujeito de Direito, aquele que tem bens, patrimônio sob si, compra, vende, pode testar, e até contrai núpcias. Para esses, o mundo do direito articulado sob as vestes da teoria do Direito Civil; para os demais, o limbo” (FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 116).

⁶⁷ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Rumos cruzados do direito civil pós-1988 e do constitucionalismo de hoje. In: *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 265.

reparação autônoma ou incidental do tempo injustamente desperdiçado, seja em hipóteses de responsabilidade aquiliana, seja contratual, por descumprimento da prestação principal, ou por violação dos deveres laterais da boa-fé objetiva.

4. Referências

ANDRADE, André Gustavo Corrêa. Dano moral em caso de descumprimento de obrigação contratual. *Revista da EMERJ*, vol. 8, n. 29, 2005.

BARBOZA, Heloisa Helena. Proteção dos vulneráveis na Constituição de 1988: uma questão de igualdade. In: NEVES, Thiago. (Coord.). *Direito & justiça social: por uma sociedade mais justa, livre e solidária: estudos em homenagem ao Professor Sylvio Capanema de Souza*. São Paulo: Atlas, 2013.

BAROCELLI, Sergio Sebastián. Cuantificación de daños al consumidor por tiempo perdido. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 90, 2013.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

BERNHOEFT, Renato. A maior disputa no mercado atual é por atenção. *Valor Econômico*, 26 fev. 2017. Disponível em: <<https://valor.globo.com/carreira/recursos-humanos/noticia/2017/09/26/a-maior-disputa-no-mercado-atual-e-por-atencao.ghtml>>.

Acesso em: 21 jun. 2022.

BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

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

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Los derechos constitucionales en el contexto global y digital: Transformación del sujeto y conversión en objeto. In: ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). *Direitos fundamentais, dignidade, constituição: estudos em Homenagem a Ingo Wolfgang Sarlet*. Londrina: Editora Thoth, 2021.

CANARIS, Claus-Wilhem. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CORDEIRO, Antônio Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997.

DESSAUNE, Marcos. *Desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. Transições do direito civil. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Responsabilidade civil pela perda do tempo. *Revista Jurisvox*, ano 14, n. 14. Pato de Minas: UNIPAM, 2013. Disponível em: <<https://revistas.unipam.edu.br/index.php/jurisvox/issue/view/65>>. Acesso em: 6 set. 2016.

HAMERMESH, Daniel S. *Spending Time: the most valuable resource*. New York: Oxford University Press, 2019

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

LACE, Susanne. *The glass consumer: life in a surveillance society*. Bristol: Policy Press, 2005.

LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*, t. I, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958.

LLOSA, Mario Vargas. *A civilização do espetáculo: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013.

MAIA, Maurilio Casas. O dano temporal indenizável e o mero dissabor cronológico no mercado de consumo: quando o tempo é mais que dinheiro – é dignidade e liberdade. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 92, 2014.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistemática e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MASI, Domenico de. *O ócio criativo*. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. t. VI. Campinas: Bookseller, 2000.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Elementos de responsabilidade civil por dano moral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Reflexões metodológicas: a construção do observatório de jurisprudência no âmbito da pesquisa jurídica. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 9, 2016.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Responsabilidade contratual e extracontratual: contrastes e convergências no direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Rumos cruzados do direito civil pós-1988 e do constitucionalismo de hoje. In: *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

OLIVA, Milena Donato. Dano moral e inadimplemento contratual nas relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 93, 2014.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil: introdução ao direito civil-constitucional*. 2 Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RUGGIERO, Roberto. *Instituições de direito civil*, vol. I. São Paulo: Saraiva, 1971.

SANTOS JÚNIOR, E. *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*. Coimbra: Almedina, 2003.

SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

SIMON, Herbert. Designing Organizations for an Information-Rich World. In: GREENBERGER, Martin (Org.). *Computers, communications, and the public interest*. Baltimore: Johns Hopkins Press, 1971.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. Liberdades, tecnologia e teoria da interpretação. *Revista Forense*, vol. 419, 2014, p. 419.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil*, vol. 4. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. Danos autônomos ou novos suportes fáticos de danos? Considerações acerca da privação do uso e da perda do tempo nas relações de consumo. In: KNOERR, Viviane Coêlho de Séllos; FERREIRA, Keila Pacheco; STELZER, Joana. (Org.). *Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo*. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/i9jl1a02/35mAX814coubd1nt.pdf>>. Acesso em: 6 set. 2016.

VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*, vol. I. Coimbra: Almedina, 2000.

ZUBOFF, Shoshana. *A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro na nova fronteira do poder*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.

RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELA IMPLANTAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA DE PREÇO MÍNIMO PARA O PRODUTO AGRÍCOLA

Divanir Marcelo de Pieri

Sumário: I - Introdução; II – A análise de direito comparado sobre a necessidade e utilidade da política pública para garantia de renda ao produtor rural; III - A Política Agrícola Comum Europeia – PAC; IV - O Plano estratégico de Portugal para a Política Agrícola Comum da União Europeia; V - A judicialização da política pública como forma de coerção e responsabilização do Estado para o seu cumprimento; Conclusão; Referências.

I – Introdução.

O presente trabalho tem por objetivo analisar e discutir a possibilidade de responsabilização civil do Estado pela omissão da implantação da política pública de garantia do preço mínimo para o produto rural, compatível com o custo de produção.

A verificação e análise desse objeto exige a verificação da compreensão de política pública, não, apenas, sob o aspecto jurídico, mas, também, como instrumento para a efetivação de direitos sociais e verificar a eficácia plena e imediata das normas constitucionais que instituem e definem a política pública de preço mínimo, para discutir a possibilidade de exigibilidade judicial na implementação dessa política pública, especialmente com relação à implementação efetiva da garantia do preço mínimo, que seja compatível com os custos de produção.

Esse tema tem uma implicação direta sobre o equilíbrio econômico-financeiro na atividade rural e, por consequência, na garantia da segurança alimentar no Brasil.

A atividade rural, em virtude da vulnerabilidade do produtor, principalmente em relação às intempéries climáticas e das volatilidade do mercado, enquadra-se como uma atividade econômica, que além da importância para o Estado, no que diz respeito a geração de empregos, receitas estatais e renda para todos os envolvidos nessa cadeia produtiva, também apresenta relevância para a manutenção do direito fundamental à alimentação,

tendo que vista que é primordial para assegurar a segurança alimentar no país, pois como é evidente, não há como garantir segurança alimentar, se não for assegurado o mínimo de condições econômicas para que o produtor rural possa produzir os alimentos suficientes e necessários para o consumo da população.

O Ministro Edson Fachin, traz uma exposição precisa sobre a importância da atividade desenvolvida pelo produtor rural:

Impende, nesse País, dar o devido destaque ao produtor rural, cuja contribuição à Nação e à sociedade brasileira está todo dia posta à prova, diante das intempéries mais variadas que desafiam o ousio dos homens e mulheres que semeiam sonhos e colhem esperanças¹.

Assim, em virtude de seus riscos e de sua importância para o desenvolvimento e manutenção da dignidade das pessoas, a atividade rural está entre aquelas que são tuteladas e regulamentadas pelo Estado, pois representa uma atividade estratégica para o Estado, tanto que, o art. 23 da Constituição Federal, quando elenca o rol exemplificativo das políticas públicas relevantes para o Estado brasileiro, insere no inc. VIII desse dispositivo que é competência comum de todos os entes federativos fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar.

Essa previsão, embora inicial, já demonstra a necessidade de tutela e regulamentação da atividade rural, o que está concretizado por meio da previsão constitucional de uma política pública voltada ao produtor rural que é política agrícola.

Assim, pela importância social e econômica que possui, a atividade rural recebeu atenção constitucional específica com a estipulação de que o Estado deve adotar uma política agrícola, estando previsto no art. 187 da Constituição Federal que *a política agrícola será planejada e executada na forma da lei, com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transportes.*

O Estado brasileiro, a partir do constituinte originário, optou por estruturar a política pública destinada ao produtor rural com base em alguns instrumentos que são pressupostos essenciais e indispensáveis para a compreensão e efetividade da política agrícola enquanto uma política pública global, quais sejam: os instrumentos creditícios e fiscais; os preços compatíveis com os custos de produção e a garantia de comercialização;

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4395. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 09/12/2022, <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3855030>. acessado em 14/03/2023.

o incentivo à pesquisa e à tecnologia; a assistência técnica e extensão rural; o seguro agrícola; o cooperativismo; a eletrificação rural e irrigação; a habitação para o trabalhador rural.

Entre esses instrumentos elencados constitucionalmente para a efetivação da política agrícola no Brasil, volta-se a atenção, no presente trabalho, para a necessidade de garantia do equilíbrio econômico-financeiro na atividade agrícola, sendo instituído como um direito fundamental, para a efetividade da política pública, a atuação do Estado para assegurar que a comercialização dos produtos agrícolas seja realizada por preços mínimos suficientes ao pagamento dos custos para a formação e colheita da lavoura.

O instrumento da garantia deste preço mínimo, por parte do Estado, como elemento para a efetividade da política pública, além de estar previsto na Constituição Federal, está previsto, também, em normas infraconstitucionais, o que induz a percepção de que não há omissão legislativa sobre esse tema, pois encontra respaldo no texto constitucional e nas regulações infraconstitucionais.

Desta forma, há uma preocupação efetiva do ordenamento jurídico com a política pública de proteção ao produtor rural, especialmente com vistas a não deixar o produtor subjugado, em qualquer situação, à precificação do produto agrícola com base nas regras do livre mercado ou denominada lei de oferta e procura.

O reconhecimento da necessidade de proteção do equilíbrio econômico-financeiro do produtor rural, por meio da instituição de uma política pública de garantia do preço mínimo, compatível com o custo de produção, não decorre, apenas, da necessidade de garantir renda ao produtor rural, mas sim do necessário reconhecimento de que a produção rural é indispensável para a segurança alimentar, sendo primordial e basilar para o desenvolvimento e manutenção da vida em sua dimensão existencial.

II - A análise de direito comparado sobre a necessidade e utilidade da política pública para garantia de renda ao produtor rural

Para desenvolver uma análise sobre a utilidade e necessidade de implementação de política de preços mínimos no Brasil e, também, sobre a sua exigibilidade jurídica em caso de omissão ou deficiência do Estado na implantação desse instrumento de incentivo e regulação da atividade produtiva, é importante conhecer a forma como essa questão está

sendo tratada em outros ordenamentos jurídicos, pois isso demonstra o grau de importância social e jurídica que cada país atribui para esse tema.

A análise do tema sobre uma perspectiva de direito comparado é importante para verificar se a previsão constitucional brasileira, que instituiu a política agrícola de garantia do preço mínimo ao produto agrícola, com a exigência de compatibilidade com o custo de produção, está em consonância com a preocupação de outros países ou se a política de preços mínimos brasileira é dissociada da realidade quanto ao exercício da atividade agrícola.

É evidente que não é possível realizar essa verificação de direito comparado de maneira irrestrita e generalizada.

Para atestar a importância da implantação efetiva dessa política pública, buscar-se-á analisar, nas previsões de políticas públicas para a agricultura na União Europeia, especialmente quanto aos mecanismos adotados em Portugal, se existe uma preocupação e a instituição de mecanismos para de garantia de renda mínima ao produtor rural.

Assim, uma questão importante no tratamento do direito comparado é estabelecer a delimitação na coleta de dados, para que se possa ter uma análise fidedigna da relação e influência entre os sistemas jurídicos analisados, pois a partir dessa análise pode ser verificada se o tratamento legislativo dispensado ao tema está em consonância com as perspectivas jurídicas atuais e, também, contribuir para que eventuais discussões judiciais sobre o tema possam ser solucionadas à luz do melhor direito.

Não se trata, apenas de realizar o estudo do direito estrangeiro, essa análise é importante, mas não pode ser um fim em si mesma, pois a proposta pela utilização do método de estudo pelo direito comparado, para a verificação dos impactos sociais e jurídicos da política agrícola voltada para a garantia de renda ao produtor rural, ultrapassa a verificação de como a questão está sendo tratada por outro ordenamento jurídico positivado, pois sobre essa perspectiva, provavelmente não há similitude legislativa.

O que se busca com a utilização deste estudo comparado não é apenas compreender o direito estrangeiro positivado, mas, principalmente, a interação e recepção dos fundamentos adotados pelo ordenamento jurídico nacional e estrangeiro no tratamento do tema.

É provável que não se encontre no Direito Português um instituto jurídico formalmente idêntico à garantia de preço mínimo prevista na Constituição Federal brasileira.

Porém, por meio do Direito Comparado, certamente será possível verificar os fundamentos da Política Agrícola em Portugal, para compreender a funcionalidade do sistema jurídico na instituição de mecanismos que sejam capazes de assegurar equilíbrio econômico-financeiro ao produtor rural.

É importante destacar que a opção pelo estudo comparado recai sobre Portugal porque o país possui semelhanças históricas com o Brasil e está inserido na União Europeia, que possui uma diretriz expressa voltada para a agricultura, para que os países membros sigam objetivos comuns, onde cada Estado-Membro elabora um plano estratégico nacional voltado para a política agrícola, em conformidade com a Política Agrícola Comum – PAC, que congrega as diretrizes de política agrícola da União Europeia, conforme informa o sitio oficial da Comissão Europeia:

Introduzida pela primeira vez em 1962, a política agrícola comum (PAC) é uma política comum a todos os Estados-Membros da União Europeia (UE) gerida e financiada a nível europeu através de recursos orçamentais da UE.

Inicialmente concebida para assegurar um fornecimento estável de alimentos a preços acessíveis e garantir aos agricultores da UE um nível de vida razoável, a PAC tem vindo a evoluir para integrar novos objetivos, como dinamizar as zonas rurais, responder aos novos desafios climáticos e às novas exigências dos cidadãos².

A escolha pela utilização do método de Direito Comparado, utilizando-se como premissa o Direito brasileiro e o Direito português decorre, também, da proximidade entre os sistemas jurídicos adotados nesses países, que é o Civil Law, o que facilita a verificação sobre a possibilidade de interação dos fundamentos adotados por cada um dos ordenamentos jurídicos.

III - A Política Agrícola Comum Europeia – PAC

A Comunidade Econômica Europeia tem origem em 1957, quando França, Alemanha, Itália, Bélgica, Holanda e Luxemburgo subscrevem o Tratado de Roma, sendo que, desde as tratativas e até a formalização desse tratado pode-se verificar que a agricultura foi um dos temas relevantes e que ocupou um espaço de destaque entre os membros de governo dos países.

² A *POLÍTICA AGRÍCOLA COMUM EM PORTUGAL*. https://portugal.representation.ec.europa.eu/estrategia-e-prioridades/principais-politicas-da-ue-para-portugal/politica-agricola-comum-europeia-em-portugal_pt. Acesso em 23/02/2023.

Dentre vários fatores que contribuem para essa preocupação, certamente estão as reiteradas crises alimentares que foram enfrentadas pelos europeus em diversas ocasiões, especialmente nos períodos de conflitos armados, nas intervenções políticas ditatoriais e no pós-guerra.

O resultado dessa preocupação restou concretizada na necessidade de adoção de uma política agrícola comum para os países membros, sendo que, sob o aspecto jurídico, isso está expressamente previsto no item 4, do art. 32º, do Tratado que institui a Comunidade Econômica Europeia, cuja disposição diz expressamente que “O funcionamento e o desenvolvimento do mercado comum para os produtos agrícolas devem ser acompanhados da adoção de uma política agrícola comum”³.

A partir dessa previsão foi apresentada a proposta de instituição da Política Agrícola Comum (PAC) para os países membros da Comunidade Econômica Europeia, cujos princípios foram determinados, inicialmente, na Conferência de Stresa, em 1958⁴:

A Conferência realizada de 3 a 12 de julho de 1958, em Stresa, Itália, reuniu uma comissão de especialistas composto por Membros da Comissão, os seis Ministros da Agricultura, representantes dos agricultores sindicatos e especialistas nacionais. Atendeu a um pedido da França, que fez questão de determinar, assim que possível, as grandes linhas mestras da futura política agrícola dos Seis: unidade do mercado, preferência e solidariedade financeira. Os Estados-Membros também procuraram contrabalançar a posição da Comissão poder de propor legislação em um setor econômico tão crucial. A Conferência levou ao estabelecimento de um Comitê de Organizações Profissionais Agrícolas da Comunidade Européia (COPA). Depois de conferência, o Comissário para a Agricultura, Sicco Mansholt, foi convidado a elaborar propostas detalhadas.

A Comissão apresentou sua primeira série de propostas em novembro de 1959. Essas propostas foram revisadas em junho de 1960, mas não conseguiu obter o acordo unânime dos Estados-Membros.

[...]

Em 30 de junho de 1960, a Comissão, sob o presidente Walter Hallstein e o vice-presidente Sicco Mansholt, apresentou propostas ao Conselho de Ministros:

- estabelecer a unidade do mercado com base na livre circulação dos produtos agrícolas;
- organizar os mercados por produto com preços progressivamente unificados e garantidos;
- assegurar a preferência comunitária;

³ *TRATADO QUE INSTITUI A COMUNIDADE COMUM EUROPEIA*. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12002E/TXT&from=PT>. Acesso em 23/02/2023.

⁴ *A CRIAÇÃO DO PAC*. https://www.cvce.eu/en/collections/unit-content/-/unit/02bb76df-d066-4c08-a58a-d4686a3e68ff/69bdb43a-8750-44f7-9c94-ee1c10b7b3b9/Resources#26ba3d65-d639-41ef-bf203e64e2355be4_en&overlay. Acesso 02/0-3/2023. (tradução livre)

- permitir uma intervenção comum;
- criar um Fundo Europeu de Orientação e Garantia Agrícola (FEOGA);
- estabelecer solidariedade financeira.

Com a assinatura do Tratado de Maastricht, em 07 de fevereiro de 1992, também conhecido como Tratado da União Europeia, foi criada a União Europeia e a Política Agrícola Comum foi mantida como instrumento de fortalecimento econômico e social dos países membros.

É importante destacar que Política Agrícola Comum (PAC) passou por uma reestruturação e passará a vigor para o período de 2023 até 2027 em torno de 10 (dez) objetivos principais, quais sejam: a) assegurar um rendimento justo aos agricultores; b) aumentar a competitividade; c) melhorar a posição dos agricultores na cadeia alimentar; d) ação de mudança climática; e) cuidado ambiental; f) preservar as paisagens e a biodiversidade; g) apoiar a renovação geracional; h) áreas rurais vibrantes; i) proteger a qualidade dos alimentos e da saúde; j) fomento ao conhecimento e a inovação⁵.

Dentre os vários objetivos temáticos da Política Agrícola Comum, verifica-se que está incluso, expressamente, a questão da garantia de renda ao produtor rural europeu, de modo que, embora não adote uma sistemática idêntica à garantia do preço mínimo, conforme o que está previsto na legislação brasileira, expõe, também, a preocupação sobre a necessidade de fomento e de garantia de renda mínima ao produtor.

O objetivo voltado para a garantia de renda ao produtor rural, em verdade, não é uma inovação na Política Agrícola Comum, mas apenas a consolidação e ratificação de um objetivo que está previsto no ordenamento jurídico europeu desde a edição do Tratado que institui a Comunidade Comum Europeia, conforme se depreende do art. 33º do referido Tratado⁶:

Artigo 33º 1. A política agrícola comum tem como objectivos:

- a) Incrementar a produtividade da agricultura, fomentando o progresso técnico, assegurando o desenvolvimento racional da produção agrícola e a utilização óptima dos factores de produção, designadamente da mão-de-obra;
- b) Assegurar, deste modo, um nível de vida equitativo à população agrícola, designadamente pelo aumento do rendimento individual dos que trabalham na agricultura;

⁵ *PRINCIPAIS OBJETIVOS POLÍTICOS DA NOVA PAC*. https://agriculture.ec.europa.eu/common-agricultural-policy/cap-overview/new-cap-2023-27/key-policy-objectives-new-cap_en. Acesso em 23/02/2023.

⁶ *TRATADO QUE INSTITUI A COMUNIDADE COMUM EUROPEIA*. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12002E/TXT&from=PT>. Acesso em 23/02/2023.

- c) Estabilizar os mercados;
- d) Garantir a segurança dos abastecimentos.
- e) Assegurar preços razoáveis nos fornecimentos aos consumidores.

É importante destacar que cada Estado-Membro da União Europeia deve formatar um plano estratégico para que sejam alcançados os objetivos específicos que estão delimitados na Política Comum Agrícola, ficando sob a responsabilidade da Comissão Europeia analisar e aprovar esses planos.

É justamente por meio dos planos estratégicos da Política Comum Agrícola - PEPAC, que os Estados-Membros irão materializar os instrumentos de apoio ao agricultor, inclusive o financiamento da renda viável por meio do Fundo Europeu Agrícola de Garantia (FEAGA), que possibilita o pagamento direto ao produtor rural e intervenções em setores determinados, bem como por meio do Fundo Europeu Agrícola de Desenvolvimento Rural (FEADER), que possibilita a adoção de medidas para o desenvolvimento da atividade rural.

IV - O Plano estratégico de Portugal para a Política Agrícola Comum da União Europeia

Pela descrição dos objetivos instituídos para a Política Agrícola Comum da União Europeia verifica-se que um dos fatores que mais influenciam a sustentabilidade da cadeia produtiva da agricultura é o sucesso econômico e financeiro na comercialização dos produtos agrícolas, pois é evidente que a valorização ou desvalorização dos preços dos produtos, interferem na capacidade de continuidade e desenvolvimento dessa atividade e, portanto, têm ligação direta com a manutenção das necessidades vitais das pessoas na exata medida em que interfere na segurança ou insegurança alimentar.

O plano estratégico de cada um dos Estados que compõem a União Europeia, dentre eles Portugal, preveem financiamento para apoio ao rendimento, desenvolvimento rural e medidas de mercado.

Ao conceberem os seus planos estratégicos, os países da União Europeia contribuirão para os nove objetivos específicos através de um conjunto de medidas políticas gerais, que podem ser moldadas em função das necessidades e capacidades nacionais.

Em Portugal, a elaboração do Plano estratégico da Política Agrícola Comum para o período 2023-2027 é coordenada pelo Gabinete de Planeamento, Políticas e

Administração Geral, que propõe e executa as medidas previstas na Política Agrícola Comum Europeia.

O plano estratégico da Política Agrícola Comum é um documento formal onde o Gabinete de Planeamento, Políticas e Administração Geral expõe todas as diretrizes e necessidade de programas a serem implementados englobando os aspectos sociais, económicos, ambientais e sustentáveis.

Dentre todas as propostas destacadas pelo plano estratégico de Portugal para o cumprimento dos objetivos da Política Agrícola Comum, especificamente no que diz respeito às medidas para assegurar um mínimo de sustentabilidade económica ao produtor rural, destaca-se a previsão da estratégia descrita sob código PTOE1N1 que visa “melhorar o rendimento da agricultura”.

O objetivo descrito sob o código PTOE1N1 e que pretende “melhorar o rendimento da agricultura”, está classificado no quadro geral de avaliação das necessidades e estratégias como SO1, cujo objetivo descrito no plano estratégico é⁷:

2.1. SO1 Apoiar o rendimento viável das explorações agrícolas e a resiliência do setor agrícola em toda a União, no intuito de reforçar a segurança alimentar a longo prazo e a diversidade agrícola, bem como garantir a sustentabilidade económica da produção agrícola na União.

O plano estratégico de Portugal apresenta uma síntese analítica das estratégias classificadas como SO1, estipulando como “forças” dos instrumentos previstos nessa categoria de intervenção estratégica vários itens, sendo importante destacar para fins do presente estudo os seguintes⁸:

COE1PFT02 Pagamentos diretos contribuem para a sustentabilidade do rendimento das explorações e promovem a sua estabilização;

AOE1PFT04 Pagamentos diretos contribuem para melhorar o rendimento das explorações;

MOE1PFT02 Evolução positiva do rendimento da actividade agrícola e do rendimento dos produtores agrícolas;

MOE1PFT06 Melhoria na relação entre os preços dos produtos agrícolas e os preços dos bens intermédios.

⁷RELATÓRIO SOBRE PLANO ESTRATÉGICO DA PAC DE 2021. https://www.gpp.pt/images/PEPAC/PE_PAC_Submetido/Exportacao_SFC_versaoAprovao_29072022.pdf. p. 75. Acesso em 04 de março de 2023.

⁸RELATÓRIO SOBRE PLANO ESTRATÉGICO DA PAC DE 2021. https://www.gpp.pt/images/PEPAC/PE_PAC_Submetido/Exportacao_SFC_versaoAprovao_29072022.pdf. p. 75 e 76. Acesso em 04 de março de 2023.

As informações acima colacionadas demonstram que, resguardadas as características, dimensões e produtos abordados pelo plano estratégico de Portugal para cumprimento dos objetivos da Política Agrícola Comum, há uma preocupação que une as proposições de Portugal com a política agrícola brasileira, pois em ambos os países as diretrizes das políticas públicas estão voltadas para a verificação dos fatores que interferem no custo de produção e, principalmente, na adoção de estratégias para assegurar ao produtor rural renda mínima que seja compatível e suficiente para manter o equilíbrio econômico financeiro da atividade, proporcionando a continuidade da atividade agrícola.

Para enfrentar o problema do baixo rendimento auferido pelo produtor rural é que o plano estratégico de Portugal apresenta mecanismos concretos para o enfrentamento e minimização do problema indicado, consistente em diversos instrumentos, dentre os quais se destacam a política pública de pagamento direto a produtor.

O instrumento de política pública, por meio do pagamento direto, está justificado no plano estratégico de Portugal, sob a fundamentação da necessidade de assegurar renda mínima ao produtor rural e, também, garantir os níveis de produção em determinados setores, para evitar o desabastecimento e manter a segurança alimentar.

A Política Agrícola Comum Europeia e, também, o plano estratégico de Portugal, adotam, expressamente, uma política de rendimento ao produtor rural, que embora não seja idêntica à política pública prevista no Brasil, quanto a garantia do preço mínimo, com compatibilidade para cobrir os custos de produção, possui fundamentos para adoção desse instrumento que são correlatos àqueles aos utilizados pela política pública brasileira.

Logo, mesmo que os instrumentos previstos para a garantia de renda mínima ao produtor rural não sejam idênticos, entre as formas de intervenção previstas no plano estratégico de Portugal e na política agrícola do Brasil, a análise comparativa das políticas públicas descritas em cada um dos sistemas permite a verificação de que há uma preocupação comum e fundamentada sobre a necessidade de implantação de políticas públicas que sejam capazes de assegurar renda ao produtor rural, cujo objetivo não se resume, apenas, na ideia de lucro, que é comum e normal em uma atividade econômica, mas, principalmente, na busca da manutenção do equilíbrio econômico financeiro da atividade produtora, para que sejam preservados os resultados positivos dessa atividade econômica, especialmente o que diz respeito à segurança alimentar.

V - A judicialização da política pública como forma de coerção e responsabilização do Estado para o seu cumprimento

O fortalecimento do Estado Constitucional, conjugado com a implantação do regime democrático para a escolha dos representantes dos cidadãos, reflete a ideia basilar do Estado de Direito e a fórmula mais direta de limitação para atuação arbitrária do poder político, objetivando que, a vontade popular possa ser ouvida e respeitada por meio da formalização normativa prevista do texto escrito da carta constitucional.

Acrescente-se que, no Estado Democrático de Direito, o texto constitucional é aprovado por meio dos representantes eleitos pelo povo, sendo, portanto, a fonte de inspiração e concretização dos anseios sociais e a régua de limitação para as decisões políticas e implementação de condutas por parte dos detentores do poder.

É por meio do estabelecimento das políticas públicas que as normas constitucionais devem ser analisadas, exigindo a visão e o entendimento de que o constitucionalismo não possui, apenas, a função descritiva quanto a organização da burocracia estatal e limitativa quanto ao exercício do poder político, mas, também, que as normas constitucionais têm função de determinar a implantação e efetivação dos direitos sociais e coletivos que são abrangidos por cada uma das políticas públicas prescritas na Constituição.

Deve-se fazer uma importante ressalva para o fato de que as políticas públicas, previstas no texto constitucional, ainda que se possa afirmar que são programas constitucionais para a gestão pública, essa afirmativa não pode ser utilizada para esvaziar a importância e a efetividade que possuem as políticas públicas estabelecidas constitucionalmente.

A retórica adotada para enquadrar as políticas públicas, prescritas na Constituição, como meras normas de recomendação ou, como dito por alguns, como normas programáticas, efetivamente não guarda a menor pertinência com a natureza e objetivos das normas constitucionais.

Não é crível que no Estado Constitucional, todo o esforço social e jurídico para o estabelecimento de princípios e regras constitucionais possam gerar a inserção, no texto constitucional, de normas que apresentam, apenas, meras recomendações programáticas. A aceitação dessa modalidade de norma no texto constitucional, permitiria a equivocada adoção de que existem normas constitucionais de categorias diferentes quanto a sua importância e eficácia.

Não parece ser aceitável esse tipo de argumento para desautorizar a exigibilidade jurídica e social do agente político, em face do descumprimento da matriz constitucional,

especialmente quando não ocorre a implementação da política pública estabelecida constitucionalmente.

As normas constitucionais estabelecem um conjunto de regras e princípios que impõe obrigações positivas ou negativas, mas não se pode conceber normas constitucionais que desobriguem, sem qualquer consequência, a atuação do Estado.

O texto constitucional, como norma superior na hierarquia das normas, pela importância jurídica, social e política que possui, não permite a adoção e positivação de regras e princípios como mero deleite orientativo, sem qualquer eficácia concreta, pois isso significa o dispêndio inútil de esforço jurídico e social na construção das normas constitucionais que regem em perspectiva pretérita e futura o desenvolvimento de uma nação.

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu Título II, trata dos direitos e garantias fundamentais, apresentando um texto amplo, descrevendo, prescrevendo e estabelecendo esses direitos e garantias a partir do art. 5º (direitos e deveres individuais e coletivos), art. 6º ao art. 11 (direitos sociais), art. 12 e 13 (nacionalidade), art. 14 ao art. 16 (direitos políticos) e art. 17 (partidos políticos).

Todas essas normas tratam de direitos e garantias fundamentais, de modo que, por expressa previsão constitucional possuem aplicação imediata, ou seja, são dotadas de eficácia plena, impondo, portanto, para todas as esferas de atuação do Estado, o respeito imediato, não apenas para que referidos direitos e garantias fundamentais não sejam violados, mas, principalmente, para que sejam implementados e concretizados.

Assim, uma vez que os direitos e garantias fundamentais não são estabelecidos com mero intuito de orientação, em relação aos indivíduos e ao próprio Estado, pois possuem aplicação e, logicamente, efetividade imediata, por certo que as políticas públicas estabelecidas para concretização desses direitos e garantias fundamentais não podem ser concebidas com caráter meramente figurativo.

Em outras palavras, as políticas públicas, por descreverem, prescreverem e estabelecerem um conjunto de medidas para a efetivação do direitos e garantias fundamentais, em um âmbito de maior abrangência, pois ultrapassa a esfera da efetivação de caráter individual, também devem ser enquadradas como direitos e garantias fundamentais, uma vez que, ainda que a política pública seja entendida como um instrumento, não se pode desvincular e negar que a política pública, como meio para a

concretização do direito material fundamental, também possui natureza de um direito fundamental e, portanto, possui aplicabilidade imediata.

Firmado o entendimento de que as normas constitucionais que preveem a implantação de políticas públicas têm natureza de direito fundamental, tanto quanto os direitos e garantias abrangidos por essas políticas públicas, é evidente que a implementação das políticas públicas deve ocorrer com base no mesmo critério constitucional estabelecido para os direitos e garantias fundamentais, ou seja, de que as normas que estabelecem essas políticas possuem aplicabilidade imediata.

Victor Abramovich e Christian Courts se contrapõem às opiniões que negam valor jurídico aos direitos sociais e que visam classificá-los como meras declarações de boas intenções. Como forma de fragilizar a argumentação defensiva e que favorece a evasiva do Estado na efetivação de direitos e garantias fundamentais, especialmente quando versam sobre direitos sociais, os autores dizem não ser pertinente a distinção entre direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais, apoiados na ideia de que existem níveis de obrigações estatais que são comuns a todas essas categorias de direitos, não sendo correto afirmar que apenas os direitos civis e políticos sejam fontes de obrigações juridicamente exigíveis perante o Estado⁹.

Portanto, diante da constatação da omissão estatal na implementação integral de uma política pública, torna-se necessário a adoção de mecanismos impositivos para a prevenção e repressão à omissão estatal danosa à efetivação dos direitos e garantias fundamentais, uma vez que a autoridade estatal não se tenha mostrado interessada ou competente para efetivar a previsão constitucional.

A adoção desses mecanismos impositivos pode variar, em conformidade com a natureza do direito ou da garantia fundamental que é objeto da política pública, devendo-se levar em consideração que, por se tratar da omissão estatal na implementação e efetivação de uma política pública, ou seja, de um direito social, a relação jurídica não se estabelece, necessariamente, no modelo tradicional, onde Estado deve cumprir uma obrigação perante um único indivíduo, mas sim dentro de um aspecto mais abrangente de vinculação jurídica, onde o Estado deve cumprir sua obrigação em face de um grupo de pessoas.

⁹ ABRAMOVICH, Víctor e Courts, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, Madri, 2004, p.19

Trata-se da hipótese de implementação, por meio da política pública, de um direito coletivo, por meio do qual, ainda que cada indivíduo seja considerado e beneficiado pela atuação estatal, a normatização da relação jurídica ocorre considerando a percepção de que o Estado deve atuar em favor da implementação dos direitos coletivos.

Assim, com base nas *class actions for damages norte-americanas*, a Lei nº 8.078/90, que trata do Código de Defesa do Consumidor, apresenta as categorias dos direitos coletivos (*lato sensu*), com sendo os direitos difusos, os direitos coletivos (*stricto sensu*) e os direitos individuais homogêneos, trazendo, nos incisos I, II e III, do par. único, art. 81, do CDC a definição jurídica de cada uma dessas situações¹⁰.

Portanto, diante da omissão estatal, existindo a necessidade de imposição na efetivação de uma política pública, há uma indissociável necessidade de identificar a viabilidade e os instrumentos jurídicos disponíveis para a atuação da tutela jurisdicional diante do descumprimento, integral ou parcial, de uma política pública, levando-se em consideração que a tutela dos interesses coletivos em juízo tem características totalmente diferentes de uma tutela individual.

O que se verifica é que as políticas públicas, enquanto obrigações positivas do Estado, são socialmente e juridicamente exigíveis.

Porém, há diversos casos onde a implementação ou otimização de uma política pública acabou não sendo realizada de maneira espontânea ou como uma atuação espontânea e primária pelo Estado, sendo necessário a intervenção externa, principalmente por meio da judicialização, para a implementação integral dos instrumentos materiais suficientes e necessários para a efetivação da política pública.

Tem-se como exemplo de judicialização de política pública, que reflete a discussão sobre intervenção do judiciário naquilo que deveria ser uma atuação política primária e espontânea do Estado, o julgamento da ADPF nº 347/DF.

Extrai-se desse julgamento a verificação concreta da atuação judicial para a implementação de uma política pública.

¹⁰ 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; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Não se faz menção ao julgamento, acima destacado, com o intuito de abordar, no presente trabalho, discussões sobre as características, vantagens, desvantagens, abrangência ou limitações das ações estruturais ou o reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional”, tendo em vista que, por mais que haja pertinência temática e relevância nessa questão e nas discussões sobre as ações estruturais, isso afastaria o foco geraria a ampliação do tema, não havendo espaço para essa abordagem temática no presente texto.

Contudo, a referência ao caso, acima mencionado, é importante para a constatação de que a concretização dos direitos e garantias fundamentais, que são objeto de políticas públicas, além de serem tutelados sob o aspecto individual e subjetivo, também podem e devem ser tutelados enquanto direitos sociais e por meio de uma atuação judicial de natureza coletiva.

A ADPF 347/DF versa sobre a violação generalizada de direitos humanos no sistema prisional brasileiro, tendo como inspiração um precedente de 1997 da Corte Constitucional da Colômbia. Foi requerido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional” do sistema prisional e a adoção de medidas judiciais e administrativas visando proteger a dignidade, vida e saúde dos presos.

Após as discussões em plenário foram proferidos votos pelos Ministros do STF, extraindo-se do julgamento a percepção da necessidade de implementação de várias condutas pelos órgãos estatais, ou seja, de uma verdadeira política pública para o sistema carcerário¹¹.

¹¹ Segue trecho do julgamento onde foram consignados importantes aspectos do julgamento. Decisão: O Tribunal, apreciando os pedidos de medida cautelar formulados na inicial, por maioria e nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), deferiu a cautelar em relação à alínea “b”, para determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão, com a ressalva do voto da Ministra Rosa Weber, que acompanhava o Relator, mas com a observância dos prazos fixados pelo CNJ, vencidos, em menor extensão, os Ministros Teori Zavascki e Roberto Barroso, que delegavam ao CNJ a regulamentação sobre o prazo da realização das audiências de custódia; em relação à alínea “h”, por maioria e nos termos do voto do Relator, deferiu a cautelar para determinar à União que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos, vencidos, em menor extensão, os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso e Rosa Weber, que fixavam prazo de até 60 (sessenta) dias, a contar da publicação desta decisão, para que a União procedesse à adequação para o cumprimento do que determinado; indeferiu as cautelares em relação às alíneas “a”, “c” e “d”, vencidos os Ministros Relator, Luiz Fux, Cármen Lúcia e o Presidente, que a deferiam; indeferiu em relação à alínea “e”, vencido, em menor extensão, o Ministro Gilmar Mendes; e, por unanimidade, indeferiu a cautelar em relação à alínea “f”; em relação à alínea “g”, por maioria e nos termos do voto do Relator, o Tribunal julgou prejudicada a cautelar, vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Gilmar Mendes e Celso de Mello, que a deferiam nos termos de seus votos. O Tribunal, por maioria, deferiu a proposta do Ministro Roberto Barroso,

Assim, diante da omissão estatal em não implementar a política pública, especialmente aquelas alçadas à condição de política pública constitucional, abre-se a oportunidade para que essa omissão seja afastada e que os prejuízos dela decorrentes possam ser evitados, mitigados ou ressarcidos, tanto com base na utilização do modelo tradicional de prestação jurisdicional, que visa a tutela do direito individual e subjetivo, como, também, com a utilização de instrumentos processuais que permitem a prestação jurisdicional para a proteção dos direitos coletivos.

No modelo tradicional de processo, de índole liberal e subjetiva, as tutelas jurisdicionais, tradicionalmente classificadas em tutelas condenatórias, declaratórias ou (des)constitutivas, a proteção ou restabelecimento do direito ameaçado de lesão ou violado podem ser concretizados por meio do exercício individual do direito de ação, sendo que os efeitos da decisão, em regra, não ultrapassam a esfera jurídica das partes envolvidas na relação processual.

O modelo de tradicional de processo não é suficientemente eficaz para a efetivação dos direitos sociais e para assegurar uma prestação jurisdicional completa e abrangente sobre essas questões, sendo necessário a implantação e o desenvolvimento de um instrumento processual específico que seja apto a tutelar os interesses coletivos em juízo.

Essa modificação no modelo processual é observada pelas denominadas ondas reformadoras do processo, as quais são descritas por Fabio Lima Quintas da seguinte forma:

A primeira onda desse esforço por promover verdadeiro acesso à justiça consistiu na superação de obstáculos econômicos que inviabilizavam a comparência dos cidadãos pobres perante o Poder Judiciário (as custas judiciais e os honorários de sucumbência, o pagamento de advogados) e se materializou em iniciativas no sentido de se garantir assistência judiciária. A segunda onda se propôs endereçar o problema da falta de instrumentos processuais para a tutela dos interesses coletivos/difusos, com vista a superar a concepção de processo civil tradicional, de matriz individualista. A terceira onda adotou como enfoque a busca do desenvolvimento de técnicas e de espaços adequados que permitissem aprimorar o sistema de acesso à justiça, no que se refere às duas primeiras ondas,

ora reajustada, de concessão de cautelar de ofício para que se determine à União e aos Estados, e especificamente ao Estado de São Paulo, que encaminhem ao Supremo Tribunal Federal informações sobre a situação prisional, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), que reajustou seu voto, e os Ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia e Presidente. Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 09.09.2015. <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>, acessado em 18/10/2022.

relativas à proteção judicial dos interesses individuais de grupos vulneráveis e à defesa dos interesses públicos/difusos, tanto no âmbito judicial quanto no extrajudicial¹².

Nota-se que a ampliação dos direitos sociais exige, na mesma medida, a ampliação de políticas públicas e, também, dos instrumentos jurídicos materiais e processuais para que esses direitos sociais sejam respeitados e implementados, o que acaba por ampliar o papel dos juízes na tutela desses direitos, especialmente quando o Estado é omissivo na implementação integral ou parcial do direito social ou da política pública respectiva.

A percepção é que a tutela judicial dos direitos coletivos não se limita, portanto, a utilização de instrumentos para a proteção e restabelecimento de direitos individuais, mas abrange, também, a possibilidade e necessidade de proteção dos direitos sociais, inclusive por meio da imposição de cumprimento e implementação da política pública relativa ao direito violado ou ameaçado de lesão.

A tutela coletiva dos interesses sociais concretiza-se não apenas pela tutela do direito individual, mas, também, pela implementação da tutela jurisdicional inibitória, condenatória e mandamental para a implementação das políticas públicas estabelecidas e prescritas pelo ordenamento jurídico, especialmente, aquelas delineadas em âmbito constitucional.

Com efeito o sistema processual brasileiro prevê a ação civil pública (Lei nº 7.347/1985), a ação popular (Lei nº 4.717/1965) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental como meios para a provocação e atuação do poder judiciário nas demandas envolvendo tutela dos direitos coletivos, inclusive as políticas públicas.

Diante da possibilidade de intervenção do poder judiciário para a imposição de cumprimento das políticas públicas por parte do Estado, tramita no Congresso Nacional o PL nº 8.058/2014 que visa regular, de maneira específica, a intervenção judicial no âmbito das políticas públicas.

Além disso também está em tramitação no Congresso Nacional os PL's nº 4.441 e 4.778, ambos de 2020 e da Câmara dos Deputados, que visam disciplinar o procedimento para uma Ação Civil Pública¹³.

¹² QUINTAS, Fabio Lima. O controle da representação adequada das associações em ações coletivas por meio do instituto do abuso do direito de litigar, Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra para Pós-Doutoramento em Direito Processual Civil, Coimbra, 2021, p. 5.

¹³https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node018ps3com0qojwoamh5jkg5x7612332.node0?codteor=1927512&filename=PL+4441/2020 acessado em 22 de outubro de 2022.

O art. 4º do PL nº 4.441/2020 diz expressamente que “a defesa dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, são admissíveis todas as espécies de tutela jurisdicional e procedimentos capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”, trazendo uma preocupação expressa com a necessidade de adequação da legitimidade para a propositura da ação Civil Pública para a verificação de que e “o autor não tenha conflito de interesses como grupo e que sua finalidade institucional tenha aderência à situação litigiosa e ao grupo lesado”.

Admitindo a utilização de todas as espécies de tutela jurisdicional na ação civil pública fica evidente que poder-se-á buscar, por meio dessa tutela jurisdicional de interesse coletivo, uma tutela condenatória, (des)constitutiva ou mandamental, inclusive nos casos em que se esteja discutindo a omissão do Estado na implementação de uma política pública, inclusive com a conversão da ação proposta individualmente em ação coletiva, salvo se essa conversão implicar na formação de processo coletivo para a tutela de direitos individuais homogêneos.

VI - Conclusão

Diante da exigibilidade social e jurídica das políticas públicas, a constatação é de que o Estado, seja por meio de sua atuação primária (espontânea) seja por meio da imposição judiciária, pode intervir positivamente para o cumprimento e implementação das políticas públicas prescritas pela Constituição Federal ou pelas normas infraconstitucionais.

Nesse contexto e voltando a atenção para a política pública estabelecida para o setor agrícola, verifica-se a relevância da preocupação constitucional sobre essa matéria e, também, pela regulamentação infraconstitucional, conforme se extrai do § 2º do, art. 1º, da Lei nº 4.504/64 que delimita a política agrícola como “providências de amparo à propriedade da terra, que se destinem a orientar, no interesse da economia rural, as atividades agropecuárias, seja no sentido de garantir-lhes o pleno emprego, seja no de harmonizá-las como o processo de industrialização do país”.

Diante deste quadro, não há como se desprezar a necessidade de o Estado agir de maneira positiva, pois a imposição da implementação da política de preços mínimos, “compatível com os custos de produção”, não decorre de uma opção de governo, mas de

uma opção do Estado brasileiro que estabeleceu a necessidade de o Estado implantar esse instrumento de política agrícola.

A política agrícola para garantia do preço mínimo, compatível com o custo de produção, tem por pressuposto assegurar equilíbrio econômico e financeiro, para que a comercialização dos produtos agrícolas seja realizada por preços mínimos suficientes ao pagamento dos custos da lavoura, visando eliminar as distorções que afetam o desempenho das funções econômica e social da agricultura.

Em conformidade com o que já foi exposto, diante da omissão do Estado em implantar, integralmente, a garantia de preços mínimos, compatíveis com o custo de produção, ocorrerá uma violação, ainda que parcial, ao direito fundamental de acesso a todos os elementos da política agrícola, decorrendo dessa omissão a necessidade buscar a proteção judicial para o aperfeiçoamento do direito violado ou ameaçado de lesão.

A política agrícola da garantia do preço mínimo, uma vez estabelecida constitucionalmente e disciplinada por normas infraconstitucionais, não encontra qualquer espécie de vácuo legislativo para sua implementação, muito pelo contrário, como já exposto consolida-se como um direito fundamental e aplicável imediatamente.

Portanto, considerando que “a responsabilidade é uma relação jurídica derivada do inadimplemento da relação jurídica originária (obrigação)”¹⁴, é evidente que o descumprimento da obrigação do Estado na implementação da política agrícola de preços mínimos, por omissão parcial ou integral na implementação dos mecanismos formais ou materiais para que o produtor rural tenha acesso a essa política pública, gera consequências sociais e jurídicas.

A responsabilização do poder público, pela não garantia de preços mínimos, compatíveis com os custos de produção, caracteriza-se como uma responsabilidade extracontratual, pois decorrente da violação direta de princípios e regras positivadas no ordenamento jurídico e os efeitos desta omissão podem atingir direitos individuais ou classe produtora indistintamente.

Isso legitima a busca de solução jurídica para a omissão estatal, tanto pelo produtor rural considerado individualmente, como também, pelo aspecto da coletividade atingida negativamente pela omissão estatal, pois a exigibilidade da política pública de garantia do preço mínimo ocorre tanto no aspecto social, como também no aspecto jurídico.

¹⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça de. *Curso de direito civil – teoria geral das obrigações*. 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 39.

Dependendo do titular do interesse que busca a tutela jurisdicional para suprir a omissão do Estado na implantação da política de preços mínimos, abre-se a oportunidade para interposição de ação individual ou ação coletiva, sendo que, tanto em um caso, como em outro a pretensão pode recair sobre uma tutela inibitória, condenatória ou mandamental.

Sob esse prisma, a pretensão dos projetos de lei que tratam da Ação Civil Pública e que tramitam no Congresso Nacional, como visto acima, é reunir os diversos atos normativos que tratam da tutela dos interesses públicos em juízo em um diploma legal que seja capaz de dar um tratamento adequada à matéria e eliminar diversos embates doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema.

Inclusive, na justificativa do PL nº 4.441/2002, fica evidenciado o propósito de que compatibilizar o processo coletivo com as ações individuais, dando mais segurança jurídica ao jurisdicionado.

Porém, quando se trata da possibilidade de utilização dos instrumentos para proteção de interesses coletivos para suprir a omissão do Estado em relação à política pública de garantia dos preços mínimos, deve-se atentar para alguns aspectos relevantes, dentre os quais se destacam os seguintes: é factível buscar uma tutela coletiva de natureza mandamental ou indenizatória diante da omissão do Estado? Caso a resposta a esse questionamento seja positiva, de que forma pode ser efetivada a tutela mandamental ou indenizatória na tutela coletiva, considerando a diversidade das realidades vivenciadas pelos produtos abrangidos? Qual a abrangência territorial dos efeitos da tutela coletiva? e qual a entidade legitimidade e adequada para a propositura dessa ação?

Por certo que a respostas a esses questionamentos extrapolam os limites do presente trabalho, mas é importante ter em mente que, muito embora a política pública de garantia de preço mínimo seja exigível no aspecto social e jurídico, de modo que a omissão estatal não possa passar ilesa de responsabilização, faz-se necessário a compreensão de que a admissibilidade da interposição de medida judicial, para proteger os interesses coletivos, em face da omissão do Estado, deve ser verificada, não apenas enquanto uma tese, mas principalmente quanto a verificação de sua efetividade na produção de efeitos jurídicos e sociais favoráveis aos atingidos pelos efeitos da decisão.

Referências

ABRAMOVICH, Víctor Courtis, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, Madri.

A CRIAÇÃO DO PAC. https://www.cvce.eu/en/collections/unit-content/-/unit/02bb76df-d066-4c08-a58a-d4686a3e68ff/69bdb43a-8750-44f7-9c94-ee1c10b7b3b9/Resources#26ba3d65-d639-41ef-bf203e64e2355be4_en&overlay. Acesso 02/0-3/2023.

A POLÍTICA AGRÍCOLA COMUM EM PORTUGAL. https://portugal.representation.ec.europa.eu/estrategia-e-prioridades/principais-politicas-da-ue-para-portugal/politica-agricola-comum-europeia-em-portugal_pt. Acesso em 23/02/2023.

AZEVEDO, Álvaro Villaça de. *Curso de direito civil – teoria geral das obrigações*. 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

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

BRASIL, Lei n. 8.078 – 1990. Código de Defesa do Consumidor. Brasília, 11 de setembro de 1990.

BRASIL. Projeto de Lei n. 4.441/2020. https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node018ps3com0qojwoaamh5jkg5x7612332.node0?codteor=1927512&filename=PL+4441/2020_2, acessado em 22 de outubro de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADPF 347 MC/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 09/09/2015. <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>, acessado em 18/10/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4395. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 09/12/2022, <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3855030>. acessado em 14/03/2023.

PRINCIPAIS OBJETIVOS POLÍTICOS DA NOVA PAC. https://agriculture.ec.europa.eu/common-agricultural-policy/cap-overview/new-cap-2023-27/key-policy-objectives-new-cap_en. Acesso em 23/02/2023.

QUINTAS, Fabio Lima. *O controle da representação adequada das associações em ações coletivas por meio do instituto do abuso do direito de litigar*. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra para Pós-Doutoramento em Direito Processual Civil, Coimbra, 2021.

RELATÓRIO SOBRE PLANO ESTRATÉGICO DA PAC DE 2021.
https://www.gpp.pt/images/PEPAC/PEPAC_Submetido/Exportacao_SFC_versaoAprovao_29072022.pdf. p. 75. Acesso em 04/03/2023.

TRATADO QUE INSTITUI A COMUNIDADE COMUM EUROPEIA. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12002E/TXT&from=PT>. Acesso em 23/02/2023.

RISCO DA ATIVIDADE E ATIVIDADE PERIGOSA: VISÃO COMPARADA ENTRE DIREITO BRASILEIRO E DIREITO ITALIANO¹

Felipe Bizinoto Soares de Pádua

Sumário: Considerações iniciais; 1. Comparações entre Direito brasileiro e Direito italiano acerca da responsabilidade civil objetiva pelo desempenho de uma atividade; a. Categorias comuns: risco e atividade; b. Distinções comparativas: risco da atividade e atividade perigosa; Conclusões; Referências.

Considerações iniciais.

No primeiro filme da trilogia Senhor dos Anéis, a chamada sociedade do anel é constituída em meio a um conselho secreto voltado a debater como destruir o Um Anel, que carrega grande e obscuro poder. Em dado momento dos debates no conselho que as personagens criadas por J. R. R. Tolkien se identificam para compor a sociedade do anel. É nesse momento de proposição que humanos, hobbits, magos, elfos e anões fazem que cada representante desses grupos toma ciência dos riscos que a empreitada pode causar, sendo a morte um (e talvez o mais pensado) deles. Risco é a palavra que permeou o pensamento dos membros da sociedade do anel, risco de morrer, particularmente, o que se vê no decorrer de toda a trilogia tolkeniana.

Embora não tenha vislumbrado a contemporaneidade, Tolkien claramente passou por diversos momentos históricos, quais sejam, as Duas Guerras, o advento e o auge da Guerra Fria, com a crise dos mísseis em Cuba (e na Turquia), mas faleceu questão de 13 anos antes da explosão de um dos reatores da usina nuclear de Chernobyl, o maior acidente nuclear conhecido pela humanidade. Muito de riscos o autor de O Senhor dos Anéis pôde

¹ Este texto é dedicado àqueles que o tempo trouxe como pessoas cujo brilhantismo contribui tal qual um farol: ao Professor Marcel Edvar Simões, ao Professor Atalá Correia, Professor Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho e ao Professor Nelson Rosenvald. A eles é atribuída a oportunidade no desenvolvimento dos estudos em Direito Privado, em Direito Civil e Direito da Responsabilidade Civil.

vislumbrar, bem como a potencialidade que os seres humanos têm para abolir o verbo que lhes dá existência (ser).

Vivo ao tempo do acidente de Chernobyl, Ulrich Beck lançou no mesmo ano (1986) obra na qual trata dos conceitos de sociedade de risco e reflexividade, que se ligam no sentido da segunda consistir em um marco inaugural da primeira figura, que tem como uma das suas principais características a substituição das classes ao estabelecer contra todos e todas os riscos oriundos das atividades sociais².

Seguindo o brocardo jurídico de que onde há sociedade, há Direito (*ubi societas, ibi ius*), a vivência sob o signo do risco, em uma sociedade de risco, leva à absorção jurídica, tal qual uma esponja que absorve o conteúdo líquido do seu ambiente: fala-se em risco no Direito, particularmente no âmbito da responsabilidade civil. Como aponta Fernando Noronha³, o processo evolutivo e expansivo da responsabilidade civil teve como principal causa a 1ª Revolução Industrial e chega ao novo milênio sob a égide de dois signos: o da expansão (ou erosão, segundo vocábulo de Anderson Schreiber) dos filtros e da objetivação. Particularmente em relação ao último signo que o risco ganha seus contornos para o Direito.

De forma introdutória, o Código Civil brasileiro (CCB/2002) enuncia que há dever de indenizar “*independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem*” (art. 927, parágrafo único); já o *Codice Civile* italiano (CCI/1942) estatui que “*Quem causar dano a outrem no exercício de uma atividade perigosa, por sua natureza ou pela natureza dos meios utilizados, é obrigado a ressarcir, se não prova ter adotado todas as medidas idôneas para evitar o dano*” (art. 2.050)⁴. Tanto um diploma quanto outro contêm cláusulas gerais, um preceito legal dotado de elasticidade em razão da vagueza dos signos constantes no enunciado.

Tendo em vista o regime da responsabilização civil, risco e atividade serão as categorias basilares tratadas a seguir no estudo comparativo entre Brasil e Itália,

² *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011, pp. 21 e ss.

³ Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 761, mar./1999, pp. 33 e ss.

⁴ Tradução livre de: “*Art. 2050. (Responsabilita' per l'esercizio di attivita' pericolose). Chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un'attivita' pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, e' tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno*”.

especificamente na forma como os dois códigos civis adotam a noção de risco vinculada ao desempenho de uma atividade.

O item único de desenvolvimento terá dois subitens. O primeiro tratará de denominadores comuns utilizados pelas legislações civis, tracejando-se os contornos comparativos que permitem uma conceituação mais universalizante dos institutos tratados. O segundo subitem tratará das diferenças que os textos legais carregam e os reflexos que os regimes distintos podem causar no plano prático.

O denominador comum é a responsabilidade civil objetiva sob a óptica da atividade: na Itália, aquela desempenhada e que é considerada perigosa, no Brasil, com um caráter mais amplo, voltado aos riscos de toda atividade. Ainda sobre o regime da responsabilização em comento, importa destacar que a atividade não é seu único fundamento, pois concorre com a teoria do abuso de posição jurídica, do fato de coisa ou de outrem, da queda de coisa etc.

Por fim, duas colocações devem ser destacadas em relação ao tema, porquanto são subjacentes às duas ordens legais. A primeira é de que existe um movimento pendular que saiu do enfoque no agente para a vítima no Direito de Danos, situação que também sofre mudanças ante o mote de restituir as partes à situação anterior ao fato lesivo. A segunda colocação é de que o modelo brasileiro é misto, eis que contempla regramento de responsabilizações subjetiva e objetiva sem que uma seja regra e outra a exceção.

1. Comparações entre Direito brasileiro e Direito italiano acerca da responsabilidade civil objetiva pelo desempenho de uma atividade.

a. Categorias comuns: risco e atividade.

Como exposto, os enunciados das codificações civis brasileira e italiana mencionam duas categorias relevantes para a busca de algo em comum entre os citados textos e, por conseguinte, entre os regimes jurídico civilistas comparados: atividade e risco. Ver-se-á que risco e perigo são figuras que se tocam, não trazendo entre si uma sinonímia, todavia há uma comunicação com o risco que o torna um conceito comum aos Direitos Civis em comento.

Inicia-se pela atividade. Vincenzo Roppo⁵ aduz que nem toda atividade é relevante para o Direito, divisando entre atividades jurídicas e não-jurídicas, não ligando-se a uma atividade genuinamente jurídica, p. ex., a advocacia, mas, sim, à relevância para o Direito objetivo, que contempla nas suas normas determinados fatos sociais. O autor chega a afirmar que “*atividade jurídica é a fórmula que indica o fenômeno do contínuo e incessante cumprimento de atos jurídicos*”⁶.

No Brasil, Fernando Noronha também faz distinção entre atividade e atividade jurídica, expondo “*uma atividade é sempre caracterizada por uma série (ou conjunto) de atos praticados com vista à realização de determinado objetivo. Atividade jurídica é aquela que visa realizar objetivo juridicamente relevante e, por isso, objeto de tratamento unitário*”⁷.

Um centro de conciliação entre Brasil e Itália acerca do tema atividade está na lição de Tullio Ascarelli, que expõe atividade como a “*série de atos coordenáveis entre si, em relação a uma finalidade comum*”⁸. O autor italiano é referenciado na doutrina brasileira, citando-se as vozes de Antonio Junqueira de Azevedo⁹ e Fernando Noronha¹⁰, que tratam do tema da atividade empresária e os riscos que ela pode acarretar.

O ponto de encontro acerca da atividade pode ser o seguinte: define-se atividade jurídica como o conjunto de atos jurídicos coordenados entre si, permeados e orientados por um fim comum e que se prolongam no tempo¹¹.

⁵ *Diritto Privato*. 5. ed. Torino: Giappichelli, 2016, p. 67.

⁶ Tradução livre de “*attività giuridica è la formula che indica il fenomeno del continuo e incessante compimento di atti giuridici*” (Idem).

⁷ *Direito das Obrigações: v. 1*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 399.

⁸ *Corso di Diritto Commerciale*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1962, p. 167.

⁹ (Parecer) Responsabilidade civil ambiental. Reestruturação societária do grupo integrado pela sociedade causadora do dano. Obrigação solidária do causador indireto do prejuízo e do controlador de sociedade anônima. Limites objetivos dos contratos de garantia e de transação. Competência internacional e conflitos de leis no espaço. Prescrição na responsabilidade civil ambiental e nas ações de regresso. In JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Novos estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 400.

¹⁰ *Direito das Obrigações: v. 1*. Cit., p. 399.

¹¹ PÁDUA, Felipe Bizinoto Soares de. Responsabilidade civil ambiental e risco da atividade. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 104, out.-dez./2021, p. 72; JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. (Parecer) Responsabilidade civil ambiental. Reestruturação societária do grupo integrado pela sociedade causadora do dano. Obrigação solidária do causador indireto do prejuízo e do controlador de sociedade anônima. Limites objetivos dos contratos de garantia e de transação. Competência internacional e conflitos de leis no espaço. Prescrição na responsabilidade civil ambiental e nas ações de regresso. In JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Novos estudos e pareceres de Direito Privado*. Cit., p. 400; GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 71-72; ASCARELLI, Tullio. *Corso di Diritto Commerciale*. Cit., p. 167; ROPPO, Vincenzo. *Diritto Privato*. Cit., p. 67; ALPA, Guido. *Manuale di Diritto Privato*. 11 ed. Milano: Cedam, 2020, p. 221.

No segmento mercadológico existe uma grande inversão conceitual entre o CCB/2002 e o CCI/1942. O primeiro não define contrato, base mercadológica, todavia define o empresário – e, por conseguinte, empresa –, enquanto o segundo diploma define contrato, mas não conceitua empresa nem empresário. O Código Civil brasileiro contribui de forma geral ao trazer uma espécie de atividade jurídica, porquanto enuncia que é empresário “*quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços*” (art. 966, *caput*). Disso que se extrai empresa como a espécie de atividade jurídica permeada e orientada por interesses econômicos que se volta à produção e circulação de bens ou serviços ao mercado¹².

Ao analisar de forma comparada as codificações ora tratadas, Cláudio Luiz Bueno de Godoy¹³ expõe que o nascedouro da chamada teorização jurídica do risco se inicia com a atividade empresária, porém houve expansão para atividades não empresárias no decorrer do tempo. Vê-se tanto no CCB/2002 (art. 927, P.Ú.) quanto no CCI/1942 (art. 2.050) que as menções à atividade não são acompanhadas do predicativo empresária, o que permite deduzir que a referência é ao gênero (atividade jurídica) em detrimento do que seja sua espécie por excelência (atividade empresária).

Com base ascarelliana que Antonio Junqueira de Azevedo¹⁴ viabiliza a sintetização dos elementos que compõem a atividade: (i) a pluralidade de atos; (ii) o fim comum que dirige e coordena os atos; e (iii) o prolongamento temporal. Destaca-se a atividade jurídica com um elemento a mais, qual seja, a juridicidade, que é a previsão no suporte fático de uma norma jurídica¹⁵.

Tratados os traços ítalo-brasileiros comuns acerca da atividade, passa-se à segunda categoria de relevância, a qual julga haver, também, algo em comum entre as codificações comparadas: o risco.

¹² (Parecer) Responsabilidade civil ambiental. Reestruturação societária do grupo integrado pela sociedade causadora do dano. Obrigação solidária do causador indireto do prejuízo e do controlador de sociedade anônima. Limites objetivos dos contratos de garantia e de transação. Competência internacional e conflitos de leis no espaço. Prescrição na responsabilidade civil ambiental e nas ações de regresso. In JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Novos estudos e pareceres de Direito Privado*. Cit., pp. 400-401; ASCARELLI, Tullio. *Corso di Diritto Commerciale*. Cit., p. 167.

¹³ *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*. Cit., pp. 71 e ss.

¹⁴ (Parecer) Responsabilidade civil ambiental. Reestruturação societária do grupo integrado pela sociedade causadora do dano. Obrigação solidária do causador indireto do prejuízo e do controlador de sociedade anônima. Limites objetivos dos contratos de garantia e de transação. Competência internacional e conflitos de leis no espaço. Prescrição na responsabilidade civil ambiental e nas ações de regresso. In JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Novos estudos e pareceres de Direito Privado*. Cit., p. 400.

¹⁵ BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, pp. 56-57.

Mas, afinal, o que é risco? Como diria Riobaldo Tatarana, “*viver é negócio muito perigoso*”¹⁶. Perigo e risco são conceitos conexos, mas diferentes no sentido, conforme se pode analisar sob a óptica italiana, cujo decreto legislativo italiano n. 81, de 09 de abril de 2008 define perigo como “*propriedade ou qualidade intrínseca de um determinado fator que tem o potencial de causar danos*” (art. 2, r)¹⁷, enquanto risco é a “*a probabilidade de concretização do nível potencial de dano nas condições de emprego ou de exposição a um determinado fator ou agente ou à sua combinação*” (art. 2, s)¹⁸.

A postura aqui adotada converge com a contribuição da engenharia para o fenômeno jurídico e está na lição de Dan Gardner¹⁹, definindo-se risco como como a multiplicação da probabilidade pela consequência de maus resultados, ou seja, melhor dizendo, consiste na multiplicação da ameaça pela sua probabilidade de ocorrência²⁰. Vê-se que não há como componente essencial a ideia de periculosidade, e sim uma prospecção de certo ato ou de certa atividade causar resultados nocivos.

As noções de atividade e risco conectam-se à responsabilidade civil, em especial a modalidade objetiva, a partir da óptica da solidariedade. Este signo consta na Constituição brasileira como objetivo fundamental republicano de “*construir uma sociedade livre, justa e solidária*” (art. 3º, I), assim como na *Costituzione* italiana, que enuncia que “*A República reconhece e garante os direitos invioláveis do home, seja como indivíduo, seja nas formações sociais onde se desenvolve a sua personalidade, e exige o cumprimento dos deveres inderrogáveis de solidariedade política, econômica e social*” (art. 2.)²¹.

Solidariedade tem uma linha em comum entre os ordenamentos comparados e tem como base a superação de um modelo individualista de pensamento e a adoção de rumos a um paradigma comunitarista ou socializante, surgindo interesses da coletividade que atuam

¹⁶ ROSA, João Guimarães. *Grande sertão: veredas*, v. II. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1994, p. 7.

¹⁷ Tradução livre de: “*r*) «pericolo»: *proprietà o qualità intrinseca di un determinato fattore avente il potenziale di causare danni*”.

¹⁸ Tradução livre de: “*s*) «rischio»: *probabilità di raggiungimento del livello potenziale di danno nelle condizioni di impiego o di esposizione ad un determinato fattore o agente oppure alla loro combinazione*”.

¹⁹ *Risco: a ciência e a política do medo*. Tradução de Léa Viveiros de Castro e Eduardo Sússekind. Rio de Janeiro: Odisseia, 2009, p. 76. No mesmo sentido: ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 120.

²⁰ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. Cit., p. 120.

²¹ Tradução livre de: “*La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*”.

em coordenação com as posições jurídicas individuais, a estas também incutindo novas feições, particularmente no que diz respeito ao seu exercício²².

Subjaz à solidariedade a citada visão pessimista desenvolvida por Ulrich Beck de que a sociedade muito se solidariza em razão da confecção de riscos e perigos que a ameaçam. O sumo que conecta responsabilidade civil e solidariedade é o poder, isto é, quanto mais um agente social interage com a tessitura social, mais riscos podem surgir dessa interação, mais respondendo aquele que atua (com atividade ou ato)²³. Pode-se sintetizar a relação responsabilização-solidariedade com a famosa frase cinematográfica do Tio Ben Parker, em Homem Aranha: “*com grandes poderes vêm grandes responsabilidades*”.

Gizadas as similaridades, o próximo subitem terá como escopo trazer distinções constantes no art. 927, P. Ú. do Código Civil brasileiro e no art. 2.050 do *Codice Civile* italiano, ambos com menção às noções aqui colocadas sobre a responsabilidade civil objetiva pelo desempenho de atividade.

b. Distinções comparativas: risco da atividade e atividade perigosa.

O quadro comparativo se desenvolverá sob algumas ópticas: (i) a da atividade enunciada; (ii) a da não-responsabilização; e (iii) a do âmbito de aplicação.

Acerca da atividade, o P.Ú. do art. 927 do CCB/2002 enuncia *atividade normalmente desenvolvida* que implique em danos a direitos alheios. Uma primeira constatação é que o predicativo da atividade não a qualifica em alguma espécie, particularmente a empresa (ou atividade empresária), o que leva à conclusão de que

²² LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*, vol. 5. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 44; LIMA, Alvino. *Da culpa ao risco*. São Paulo: RT, 1938, pp. 143-144; BARCELLONA, Mario. *Trattato del danno e della responsabilità civile*. Torino: Utet, 2011, p. 38; ALPA, Guido. *Manuale di Diritto Privato*. Cit., p. 911; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil: responsabilidade civil*, v. 3. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2022, pp. 520-522.

²³ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. (Parecer) Responsabilidade civil ambiental. Reestruturação societária do grupo integrado pela sociedade causadora do dano. Obrigação solidária do causador indireto do prejuízo e do controlador de sociedade anônima. Limites objetivos dos contratos de garantia e de transação. Competência internacional e conflitos de leis no espaço. Prescrição na responsabilidade civil ambiental e nas ações de regresso. In JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Novos estudos e pareceres de Direito Privado*. Cit., pp. 408-410; LIMA, Alvino. *Da culpa ao risco*. Cit., p. 60; ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. Cit., p. 120; BARCELLONA, Mario. *Trattato del danno e della responsabilità civile*. Cit., p. 38.

qualquer atividade, e não só a empresária, está sujeita à disciplina legal constante no fragmento legal tratado²⁴.

O predicativo constante no enunciado legal brasileiro corresponde ao plexo de atos coordenados *normalmente* desenvolvidos, o que exclui não apenas atos, mas atividades anormais e aquelas dotadas de antijuricidade, ou que não sejam inerentes à finalidade que permeia os atos juridicamente permitidos (em especial, permitidos pelo Estado)²⁵. Também, ao se mencionar atividade normalmente desempenhada é que se faz referência ao risco, particularmente ao arcabouço teórico que o desenvolveu, merecendo destaque duas perspectivas: a do risco proveito e a do risco criado.

Adepto da teoria do risco proveito, Alvino Lima²⁶ expõe que tal marco teórico surgiu no modelo francês, tendo como contexto a radical mudança implementada pela Revolução Industrial, a iniciação à massificação das relações sociais e a ideia de que certos danos indenizáveis não estariam ligados, necessariamente, a uma conduta reputada como moralmente errônea, que se ligaria à culpabilidade jurídica. E é com esse caldo que o autor expõe que o que a teoria do risco criado quer “*é precisamente que haja uma obrigação de reparar o dano, sem que o fato seja moralmente imputável ao seu autor, mas que por êle responda o mesmo, em virtude do risco criado pela sua ação, pela sua atividade*”²⁷.

O marco teórico tem como fundamento dados econômicos e consiste na responsabilização civil objetiva daquele que obtém proveito oriundo da sua atividade²⁸. Caio Mário da Silva Pereira expõe que a teoria do risco proveito: “*responsável é aquele que tira o proveito, raciocinando que onde está o ganho aí reside o encargo – ubi emolumentum ibi onus*”²⁹.

Invariavelmente, o risco proveito compreende que o agente será responsabilizado objetivamente se da sua atividade desempenhada incorrer dano, mas, também, um proveito, uma vantagem³⁰. A dificuldade está na definição do que seja proveito, ainda mais sob a óptica de que o risco da atividade não está ligado essencialmente com Direito Comercial³¹.

²⁴ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*. Cit., pp. 72-76; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 24.

²⁵ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*. Cit., p. 74; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Cit., p. 343; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil: responsabilidade civil*, v. 3. Cit., p. 539.

²⁶ LIMA, Alvino. *Da culpa ao risco*. Cit., pp. 94-95.

²⁷ *Ibidem*, p. 129.

²⁸ LIMA, Alvino. *Da culpa ao risco*. Cit., p. 89 e p. 336.

²⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Cit., p. 325.

³⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. Cit., p. 153.

³¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Cit., p. 344.

Ante a problemática do que seja proveito que se desenvolve a teoria do risco criado, concebida como ampliação do risco proveito, tendo como grande referencial de estudos no Brasil Caio Mário da Silva Pereira, que leciona que “*ideia fundamental da teoria do risco pode ser simplificada, ao dizer-se que ‘cada vez que uma pessoa, por sua atividade, cria um risco para outrem, deveria responder por suas consequências danosas’*”³².

Apesar da doutrina francesa desenvolver ideias relacionadas à atividade anormal ao risco criado, o texto jusprivatista brasileiro menciona tão somente atividades normalmente desempenhadas, o que dificultaria a quem aplica extrapolar os ditames legislativos. Logo, no regime legal brasileiro há uma relação sintetizada na ideia de que há responsabilização civil objetiva da atividade normalmente desempenhada e que cria determinados riscos que recaem sobre a sociedade³³.

Em síntese, a teoria do risco criado adotada pelo CCB/2002 decorre da adaptação da lição de Cláudio Luiz Bueno Godoy³⁴, qual seja, cada qual deve responder pelos riscos que sua atividade normalmente desempenhada cria.

Acerca de qual teoria adota-se, a do risco criado atende maiores exigências de proteção da vítima, assim como não impõe sobre ela o ônus probatório relativo ao proveito obtido com o desenvolvimento da atividade normalmente desempenhada pelo agente³⁵.

Sobre os riscos e as teorias acima, uma zona de fronteira enfrentada na Europa Continental e no *Common Law* é a dos riscos desconhecidos ou causa ignota (*liability for unknown risks*), tema mencionado por Nelson Rosenthal quando da participação do Congresso Europeu de Responsabilidade Civil³⁶. O debate suscita problemas que afligem o desenvolvimento tecnológico, pois Direito é segurança e, conforme Niklas Luhmann³⁷, tutela certas expectativas, que deriva do latim *expectare* “à espera de”, algo que se espera, o que se aproxima do que se prevê.

A ideia até então desenvolvida é de que os riscos seriam ao menos mensuráveis, para prospecção da distribuição deles, o que sofre grande crítica ante os *unknown risks*,

³² Ibidem, p. 343.

³³ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*. Cit., p. 74; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Cit., p. 343; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 154.

³⁴ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*. Cit., p. 82.

³⁵ Ibidem, pp. 82-83. Também: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Cit., p. 343.

³⁶ ROSENTHAL, Nelson. Responsabilidade civil por riscos desconhecidos. ROSENTHAL, Nelson. *O Direito Civil em movimento: desafios contemporâneos*. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2019, pp. 228-230.

³⁷ LUHMANN, Niklas. *O Direito da sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, pp. 11 e ss.

que envolvem a falta de informação dos riscos envolvidos³⁸. Na literatura, a ideia de risco é confrontada com a de incerteza, sendo que algumas comparações chegam a tratar como figuras antagonistas³⁹.

Sob a óptica funcional do *Law & Economics*, os riscos desconhecidos envolvem a relação de benefícios e malefícios relacionados ao nível de cuidado adotado por quem exerce atos ou atividades, cabendo ao Direito de Danos incentivar certas posturas, comissivas ou omissivas para que seja assegurado um nível social de tranquilidade, seguridade ou segurança⁴⁰. A complicação em relação aos *unknowns risks* está no fato de que comportamentos são adotados de acordo com projeções – racionais ou não – relativas aos incentivos a serem obtidos, o que necessita de informações acerca de quais e como são distribuídos os riscos⁴¹. Michael Faure, Louis Visscher e Franziska Weber indagam “Se um certo risco não é conhecido de acordo com o estado da arte ao tempo que o potencial ofensor age, a responsabilidade por tais riscos afetará o nível de cuidado do ofensor?”, sendo a resposta variada de acordo com a literatura: alguns e algumas se posicionam no sentido negativo, pois não havia conhecimento dos riscos ao tempo do ato, enquanto outros e outras se posicionam no sentido positivo, expondo que há *standards* de cuidados que incentivam alto grau de cuidado social⁴².

Os riscos desconhecidos não só afetam a postura diligente (*take socially excessive care*), mas incentivam o próprio desempenho ou nível da atividade, todavia não pode haver um excesso porquanto o “medo da responsabilidade por riscos desconhecidos pode induzir atores a se retirarem totalmente da atividade”⁴³, o que geraria ineficiência em alta escala.

Figura considerada como espécie do gênero risco desconhecido é o risco do desenvolvimento, que é tratado sob a óptica consumerista em sentido estrito.

Na Europa também há disciplina sobre o risco do desenvolvimento, cuja diretiva n. 85/374 exclui do âmbito de responsabilização da parte que presta o produto, mas viabiliza que os Estados membros disciplinem de outra maneira, o que acontece, p. ex., em Itália,

³⁸ FAURE, Michael; VISSCHER, Louis; WEBER, Franziska. Liability for unknown risks: a Law and Economics perspective. *Journal of European Tort Law*, v. 7(2), 2016, p. 198. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3036470>. Acesso em 31 jan. 2023.

³⁹ *Ibidem*, p. 198, nota 1.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 201.

⁴¹ *Idem*.

⁴² *Ibidem*, p. 202.

⁴³ Tradução livre de “*fear for liability for unknown risks might induce actors to withdraw from the activity altogether*” (*Idem*).

Luxemburgo e Finlândia⁴⁴. Responsabiliza-se objetivamente aquele que presta produto defeituoso, aplicando-se a excludente por risco desconhecido (na espécie risco do desenvolvimento) se a parte produtora provar (i) que não era possível detectar o defeito ao tempo da colocação no mercado; e (ii) o estado da ciência e da técnica ao tempo da colocação não conseguia aferir o risco⁴⁵.

Como expõe Nelson Rosenthal, “No Brasil, infelizmente, nada se discute sobre os riscos desconhecidos em sentido amplo, mas há um conhecido debate sobre o risco do desenvolvimento, (...), aplicável ao contexto dos produtos defeituosos”⁴⁶. Tal abordagem incorre em uma divisão de perspectivas, ou correntes: uma evoca o art. 931 CCB/2002 e os arts. 10 e 12 CDC para imputar o dever indenizatório ao fornecedor de produtos, fundamentando-se que o prestador tomou a iniciativa de colocar em circulação o produto e, portanto, assumiu todos os riscos que, embora socialmente desconhecidos, eram intrínsecos ao bem⁴⁷.

Por outro lado, a corrente que tende a excluir a responsabilização civil pelos riscos desconhecidos do desenvolvimento coloca que a exigência de cautelas sobre questões não conhecidas é excessivamente onerosa e pode inibir o avanço tecnológico, assim como se baseiam nos arts. 10 e 12 CDC para expor que não há produto defeituoso propriamente dito, porquanto o segundo dispositivo enuncia que o defeito se liga ao não oferecimento de “segurança que dele legitimamente se espera”, assim como os incisos II e III do § 1º (art. 12) atrelam o defeito a “riscos que razoavelmente dele se esperam” e “a época em que foi colocado em circulação”.

Os elementos normativos constantes no art. 12, *caput* e § 1º, II e III, CDC, indicam um alinhamento ao teor excludente de responsabilização por riscos desconhecidos, porquanto o diploma enuncia riscos esperados (que pressupõem o conhecimento). Aproxima-se da diretiva UE 35/874 e, também, da previsão do *Codice del Consumo* italiano, cujo art. 118 exclui a responsabilidade civil por produto defeituoso “se o estado

⁴⁴ FAURE, Michael; VISSCHER, Louis; WEBER, Franziska. Liability for unknown risks: a Law and Economics perspective. Cit., pp. 205-206; ROSENVALD, Nelson. Responsabilidade civil por riscos desconhecidos. Cit., p. 229.

⁴⁵ ROSENVALD, Nelson. Responsabilidade civil por riscos desconhecidos. Cit., p. 229. Referida excludente consta no art. 7 (e) da diretiva 85/374.

⁴⁶ ROSENVALD, Nelson. Responsabilidade civil por riscos desconhecidos. Cit., p. 229.

⁴⁷ *Idem*.

dos conhecimentos científicos e técnicos, no momento em que o produtor colocou em circulação o produto, ainda não permitia ainda de considerar o produto como defeituoso”⁴⁸.

Em suma, existe uma harmonia quanto à ideia de risco inerente aos textos brasileiro (art. 927, P. Ú) e italiano (art. 2.050) em, por meio de interpretação sistemática, excluir os riscos desconhecidos do espectro de responsabilização civil.

No Direito italiano, o *Codice Civile* enuncia que responderá objetivamente em razão do “*esercizio de uma atividade perigosa, por sua natureza ou pela natureza dos meios utilizados*” (art. 2.050). Ao contrário do texto brasileiro, o dispositivo legal italiano imputa a indenização sob a espécie objetiva de responsabilização civil ao exercente de atividade perigosa, o que difere da ideia de risco de atividade. Doutrinariamente, a atividade perigosa para o texto italiano consiste naquela que é legalmente reputada com o predicativo *perigosa*, não importando se o fim dela é lucrativo ou não, mas que a própria atividade ou os seus meios causam danos à sociedade, individual, setorial ou globalmente⁴⁹.

Embora atividade perigosa seja uma definição legal dotada de elasticidade – eis que toda atividade tem seu perigo, o que a torna perigosa de alguma forma -, uma referência legal é o *Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza* (“Consolidação das Leis de Segurança Pública”), que traz a segurança pública como atividade perigosa. Outra referência legislativa italiana é o citado decreto legislativo italiano n. 81/2008, que disciplina a *salute e sicurezza sul lavoro* (“saúde e segurança do trabalho”), que desenvolve papel muito próximo das Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho do Brasil (NR) n. 15 e 16, que, respectivamente, disciplinam as atividades reputadas insalubres e perigosas, para fins de pagamento dos adicionais de insalubridade e periculosidade.

Apesar das referências legais, parcela doutrinária reputa o conceito vago de atividade perigosa em duas espécies⁵⁰: tipicamente, aquelas previstas no ordenamento legal (= atos constitucionais, legais e infralegais), aticipicamente, aquelas que são cientificamente comprovadas como dotadas de potencialidade ofensiva.

⁴⁸ Tradução livre de: “*Art. 118 (...) e) se lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche, al momento in cui il produttore ha messo in circolazione il prodotto, non permetteva ancora di considerare il prodotto come difettoso*”.

⁴⁹ TORRENTE, Andrea; SCHLESINGER, Piero. *Manual di Diritto Privato*. 24. ed. Milano: Giuffrè, s.a., p. 909; ALPA, Guido. *Manuale di Diritto Privato*. Cit., p. 928; BARCELLONA, Mario. *Trattato del danno e della responsabilità civile*. Cit., p. 32; ROPPO, Vincenzo. *Diritto Privato*. Cit., p. 596; GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*. Cit., pp. 58-62.

⁵⁰ TORRENTE, Andrea; SCHLESINGER, Piero. *Manual di Diritto Privato*. Cit., p. 909.

Andrea Torrente e Piero Schlesinger exemplificam atividades perigosas em obra conjunta: “*produção e distribuição de materiais explosivos, de gás em bombas, de energia elétrica; a atividade de gestão de redes elétricas; a atividade de construção que importe demolições, escavações, terraplanagens etc.; a produção e a comercialização de tabaco manufaturado*”⁵¹.

Superadas as definições de atividade, passa-se à segunda perspectiva comparativa, que é a de não-responsabilização. Trata-se de categorias que não constituem ou destituem o sujeito a que indenize a vítima.

Analisando o P. Ú. do art. 927 do Código Civil, vê-se que não há menção a situações que elidem o dever reparatório. Embora não contenha previsão específica sobre o assunto, os aspectos teóricos gerais são aplicáveis ao caso, quais sejam, os das excludentes de responsabilização, que são figuras que rompem o nexo causal, o excluem em razão da fonte do prejuízo ser outra que não aquela imputável ao sujeito que busca se atribuir o dever indenizatório⁵²⁵³.

Ao fazer remissão às excludentes de responsabilização, extraem-se exemplos em leis especiais que são aplicados à teoria geral da responsabilidade civil: o CDC enuncia o fato exclusivo da vítima ou de terceiro (arts. 12, § 3º, III, 14, § 3º, II), a lei n. 6.453/1977 menciona fato da vítima (art. 6º), o Código Civil brasileiro (art. 393) e a lei n. 14.046/2020 (art. 5º) força maior e caso fortuito. Além das hipóteses legais, existem duas outras hipóteses negociais que excluem o nexo causal, quais sejam, a cláusula de não indenizar e a renúncia à indenização⁵⁴.

Por envolverem assunto que pode estender o texto e, também, demandarem texto específico, as excludentes não serão tratadas neste texto, cabendo apenas a remissão a elas. O destaque é que elas atuam sobre a causação.

⁵¹ Tradução livre de “*di produzione e distribuzione di materiali esplosivi, di gas in bombole, di energia elettrica; l’attività di gestione di reti elettriche; l’attività di erogazione di carburante presso una stazione di servizio; l’attività edilizia che importi rilevanti demolizioni, scavi, sbancamenti, ecc.; la produzione e la commercializzazione di tabacchi lavorati*” (TORRENTE, Andrea; SCHLESINGER, Piero. *Manual di Diritto Privato*. Cit., p. 909).

⁵² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Cit., p. 354; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. Cit., p. 198.

⁵³ Ater-se-á às excludentes de responsabilidade, eis que as excludentes de ilicitude, estas ligadas ao antecedente, sofrem grande erosão ante a existência de que fatos jurídicos em geral, lícitos ou ilícitos, podem causar dano.

⁵⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Cit., pp. 363 e ss.

Mencionar a culpabilidade no teor do art. 927, P. Ú. do CCB/2002 envolve um outro papel da culpa *lato sensu*. Como expõe Paulo de Tarso Vieira Sanseverino⁵⁵, culpa na responsabilidade objetiva brasileira exerce papel relevante no *quantum debeat*, aplicando-se, inclusive, o teor do art. 944, P. Ú. do *Codex*. É dizer, a culpa tem papel de critério mensurativo na responsabilidade objetiva brasileira, ideia esta aplicada ao risco da atividade.

Por outro lado, o *Codice Civile* enuncia que não haverá imputação do dever de indenizar na hipótese do art. 2.050 se fizer “(...) *prova ter adotado todas as medidas idôneas para evitar o dano*” (art. 2.050)⁵⁶. Tal trecho tem vazada situação que Andrea Torrente e Piero Schlesinger explicam sob uma óptica evolutiva, eis que a tendência judicial italiana é de aproximar ao que denominado no Brasil como fortuito externo. Os autores afirmam que o Judiciário da Itália não se contenta com a demonstração tão somente da adoção de medidas concretas e ordinárias, mas, também, da causa externa, um fato alheio à atividade perigosa que lhe escapa completamente do controle⁵⁷.

Como se vê, existe uma proximidade na evolução da compreensão da prova liberatória constante no art. 2.050 do *Codice Civile*. Textualmente, demandava-se apenas a demonstração das medidas possíveis e adequadas para não haver imputação do dever indenizatório, remetendo-se ao brocardo de que ninguém é obrigado a fazer o impossível (*ad impossibilia nemo tenetur*). Com o tempo, a jurisprudência judicial incluiu como aditivo da prova liberatória um fato estranho à atividade e capaz de romper o nexo causal⁵⁸.

Como terceira perspectiva, a do âmbito de aplicação se relaciona ao vocábulo da atividade. Como exposto, o texto constante no parágrafo único do art. 927 CCB/2002 estabelece a responsabilidade objetiva oriunda do risco da atividade normalmente desempenhada, enquanto o art. 2.050 do *Codice Civile* aplica o citado regime indenizatório à atividade perigosa (*attività pericolose*).

⁵⁵ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 121-126.

⁵⁶ Tradução livre extraída de: “*Art. 2050. (Responsabilita' per l'esercizio di attività' pericolose). Chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un'attività' pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, e' tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno*”.

⁵⁷ “*ma richiede la prova positiva della causa esterna (fatto naturale, fatto del terzo, fatto dello stesso danneggiato) che, per imprevedibilità, eccezionalità ed inevitabilità, sfugge completamente alla sfera di controllo dell'esercente l'attività' pericolosa*” (TORRENTE, Andrea; SCHLESINGER, Piero. *Manual di Diritto Privato*. Cit., p. 909).

⁵⁸ TORRENTE, Andrea; SCHLESINGER, Piero. *Manual di Diritto Privato*. Cit., p. 909; GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*. Cit., p. 61.

Em igualdade, ambos os textos contemplam cláusulas gerais dotadas de conceitos indeterminados, porquanto há um conjunto de enunciados dotados de vagueza, sendo que o vocábulo atividade está acompanhado por predicativos vagos e que permitem a quem aplica o Direito preencher com suas valorações: no caso, definir o que é normal para a lei brasileira e perigoso para a lei italiana.

Em relação à oposição, o âmbito de aplicação do regime da responsabilidade objetiva é maior no ordenamento legal brasileiro, porquanto não há definição por meio de um adjetivo da atividade cujos danos causados envolvem a ‘responsabilização sem culpa’. Conforme exposto, desde que seja normalmente desempenhada, a atividade pode ou não ser reputada perigosa (por meio de instrumentos estatais que assim definam como perigosa), isto é, independentemente de ser taxada como perigosa, a atividade normalmente desempenhada atrai certos riscos pelos quais o exercente responderá objetivamente no caso dos danos se efetivarem⁵⁹.

Por outro lado, *attività pericolose* contém um filtro jurídico (especialmente legal) por meio do qual apenas serão responsabilizados objetivamente os exercentes daquelas atividades cuja natureza ou os meios aplicados sejam reputados perigosos⁶⁰. Embora seja uma cláusula geral que contemple um conceito indeterminado, o âmbito de aplicação normativa do art. 2.050 CCI/1942 é mais limitado, atendo-se àquelas atividades que o sistema reputa como aquelas que mais causam danos.

Conclusões.

Risco da atividade e atividade perigosa não são sinónimas, ainda mais sob a óptica do art. 927, parágrafo único do Código Civil brasileiro e do art. 2.050 do *Codice Civile* italiano. Na verdade, as figuras têm convergências e divergências conceituais que refletem na prática.

O que se vê numa perspectiva comparada é que, apesar de cláusulas gerais e menção a toda e qualquer atividade (não apenas empresa), a lei civil italiana limita às atividades reputadas perigosas a responsabilização civil objetiva, aplicando-se a máxima diligência

⁵⁹ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*. Cit., pp. 72-76.

⁶⁰ ALPA, Guido. *Manuale di Diritto Privato*. Cit., p. 928; BARCELLONA, Mario. *Trattato del danno e della responsabilità civile*. Cit., p. 32; ROPPO, Vincenzo. *Diritto Privato*. Cit., p. 596; TORRENTE, Andrea; SCHLESINGER, Piero. *Manual di Diritto Privato*. Cit., p. 909; GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*. Cit., pp. 59-60.

como hipótese de não responsabilização, o que ganha um acréscimo sob a óptica judicial, que exige não apenas a prova liberatória relativa à adoção das medidas ordinárias para evitar o dano, mas uma causa externa, um fortuito externo.

Por outro lado, a lei civil brasileira tem vazada cláusula geral de maior amplitude que a italiana, porquanto exige apenas que a atividade seja normalmente desempenhada pelo sujeito a que se imputa o dever indenizatório oriundo da responsabilidade objetiva, nada estatuinto sobre medidas ordinárias que o liberariam da indenização (e, sim, afetariam a mensuração da prestação devida).

O que se extrai da comparação é que a tendência cultural italiana sobre o art. 2.050 CCI/1940 se aproxima cada vez mais da cultura jurídica brasileira refletida no art. 927, P. Ú. CCB/2002, havendo um processo de ampliação da responsabilização e da noção de atividade perigosa, mas o caminhar em Itália é longo em razão da deferência textual e sistemática em relação à segunda categoria ampliada.

Referências.

ALPA, Guido. *Manuale di Diritto Privato*. 11 ed. Milano: Cedam, 2020.

ASCARELLI, Tullio. *Corso di Diritto Commerciale*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1962.

BARCELLONA, Mario. *Trattato del danno e della responsabilità civile*. Torino: Utet, 2011.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil: responsabilidade civil*, v. 3. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2022.

FAURE, Michael; VISSCHER, Louis; WEBER, Franziska. Liability for unknown risks: a Law and Economics perspective. *Journal of European Tort Law*, v. 7(2), p. 198-228, 2016. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3036470>. Acesso em 31 jan. 2023.

GARDNER, Dan. *Risco: a ciência e a política do medo*. Tradução de Léa Viveiros de Castro e Eduardo Sússekind. Rio de Janeiro: Odisseia, 2009.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. (Parecer) Responsabilidade civil ambiental. Reestruturação societária do grupo integrado pela sociedade causadora do dano. Obrigação solidária do causador indireto do prejuízo e do controlador de sociedade anônima. Limites objetivos dos contratos de garantia e de transação. Competência internacional e conflitos de leis no espaço. Prescrição na responsabilidade civil ambiental e nas ações de regresso. In JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Novos estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMA, Alvino. *Da culpa ao risco*. São Paulo: RT, 1938.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*, vol. 5. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LUHMANN, Niklas. *O Direito da sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 761, p. 31-44, mar./1999.

NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações: v. 1*. São Paulo: Saraiva, 2003.

PÁDUA, Felipe Bizinoto Soares de. Responsabilidade civil ambiental e risco da atividade. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 104, pp. 69-85, out.-dez./2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ROPPO, Vincenzo. *Diritto Privato*. 5. ed. Torino: Giappichelli, 2016.

ROSA, João Guimarães. *Grande sertão: veredas*, v. II. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1994.

ROSEVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ROSEVALD, Nelson. Responsabilidade civil por riscos desconhecidos. ROSEVALD, Nelson. *O Direito Civil em movimento: desafios contemporâneos*. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2019.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

TORRENTE, Andrea; SCHLESINGER, Piero. *Manual di Diritto Privato*. 24. ed. Milano: Giuffrè, s.a.

O DEVER DE INFORMAR DO MÉDICO SOBRE AS PERDAS EMBRIONÁRIAS NO TRATAMENTO DA FERTILIZAÇÃO *IN VITRO*: ASPECTOS DA DOUTRINA CATÓLICA E SUA CONSEQUÊNCIA NA RESPONSABILIDADE CIVIL

João Henrique de Almeida Scaff

Sumário: 1. Introdução; 2. Aspectos da reprodução assistida; 3. Impactos na religião católica; 4. Termo de consentimento livre e esclarecido (TCLE); 5. Dos efeitos na responsabilidade civil; 6. Conclusão; Referências.

1. INTRODUÇÃO

Ao longo da formação da vida da mulher a sociedade impõe expectativas, dentre elas, a constituição de uma família, elemento chave para o conceito religioso de matrimônio.

Inserido nesse contexto, Carter e McGoldrick (1995) sustentam que a família é o local que dá origem à história de cada pessoa, sendo um elemento chave para a formação do indivíduo. Advertem, sustentando que o casamento, de forma geral, tende a ser erroneamente compreendido como a união de dois indivíduos. Ainda segundo as autoras, ele representa a “modificação de dois sistemas (familiares) inteiros e uma sobreposição que desenvolve um terceiro subsistema (familiar)”.¹

Para que se tenha melhor compreensão, é necessário entender que o casamento é um desafio enfrentado de formas diferentes entre homens e mulheres, no qual as expectativas são distintas e mutáveis de acordo com a cultura da sociedade.

¹ CARTER, Betty; MCGOLDRICK, Mônica. **As mudanças no ciclo de vida familiar**: uma estrutura para a terapia familiar. 2ª Ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1995, p. 18.

Nesse aspecto, verifica-se que o papel de “esposa”, consubstanciado na “dona de casa”, não é mais uma imposição social, tornando algo normal o ingresso da mulher no mercado de trabalho², não havendo o preconceito que havia no passado.

No entanto, o desejo de ser mãe é algo que permanece, sendo o objetivo relevante na constituição do matrimônio religioso, em especial o católico³. Para essa religião, para que haja o consentimento matrimonial, “é necessário que os contraentes pelo menos não ignorem que o matrimônio é um consórcio permanente entre um homem e uma mulher, ordenado à procriação de filhos, mediante alguma cooperação sexual”.⁴

Dessa forma, quando o casal se depara com uma situação de infertilidade⁵, em especial a mulher⁶, o fato acaba representando uma perda do controle de suas vidas. Nesse aspecto, “a falta da capacidade de procriar é vivenciada como um verdadeiro drama para a mulher, porque ela vive tal circunstância como uma falha no papel que ela própria e a sociedade esperam que seja designado à parte feminina do casal”.⁷

Dito isso, a parentalidade é um item de destaque no projeto de vida do casal⁸, seja pelo aspecto religioso, seja pelo aspecto dos valores individuais. A Organização Mundial da Saúde (2020) estima que há 48 milhões de casais e 186 milhões de indivíduos inférteis

² Diversos marcos legais ocorreram ao longo da história. No entanto, cabe destacar o *Estatuto da Mulher Casada* – Lei nº 4.121/62, que aboliu a incapacidade feminina, consagrando o princípio do livre exercício profissional da mulher casada, revogando outras normas discriminatórias.

³ O Código Canônico estabelece que a impotência antecedente e perpétua, tanto absoluta como relativa, dirime o matrimônio, pela própria natureza deste (Cân. 1084). Sendo que a esterilidade, por si só, não proíbe ou anula o matrimônio (Cân. 1084, §2º). Contudo, caso essa esterilidade não seja conhecida por uma das partes, o fato autoriza a invalidação.

⁴ Código de Direito Canônico, 1096, §1º.

⁵ Vide ABBEY, Antonia; ANDREWS, Frank M.; HALMAN, L. Jill. Infertility and Subjective Well-Being: The Mediating Roles of Self-Esteem, Internal Control, and Interpersonal Conflict. **Journal of Marriage and Family**, Vol. 54, No. 2 (May, 1992), pp. 408-417. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/353072>. Acessado em 03 ago. 2022.

⁶ No que tange a experiência feminina no enfrentamento à infertilidade e ao tratamento (FIV), é recomendada a leitura do artigo de HAMMARBERG, K.; ASTBURY, J.; BAKER H.W.G. Women's experience of IVF: a follow-up study. **Human reproduction**. Vol. 16, nº 02, p. 374/383, 2001. Disponível em: <https://academic.oup.com/humrep/article/16/2/374/649672>. Acessado em 03 ago. 2022.

⁷ SPOTORNO, Paula Munimis; SILVA, Isabela Machado da; LOPES, Rita Sobreira. Expectativas e sentimentos de mulheres em situação de reprodução medicamentosa assistida. **Periódicos eletrônicos em psicologia**. 2008, s.n. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-03942008000200009#:~:text=As%20entrevistadas%20revelaram%20diversos%20sentimentos,dor%20do%20marido%20e%20familiares. Acessado em 03 ago. 2022.

⁸ O constituinte não ignorou essa realidade, consagrando nos art. 226, § 7º, e 27, §1º, I, entre outros, o direito de constituir família, o direito ao planejamento familiar, e, ainda, a proteção da maternidade.

em todo o mundo, sendo que a prevalência da infertilidade varia nos diferentes países: entre mínimo de 5% e máximo de 30% de todos os casais.⁹

Somado a isso, os preceitos religiosos são fatores que não podem ser ignorados pelas clínicas de fertilidade, devendo estas descrever todos os aspectos do tratamento, ofertando, desta maneira, a possibilidade ao casal de sopesar seus valores religiosos e morais para, então, decidir se submeter-se-á ao tratamento, evitando arrependimento posterior, fato que agrava a situação de fragilidade psicológica.

Desta forma, o artigo busca destacar a obrigação do dever de informação do profissional da saúde sobre os aspectos do tratamento, respeitando o direito do paciente em decidir livremente, ante as suas convicções morais, éticas e religiosas (com ênfase na religião católica), sob pena da incidência do dever de indenizar (responsabilidade civil).

Visando responder a tais questionamentos, utilizou-se a metodologia dedutiva na pesquisa e revisão do referencial bibliográfico disponível, para, ao final, alcançar a conclusão exposta no trabalho.

2. ASPECTOS DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Em 1978, na Inglaterra, ocorreu o primeiro nascimento registrado produzido por fertilização *in vitro* (FIV), através da transferência a fresco. Em 1983, na Austrália, foi registrado o nascimento humano após a transferência de embrião congelado. Desde então, “mais de sete milhões de bebês já nasceram por meio de FIV, com transferência de embriões a fresco ou congelados”.¹⁰

No Brasil, a utilização da técnica de fertilização *in vitro* que resultou em um nascimento, ocorreu em 1984, na cidade de São José dos Pinhais - PR. No início de 1990,

⁹ PEÇANHA, Doris Lieth; BLANQUER-LAGUART, Albert. (In)fertilidade - cultura médica e cultura do casal. **Boletim Academia Paulista de Psicologia**. São Paulo, v. 38, nº 95, p. 169. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/bapp/v38n95/v38n95a04.pdf>. Acessado em 15 mar. 2022.

¹⁰ DUARTE-FILHO, Oscar Barbosa; PODGAEC, Sérgio. Congelamento de todos os embriões em ciclos de fertilização *in vitro* em mulheres com resposta normal à estimulação ovariana. **Einstein Journal**, 2021, p 2. Disponível em: 10.31744/einstein_journal/2021AO6290. Acesso em: 15 de dez. 2022.

havia mais de 10 clínicas especializadas no país.¹¹ Atualmente, o número de Centros de Reprodução Humana Assistida (CRHAs) está em torno de 182.¹²

A possibilidade de congelamento de óvulos, por outro lado, teve início a partir de 2006, quando a técnica de congelamento ultrarrápido (vitrificação de óvulos), visando evitar a formação de cristais dentro do citoplasma, tornou-se acessível. Foi um acontecimento de extrema importância, pois “quando o número de óvulos é muito grande ou se o casal, por questões éticas ou religiosas, não deseja congelar embriões, são fertilizados menos óvulos e os excedentes podem ser congelados”.¹³

Com relação ao percentual de sucesso do procedimento, este é fracionado a cada etapa do processo, sendo de 95% à colheita de ovócito maduro, 90% à fecundação, 58,8% ao início do desenvolvimento, 17,1% aos estados de gravidez iniciado e 6,7% levados até o final.¹⁴ Por consequência, a perda total de embriões corresponde a 93-94%.

Importante destacar que o número de perda de embriões é um dado difícil de ser quantificado¹⁵, pois a maioria dos estudos tem como objeto o percentual de sucesso em relação aos embriões transferidos, considerando a idade e os tipos de problemas de infertilidade, entre outros aspectos individuais dos pacientes que interferem na taxa de sucesso.

A título de exemplo, no Brasil, em 2021, segundo dados do SisEmbrio, os procedimentos de coleta oocitária destinada a FIV em pacientes menores de 35 anos, resultaram no congelamento de 44.664 embriões, tendo sido transferidos apenas 5.350. Desse total, 1.360 gestações clínicas foram originadas. Já nas pacientes acima de 35 anos, foram congelados 69.708 embriões, sendo transferidos 12.587, que se converteram em

¹¹ SOUZA, Karla Keila Pereira Caetano Souza Pereira; ALVES, Oslânia de Fátima Alves de Fátima. As principais técnicas de reprodução humana assistida. **Revista Acadêmica do Instituto de Ciência da Saúde**, v. 2, nº 1, 2016, p. 28. Disponível em: <http://www.revistas.unifan.edu.br/index.php/RevistaICS/article/view/182/139>. Acesso em 24 de jan. 2023.

¹² BRASIL, SisEmbrio - Sistema Nacional de Produção de Embriões. **Relatório do sistema nacional de produção de embriões**, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/acessoainformacao/dadosabertos/informacoes-analiticas/sisembrio>. Acessado em: 15 de dez. 2022.

¹³ CORLETA, Helena von Eye. Fertilização in vitro: mais de 4 milhões de crianças nascidas e um prêmio nobel. **Revista HCPA (UFRGS)**, v. 30, p. 454-455, 2010.

¹⁴ SGRECCIA, Elio. **Manual de bioética: fundamentos e ética biomédica I**. 4 Ed. São Paulo: Loyola, 2014, p. 523.

¹⁵ Kalline Carvalho Gonçalves Eler cita em seu livro que, em 2005, os resultados atualizados das experiências do Instituto de Genética Reprodutiva de Chicago, conjuntamente com outros centros da Austrália, Bélgica e Turquia, “demonstraram que, dos 1.130 embriões produzidos, apenas 123 eram compatíveis e, por isso, foram implantados; destes, apenas 13 nasceram, revelando uma eficiência do método de 1,15%” (ELER, 2021, p. 84).

1.999 gestações clínicas.¹⁶ Importante destacar que o número de gestação não corresponde ao número de bebês em casa após o procedimento.

Por óbvio que os índices variam conforme a pesquisa realizada, com inúmeros fatores que interferem na taxa de sucesso das diversas etapas da FIV. No entanto, a pretensão reside apenas em demonstrar, com um acerto maior ou menor, o número significativo de embriões que são descartados quando o casal opta pelo tratamento da fertilização *in vitro*, não havendo discussão nessa questão.

Fato é que, entre os anos de 2020 e 2021, de um total de 202.875 embriões, 186 foram doados para pesquisa. Em 2021, foram transferidos 34.050 embriões e descartados 101.729.¹⁷

Por consequência, o fato tem relevância para as religiões que entendem que o embrião é uma pessoa, não podendo ser descartado. Esse fator ganha relevância quando a escolha é atribuída ao casal, ganhando status de uma violação aos preceitos da religião católica, resultando em consequências na esfera interna da sua crença. Por essa razão, a informação deve ser prestada de forma clara e precisa pela clínica ou médico, sem omitir dados que impliquem em danos, tanto na seara biológica, quanto no aspecto religioso.

3. IMPACTOS NA RELIGIÃO CATÓLICA

Conforme dito anteriormente, o matrimônio, na religião católica, consiste na união entre homem e mulher¹⁸, ordenado à procriação de filhos, mediante alguma cooperação sexual (Cân. 1096)¹⁹.

O primeiro problema da fertilização *in vitro* é que ela retira a participação ativa do casal no ato sexual para a geração do filho²⁰. Assim, a Igreja Católica entende ser

¹⁶ BRASIL, *op. cit.*, s.n.

¹⁷ *Ibid*, s.n.

¹⁸ Sobre o tema destaca-se o parágrafo 292 da exortação apostólica pós-sinodal *amoris laetitia* do santo padre Francisco aos bispos aos presbíteros e aos diáconos às pessoas consagradas aos esposos cristãos e a todos os fiéis leigos sobre o amor na família, que salienta que o matrimônio cristão é o “reflexo da união entre Cristo e a Igreja, realiza-se plenamente na união entre um homem e uma mulher, que se doam reciprocamente com um amor exclusivo e livre fidelidade, se pertencem até a morte e abrem à transmissão da vida, consagrados pelo sacramento que lhes confere a graça para se constituírem como Igreja doméstica e serem fermento de vida nova para a sociedade” (*Amoris laetitia*, n° 292).

¹⁹ Apesar da discussão ser muito mais profunda, o citado conceito é um dos principais fatores para o impedimento do reconhecimento católico do casamento de pessoas do mesmo sexo.

²⁰ Eduardo de Oliveira Leite discorre sustentando que o embate ético sobre o tema não decorre “a priori” em relação ao que é artificial. O grande problema é que os “progressos científicos dissociaram diferentes etapas do processo de reprodução e, ao mesmo tempo, obrigaram a considerar separadamente o interesse dos pacientes (no caso, o casal) e aquele decorrente da futura criança” (LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações**

moralmente ilícita a utilização desta ferramenta, pois é apenas aceitável a intervenção técnica que facilita o ato conjugal ou ajuda a atingir os seus objetivos naturais, sem substituir a cooperação sexual²¹.

Por consequência, “a inseminação artificial substitutiva do ato conjugal é proibida em razão da dissociação voluntariamente exercida entre os dois significados do ato conjugal”.²² O entendimento é estendido para o ato de masturbação, quando é obtido o esperma que será utilizado no procedimento, uma vez que na visão católica é um ato de dissociação da visão do matrimônio pois, apesar de conter o objetivo da procriação, falta-lhe a relação sexual exigida pela ordem moral, que configura "o sentido integral da doação mútua e da procriação humana"²³

Além disso, o conceito de matrimônio deve ser interpretado em conjunto com o conceito de vida. Assim, a partir do ano de 1869, o papa Pio IX, passou a condenar toda e qualquer interrupção voluntária da gravidez²⁴.

Somado a isso, o magistério da igreja entende, conforme expresso na encíclica *Evangelium vitae* - referindo-se à Instrução *Donum vitae* da Congregação para a Doutrina da Fé, que “o ser humano deve ser respeitado e tratado como uma pessoa desde a sua concepção²⁵ e, por isso, desde esse mesmo momento, devem-lhe ser reconhecidos os direitos da pessoa, entre os quais, e primeiro de todos, o direito inviolável de cada ser humano inocente à vida”.²⁶

Para a doutrina, o próprio congelamento dos embriões, mesmo se executado para assegurar uma conservação em vida do embrião (crioconservação), “*constitui uma ofensa*

artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1995, p. 132)

²¹ Esse apontamento é encontrado na instrução sobre o respeito à vida humana nascente e a dignidade da procriação, lançada no item “6”. O texto encontra-se disponível em: https://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_po.html#_ftnref18.

²² BOVONE, Alberto. Instrução sobre o respeito à vida humana nascente e a dignidade da procriação. Congregação para a doutrina da fé. Roma, 1987, s.n. Disponível em: https://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_po.html#_ftn54. Acesso em 26 de dez. 2022.

²³ PIO XII, Discurso às congressistas da União Católica Italiana de Obstretas, 1951: AAS 43 (1951) 850.

²⁴ Conforme lembrado por Christian de Paul Barchifontaine, a posição do magistério da Igreja Católica nem sempre defendeu a vida a partir da concepção. Santo Agostinho (séc. IV) sustentava que a pessoa só existia a partir de 40 dias após a fecundação para o feto masculino e, 80 dias, para o sexo feminino (alma racional), visão que passou a ser adotada pela Igreja no Concílio de Trento (1563). No entanto, sempre existiram vezes que contestavam esse posicionamento da Igreja (BARCHIFONTEINE, 2004, p. 111).

²⁵ Alguns apontam que o embasamento bíblico estaria em Salmos 139: 13-16 c/c I Coríntios 6-19.

²⁶ JOÃO PAULO II, *Carta Enc. "Evangelium vitae"* (25 de Março de 1995), Acta Apostolicae Sedis 1995, n. 60. Disponível em: https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae.html#_ftnref52. Acessado em 26 de dez. 2022.

ao respeito devido aos seres humanos, uma vez que os expõe a graves riscos de morte ou de dano à sua integridade física, priva-os ao menos temporariamente da acolhida e da gestação maternas, pondo-os em uma situação suscetível de ulteriores ofensas e manipulações”.²⁷

O posicionamento ainda encontra respaldo no mandamento “não matarás”, que possui forte preceito negativo, indicando um limite extremo que nunca poderá ser transposto, além do positivo, que induz a uma atitude otimista de respeito absoluto pela vida²⁸. Nesse aspecto, João Paulo II, na carta encíclica *Evangelium Vitae de 1995*, sustenta que “nada e ninguém pode autorizar que se dê a morte a um ser humano inocente, seja ele feto ou embrião, criança ou adulto, velho, doente incurável ou agonizante”.²⁹

Para a Igreja, a vida é inviolável, visto que o direito do conceito a ela tem a sua fundamentação, além dos aspectos filosóficos, nos dados científicos acerca do valor humano do novo ser³⁰. Nesse sentido, parte-se do pressuposto que o “embrião possui uma individualidade geneticamente distinta e diferenciada de seus pais³¹, intrinsecamente orientada à constituição de uma pessoa humana, que origina um direito fundamental à vida, a Igreja fala sobre a recepção da alma já no momento da fecundação”.³²

Sabe-se que o cristianismo influenciou toda a cultura do Ocidente, sendo que a maioria dos códigos - éticos, jurídicos e científicos - tiveram inspiração nesta doutrina.³³ O fato também reflete na jurisprudência, tanto é que no ano de 2000, a Sala Constitucional

²⁷ BOVONE, Alberto. Instrução sobre o respeito à vida humana nascente e a dignidade da procriação. Congregação para a doutrina da fé. Roma, 1987, s.n. Disponível em: https://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_po.html#_ftn54. Acesso em 26 de dez. 2022.

²⁸ Para o Padre Adriano Corrêa da Silva, os “dados científicos sobre o embrião humano trouxeram, para a Igreja, uma confirmação sobre a sua missão de defesa da vida já a partir dos primeiros instantes da concepção. Portanto, a Igreja, arrefece ainda mais suas forças se colocando na direção da vida e contra o aborto” (SILVA, Adriano Corrêa da. O magistério católico e a defesa da vida humana na sua origem, à luz do dado científico. **Revista de Cultura Teológica**, v. 19, n. 76, 2011, p. 69).

²⁹ JOÃO PAULO II, *op. cit.*, n. 57.

³⁰ Vide Sagrada Congregação para a Doutrina da Fé. *Donum Vitae I*, n. 1.

³¹ Por outro lado, outros defendem que “a carga genética humana dos embriões pré-implantarórios não é suficiente para garantir a sua viabilidade, ou seja, falta aos pré-embriões a condição ambiental imprescindível para garantir a continuidade do seu desenvolvimento: o útero materno” (ZENNI, Alessandro Severino Valler; RIBEIRO, Daniela Menengoti Gonçalves; AIRES, Fernanda Diniz. A tutela do embrião in vitro na convenção americana de direitos humanos: uma interpretação da corte interamericana de direitos humanos. **Revista Quaestio Iuris**, v. 11, n. 2, 2018, p. 754. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/29645>. Acessado em: 25 de jan. 2023).

³² SILVA, Adriano Corrêa da. O magistério católico e a defesa da vida humana na sua origem, à luz do dado científico. **Revista de Cultura Teológica**, v. 19, n. 76, 2011, p. 77-78.

³³ MATTAR, Maria Olga. A ética cristã e a eliminação dos embriões mais fracos no processo de reprodução humana. In: BARBOSA, Heloísa Helena; BARRETTO, Vicente de Paulo. **Novos temas de biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 143.

do Supremo Tribunal da Costa Rica, proferiu decisão proibindo a prática da FIV³⁴ em todo o território do país³⁵ por entender que, “em razão da grande perda de embriões durante o procedimento, essa violava o direito à vida e à dignidade humana desses embriões”,³⁶ acabando por aplicar as sanções do homicídio para aquelas pessoas que utilizassem o tratamento.

O fato gerou recursos perante à Corte Interamericana de Direitos Humanos³⁷ e, no ano de 2012, o Tribunal Internacional reconheceu a infertilidade como uma doença, reconhecendo que a criminalização dos casais inférteis configuraria uma violação aos direitos humanos, o que, conseqüentemente, negou a personalidade jurídica ao embrião³⁸, colocando fim à batalha judicial contra a decisão do ano de 2000.

Dessa forma, para a Igreja Católica, cada ser humano inocente é absolutamente igual a todos os demais, sendo essa a base de todo o relacionamento social, devendo o direito reconhecer cada ser humano como pessoa e não como coisa a ser descartada.

O presente trabalho não tem a pretensão de aprofundar no debate teleológico, muito menos no aspecto ético e moral. No entanto, resta claro os impactos ao casal católico da escolha da técnica da fertilização *in vitro*, uma vez que a omissão da informação pelo prestador de serviço poderá causar danos aos contratantes.

4. TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO (TCLE)

³⁴ A ação que buscava declarar a inconstitucionalidade do decreto do Poder Executivo que autorizava e regulamentava a prática da FIV, foi proposta por Hermes Navarro del Valle, tendo sido julgada procedente em 11 de outubro de 2000.

³⁵ Entre outros fundamentos, a decisão fez menção ao art. 21 da Constituição costarriquenha, que expressa que a vida humana é inviolável, bem como no art. 4, seção 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos no qual a Costa Rica é signatária.

³⁶ ALVES, Bernardo Caus do Amaral; ANDRADE, Pedro Gustavo Gomes. Corte interamericana de direitos humanos: Artavia Murillo v. Costa Rica e o direito a fertilização *in-vitro*. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL, 2022, Belo Horizonte. **Anais eletrônicos...** Belo Horizonte: Skema Business School, 2020, p. 124-125 Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/tvu736t8/m92FGLJ9K1p0iprj.pdf>. Acesso em 25 de jan. 2023.

³⁷ Caso Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica. A sentença encontra-se disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_por.pdf.

³⁸ No Brasil, relata-se como o *hard case* que enfrentou a questão de personalidade jurídica do embrião, a ação direta de inconstitucionalidade nº 3.510/DF, que apreciou a Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/05), dando ênfase na questão das pesquisas com células-tronco embrionárias.

O Termo de Consentimento Livre e Esclarecido é o documento firmado entre o médico e o paciente que contém as informações, de forma escrita, do procedimento que será realizado, ofertando amplo esclarecimentos de todas as questões pertinentes.

O instrumento encontra fundamento constitucional nos artigos 1º, incisos II, III e IV, 5º, incisos XIV, XXXII, XXXIII e LXXII, 170, inciso IV, 220 e 221. No que tange ao Código de Defesa do Consumidor, aplica-se o art. 4º, inc. IV, bem como o art. 6º, inc. III, devendo ainda ser observadas as disposições gerais do Código Civil.

Quanto aos aspectos éticos, a Resolução nº 2.294/2021 do Conselho Federal de Medicinal, estabelece normas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, estabelecendo como princípio geral o dever de informar sobre as circunstâncias da aplicação da técnica utilizada no procedimento, devendo os dados abranger os aspectos biológicos, jurídicos e éticos.

Por consequência, é evidente o dever do médico informar à/ao(s) paciente(s) sobre a alta taxa de perda de embriões, uma vez que essa informação é de extrema relevância, ante os impactos que poderão causar na crença religiosa do casal.

A liberdade religiosa ou de crença é um direito protegido na Constituição (art. 5º, inc. VI) que deve ser observado pelo médico. Nesse aspecto, a liberdade religiosa nada mais é que uma obrigação de tolerância por parte do Estado e dos particulares. Para tanto, tolerar não é admitir, aceitar e/ou reconhecer o comportamento ou a crença do outro, mas suportar o entendimento e a forma de viver do diferente.³⁹

Nesse aspecto, o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) materializa o dever de informação do médico ou da clínica, que prestam as informações relevantes do procedimento que impacta de forma reflexa nas convicções religiosas dos pacientes, sem manifestar juízo de valor.

Desse modo, a informação deve ser realizada de acordo com a personalidade, o grau de conhecimento e as condições clínicas e psíquicas do(s) paciente(s), abordando dados do diagnóstico ao prognóstico, dos tratamentos a efetuar, dos riscos conexos, dos benefícios e alternativas, se existentes.⁴⁰

Interessante que, ao se analisar os termos de consentimentos, verifica-se que as causas responsáveis pelos insucessos dos procedimentos são direcionadas para “os óvulos

³⁹ ODEBRECHT, Luciano. **Liberdade religiosa**. Londrina: Redacional livraria, 2008, p. 39-40.

⁴⁰ BIONDO-SIMÕES *et al.* Compreensão do termo de consentimento informado. **Revista do Colégio Brasileiro de Cirurgiões**, jun. 2007, p. 183. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0100-69912007000300009>. Acesso em: 27 de dez. 2022.

de baixa qualidade, o esperma ausente, o pré-embrião anormal ou falhas da técnica, a responsabilidade vai para o material genético, máquinas, técnicas etc., distanciando-se de conceitos clássicos como responsabilidade civil, legal ou moral”.⁴¹

No entanto, quando se trata de liberdade religiosa, o dever de informação deve ser claro, o que torna, de certa forma, mais fácil a caracterização da responsabilidade civil.

No entanto, o termo, na maioria das vezes, “encontra-se redigido sem que haja a possibilidade de compreensão do paciente sobre seu conteúdo, acaba sendo aceito”.⁴² Prova disso é a constatação de que a média de compreensão pelos pacientes é de 75%.⁴³

Dessa forma, em respeito ao princípio bioético da autonomia⁴⁴, o termo deve ser redigido com linguagem de fácil compreensão, cabendo ao médico, ante as características do paciente, explicá-lo, a fim de possibilitar que indivíduos capacitados deliberem sobre o procedimento que irão se submeter, considerando os seus valores pessoais, inclusive religiosos, e resguardando, na maior amplitude possível, o direito de decidir sobre as questões relacionadas ao seu corpo e à sua vida, ante os aspectos técnicos do procedimento médico proposto.

5. DOS EFEITOS NA RESPONSABILIDADE CIVIL

O Código Civil é claro quando, em seu primeiro artigo, revela que *toda pessoa é capaz de direito e deveres na ordem civil*. Dessa forma, o legislador consagrou “a pessoa humana como um sujeito de direitos universal, positivando mais uma vez o desdobramento mais difundido de tal princípio nas democracias ocidentais”.⁴⁵

⁴¹ MENEGON, Vera Mincof. Consentindo ambiguidades: uma análise documental dos termos de consentimento informado, utilizados em clínicas de reprodução humana assistida. **Caderno de Saúde Pública**. Rio de Janeiro, 2004, p. 852. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/gSmX5kmXYgyvFWYrqqxmjxP/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 29 de dez. 2022.

⁴² FERNANDES, Carolina Fernández; PITHAN, Livia Haygert. O consentimento informado na assistência médica e o contrato de adesão: uma perspectiva jurídica e bioética. **Revista HCPA**. Porto Alegre, vol. 27, nº 2, 2007, p. 79. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/164546>. Acesso em: 29 de dez. 2022.

⁴³ BIONDO-SIMÕES *et al.*, 2007, *op. cit.*, p. 187.

⁴⁴ Conforme Anna Kleine Neves Pereira, “o princípio da autonomia requer que o profissional da saúde, tendo consciência dos valores morais e religiosos de cada pessoa, respeite a vontade do paciente, ou de seu representante” (PEREIRA, 2012, p. 105).

⁴⁵ LOPES, Othon de Azevedo. Dignidade da pessoa humana e responsabilidade civil. **Revista de Direito Administrativo**, v. 238, 2004, p. 207. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v238.2004.44080>. Acesso em: 31 de dez. de 2022.

Sabe-se que o meta-princípio da dignidade é composto por um conjunto de *direitos existenciais*, abrangendo a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, no qual irradia valores e vetores de interpretação para as demais garantias fundamentais, que encontra seu fundamento na autonomia da vontade⁴⁶.

Visando compreender melhor o princípio, a doutrina o desmembrou em quatro elementos: (i) valor intrínseco da pessoa (não instrumentalização); (ii) autonomia existencial; (iii) mínimo existencial; e (iv) reconhecimento.

Daniel Sarmento⁴⁷ conceitua esses elementos da seguinte forma: o *valor intrínseco da pessoa* é o valor que veda a sua instrumentalização em proveito de interesses de terceiros ou de metas coletivas; a *igualdade* resulta no bloqueio de ações que possam implicar na hierarquia social ou cultural de determinada classe; a *autonomia* implica no direito de autodeterminação, seja no âmbito privado ou público (democracia); o *mínimo existencial* envolve as garantias das condições materiais mínimas, aquelas indispensáveis para uma vida digna; e o *reconhecimento* se liga à identidade individual e coletiva das pessoas nas instituições, nas práticas sociais e nas relações intersubjetivas.

Por consequência, a autonomia é uma ideia central na dignidade da pessoa humana, refletindo em impactos na responsabilidade civil. Logo, é óbvio que o médico é a parte envolvida que possui o conhecimento técnico do procedimento, caracterizando a posição vertical da relação, atribuindo-lhe o dever de informar sobre a perda de embriões no procedimento ante os possíveis reflexos na religião do paciente, e, por consequência, na sua dignidade.

Dessa forma, resta evidente que o médico, ao omitir a informação, potencializa a sua possibilidade de ação, gerando um alargamento da sua responsabilidade.

Assim, como a perda de embriões é praticamente certa, a reparação terá como fundamento para a caracterização do ato ilícito a violação do dever de conduta de informar, bem como a inobservância da boa-fé objetiva, configurando o inadimplemento contratual,

⁴⁶ André Gustavo Corrêa de Andrade (O princípio fundamental da dignidade humana e a sua concretização judicial. Op. cit., p. 317) sustenta que “a dignidade é composta por um conjunto de direitos existenciais compartilhados por todos os homens, em igual proporção. Partindo dessa premissa, contesta-se aqui toda e qualquer ideia de que a dignidade humana encontre seu fundamento na autonomia da vontade. A titularidade dos direitos existenciais, porque decorre da própria condição humana, independe até da capacidade da pessoa de se relacionar, expressar, comunicar, criar, sentir. Dispensa a autoconsciência ou a compreensão da própria existência”.

⁴⁷ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana na ordem constitucional brasileira: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Tese (concurso público para professor titular de direito constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro) – UFRJ, 2015, p. 86.

tornando devida a indenização ante a restrição do direito à autodeterminação do paciente, o que impediu a ponderação dos riscos⁴⁸ e benefícios do tratamento, até mesmo a possibilidade da recusa ante os preceitos da sua religião⁴⁹, danos imateriais que poderiam ter sido evitados, caso a informação tivesse sido prestada.

Em pesquisa realizada no período de janeiro de 2002 e janeiro de 2009, verificou-se que 73% das decisões que tinham como objeto a responsabilidade civil em relação ao Termo de Consentimento, faziam menção a algum fundamento normativo. No âmbito dessas decisões, a base legal mais utilizada foi o Código de Defesa do Consumidor que constava em 60% dos Acórdãos, seguido pelo Código Civil (32%), Código de Ética Médica (13%), estando em última posição a Constituição Federal (2%). Um dos dados mais relevantes, é que 27% das decisões foram proferidas sem qualquer indicação de norma legal.⁵⁰

Sabe-se que o enfrentamento dos argumentos deduzidos pelas partes no processo capazes de influenciar a conclusão adotada pelo julgador é ato obrigatório⁵¹ (art. 489, §1º, inc. IV, CPC). Da mesma forma, o apontamento do dispositivo legal que embasa a decisão é sinônimo de uma decisão técnica que não se baseia em um senso comum, mas no ordenamento jurídico, servindo como um instrumento pedagógico para as partes

⁴⁸ Os riscos de complicações na FIV não são desprezíveis, tanto para a mulher, quanto para os embriões. Para tanto, o “primeiro grupo de complicações é relativo ao uso de fármacos para estimular a ovulação, a que poderiam se seguir: a síndrome por superestimulação ovariana; a crescida incidência de malformações fetais; a assincronia do desenvolvimento endométrio-embrião” (SGRECCIA, Elio. Manual de bioética: fundamentos e ética biomédica I. São Paulo: Loyola, 2014, p. 524), aumento na taxa de gravidez ectópica e múltipla. No que tange à má formação do embrião, “diversos estudos vêm sugerindo uma associação entre a utilização de técnicas de reprodução assistida e um aumento no risco de defeitos congênitos severos”. No entanto, cabe ressaltar que parte da doutrina sustenta que “os resultados são controversos e, na maior parte dos trabalhos em que a associação é observada, o aumento de risco encontra-se nos limites de significância estatística ou perde significância após ajuste”. (DINIZ, Patrícia; LIMA, Marcelo Aguiar Costa. Reprodução assistida e malformações congênitas. **Jornal Brasileiro de Reprodução Assistida**, v. 11, n. 4, 2007, p. 31)

⁴⁹ Estudos apontaram o momento de fragilidade psicológica do casal no momento em que estes procuram uma clínica de reprodução. O ato da decisão tanto de homens, quanto de mulheres para a realização do procedimento estava “vinculada à convicção de que a de que obteriam sucesso e à consideração de que a terapêutica era a última tentativa na busca por um filho” (MAKUCH, María Yolanda; FILHO, Juliana Nicolau. Procedimento de fertilização *in vitro*: experiências de mulheres e homens. **Revista Psicologia em Estudo**, v. 15, n. 4, 2010, p. 776). O fato reforça a importância da prestação completa das informações, de forma clara e precisa, a fim de não gerar arrependimento futuro ao(s) paciente(s).

⁵⁰ PITHAN, Livia Haygert. O consentimento informado no Poder Judiciário brasileiro. **Revista da AMRIGS**. Porto Alegre, v. 56, 2012, p. 89.

⁵¹ Destaca-se o teor do Enunciado nº 10 da ENFAM: “A fundamentação sucinta não se confunde com a ausência de fundamentação e não acarreta a nulidade da decisão se forem enfrentadas todas as questões cuja resolução, em tese, influencie a decisão da causa”.

envolvidas, no qual aponta que, não apenas as questões fáticas foram enfrentadas, mas também as de direito⁵² (art. 489, inc. II, CPC).

Por essa razão, quando mais de um quarto das decisões objeto da pesquisa citada são proferidas sem a indicação de qualquer norma legal, mesmo diante de uma pluralidade de dispositivos disponíveis, torna-se um indício preocupante de decisões baseadas em um senso comum, ceifadas de nulidades, pois nesses casos, não raro depara-se com sentenças que invocam motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão (art. 489, §1º, inc. III, CPC).

No que tange a baixa citação de dispositivos constitucionais e, por consequência, o princípio da dignidade da pessoa humana, o fato é louvável. Sabe-se que a abertura do princípio da dignidade é fundamental para que este desempenhe a sua função de proteção da pessoa diante de riscos e ameaças nem sempre previsíveis. No entanto, esse fator gera a sua invocação de modo arbitrário e inflacionário, que por um lado é positivo, pois é um indicativo de que a sociedade reconhece que as pessoas devem ser tratadas de forma intrinsecamente digna.

Contudo, essa utilização desenfreada não deve prevalecer, uma vez o princípio se torna uma fórmula “mágica meio vazia”, servindo de escudo para ocultar decisões mal fundamentadas. Logo, por óbvio que a dignidade exige fundamentação. No entanto, a luz da *laicidade estatal*, o julgador não é obrigado a mergulhar em debates complexos, intermináveis e profundamente divisivos que o cercam, sob pena de ofender e alienar determinados segmentos da sociedade. Por consequência, deve-se adotar um certo *minimalismo judicial* na interpretação da dignidade humana, em especial nos processos judiciais, sob pena da decisão gerar polarização social e radicalismo, dificultando a construção de consenso que é necessário para a vida social.⁵³ Para tanto, é salutar a utilização preponderante das normas infraconstitucionais na fundamentação, evitando a dignidade como o fundamento central da decisão.

⁵² Cabe ressaltar, que o inciso I, do §1º, do art. 489 do CPC, adverte que o juiz não pode apenas se limitar a indicação do ato normativo, sendo dever do magistrado explicar sua correlação com a causa ou a questão decidida. Em outras palavras, “cabe ao juiz, portanto, expor, em seu pronunciamento decisório, a interpretação que fez da norma jurídica aplicável ao caso concreto e a sua correlação entre elas e os fatos do caso concreto” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Código Civil Comentado**. 5ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 880).

⁵³ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana na ordem constitucional brasileira: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Tese (concurso público para professor titular de direito constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro) – UFRJ, 2015, p. 307, 325 e 327).

Em resumo, a responsabilidade civil do médico deve ser analisada com base na teoria subjetiva, ou seja, mediante verificação de culpa, nos termos do que dispõem os artigos no artigo 186 do Código Civil e 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, constituindo uma obrigação de meio. Todavia, isso não retira o dever de informar⁵⁴, principalmente quando a intervenção afetará os valores imateriais do paciente.

Importante salientar que a proteção dos valores da liberdade religiosa, “só é possível em um modelo de neutralidade religiosa, onde o Estado não favoreça nem prejudique a nenhum dogma ou grupo religioso em particular”.⁵⁵

Na Argentina, o art. 2º da Constituição expressa que “*El Gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano*”, enquanto o art. 14º garante o direito de “*de profesar libremente su culto*”. Já o Código Civil argentino, adotou a Teoria Concepcionista, o qual estabelece que “desde a concepção no ventre materno começa a existência da pessoa”,⁵⁶ consolidando os direitos quando nasce com vida e sobrevive, ou seja, no momento do choro, grito ou gemido após o corte do cordão umbilical.⁵⁷

Dessa forma, não se trata de um Estado Laico, mas um modelo de Estado de Separação Mitigada, onde existe a preferência por uma crença, sem que isso implique na exclusão de outras.

Apesar do modelo de Separação Mitigada implicar em alguns problemas práticos⁵⁸ como a igualdade religiosa (reconhecimento jurídico institucional) e a assistência religiosa,

⁵⁴ APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. Clínica especializada em fertilização. Autores que contrataram com a ré a realização do procedimento de fertilização in vitro. Ausência de informação clara quanto a melhor técnica, que possui a maior chance de êxito aos autores, para que os mesmos pudessem consentir livre e conscientemente entre uma ou outra opção que lhe foi oferecida. Procedimento escolhido pelo casal que não obteve a fecundação, sendo concluído o serviço pago pelos autores. Sentença de parcial procedência que condenou a ré a pagar indenização por danos morais. Ré que não se desincumbiu do ônus de comprovar que informou aos autores quanto a técnica mais viável para a continuidade do procedimento contratado. Dano moral configurado. Valor arbitrado dentro dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Sentença que se mantém. Recursos a que se negam provimento. (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0055058-34.2015.8.19.0203, Relator Des(a). Margaret De Olivaes Valle dos Santos, 13 de nov. 2019, Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rj/834661303>. Acesso em: 25 de jan. 2023).

⁵⁵ VIVES, Juan Martin. Liberdade sem igualdade: as minorias religiosas na argentina. *Acta Científica (UNASP)*, 2018, p. 81. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.19141/1519-9800.actacientifica.v27.n1.p69-85>. Acesso em 25 de jan. 2023.

⁵⁶ Art. 70 do Código Civil argentino - *Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre.*

⁵⁷ BOSSERT, Gustavo Alberto. A influência do código civil francês sobre o código civil argentino com referência a outros códigos da América hispânica. *Revista da EMERJ*, v. 7, nº 27, 2004, p. 130.

⁵⁸ Aponta-se aqui o problema com as pesquisas com células tronco, uma vez que inexistem leis que regulem o tema. Em termos gerais, “esse fenômeno político pode ser explicado pelo baixo potencial tecnológico da região para a condução de pesquisas médicas, (...) mas também pode também ser um indicativo das forças

isso não afeta a devida reparação no âmbito cível, haja vista que a dignidade é valor protegido pela Constituição Argentina (art. 1º).

Tanto é que o art. 42 da Constituição Argentina garante aos consumidores a informação adequada e verdadeira, bem como o tratamento digno. Dessa forma, “o direito à informação do paciente tem seu aspecto peculiar, sendo abrangido pelo termo de consentimento livre e esclarecido”.⁵⁹

Como consequência, mesmo em um modelo no qual privilegia uma corrente religiosa, a questão da responsabilidade civil com base no dever de informar não é afetada, pois a dignidade é matéria secundária na fundamentação, uma vez que as obrigações infraconstitucionais, garantidas nas disposições consumeristas, as cláusulas gerais do código civil, bem como as normas éticas, estabelecem balizas para o respeito aos preceitos religiosos do paciente, garantindo o dever de reparação pelos danos imateriais, não havendo a necessidade da sentença adentrar na discussão sobre a liberdade religiosa, muito menos na discussão ampla e genérica do princípio da dignidade humana.

Dessa forma, a proteção da liberdade religiosa, em regra, não configura discussão prévia e obrigatória na apreciação da ação de reparação de danos ante a violação do dever de informar, uma vez que é impertinente a discussão se os dogmas do paciente são ou não aceitáveis, bastando a omissão do dever de informar para a configuração da responsabilidade, ante a violação das normas infraconstitucionais.

6. CONCLUSÃO

Este trabalho teve por objetivo estudar os impactos da quantidade significativa da perda de embriões durante o procedimento da fertilização *in vitro*, considerando os aspectos da religião católica.

Verificou-se que, ante a possibilidade do dano imaterial na esfera religiosa, o profissional ou a clínica, possuem o dever de informar esse fato aos pacientes (casal) que

políticas e religiosas em negociação nesses países. (DINIZ, Debora; AVELINO, Daniel. Cenário internacional da pesquisa em células-tronco embrionárias. **Revista Saúde Pública**, v. 43, n. 3, 2009, p. 547).
⁵⁹ BOMTEMPO, Tiago Vieira. A capacidade jurídica dos doentes e deficientes mentais com o novo Código Civil e Comercial Argentino - paralelo com o Estatuto da Pessoa com Deficiência no Brasil na relação médico-paciente. **Revista Bioética y Derecho**, n. 49, 2020, s.n. Disponível em: https://scielo.isciii.es/scielo.php?pid=S1886-58872020000200011&script=sci_arttext&tlng=en. Acesso em 03 de jan. 2023.

procuram o tratamento, que será materializado no Termo Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE).

Além disso, apesar do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e da Liberdade Religiosa serem as normas fundamentais dos demais dispositivos infraconstitucionais que geram a obrigação do dever de informar, estas não devem ser as protagonistas (*minimalismo judicial*), cabendo ao Poder Judiciário analisar eventual pedido de reparação à luz dos dispositivos infraconstitucionais de forma objetiva, sem adentrar largas discussões morais e religiosas, mesmo porque, os modelos constitucionais de proteção da crença pessoal do paciente, seja este mais amplo (Argentina) ou restrito (Brasil), são, *a priori*, irrelevantes no sentido de afastar ou aumentar a incidência do dever de informar e, por consequência, de gerar a obrigação de reparar o dano causado.

REFERÊNCIAS

ABBEY, Antonia; ANDREWS, Frank M.; HALMAN, L. Jill. Infertility and Subjective Well-Being: The Mediating Roles of Self-Esteem, Internal Control, and Interpersonal Conflict. **Journal of Marriage and Family**, vol. 54, n. 2 (May, 1992), p. 408-417. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/353072>. Acessado em 03 ago. 2022.

ALVES, Bernardo Caus do Amaral; ANDRADE, Pedro Gustavo Gomes. Corte interamericana de direitos humanos: Artavia Murillo v. Costa Rica e o direito a fertilização in-vitro. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL, 2022, Belo Horizonte. **Anais eletrônicos ...** Belo Horizonte: Skema Business School, 2020, p. 123-130. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/tvu736t8/m92FGLJ9K1p0iprj.pdf>. Acesso em 25 de jan. 2023.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa. O princípio fundamental da dignidade humana e a sua concretização judicial. **Revista da EMERJ**, v. 6, nº 23, 2003, p. 316 – 335. Disponível em:

https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_316.pdf.

Acesso em: 31 de dez. 2022.

BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Bioética e início da vida: alguns desafios**. Aparecida: ideias e letras, 2004.

BIONDO-SIMÕES *et al.* Compreensão do termo de consentimento informado. **Revista do Colégio Brasileiro de Cirurgiões**, jun. 2007, p. 183 – 188. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0100-69912007000300009>. Acesso em: 27 de dez. 2022.

BOSSERT, Gustavo Alberto. A influência do código civil francês sobre o código civil argentino com referência a outros códigos da América hispânica. **Revista da EMERJ**, v. 7, nº 27, 2004.

BOMTEMPO, Tiago Vieira. A capacidade jurídica dos doentes e deficientes mentais com o novo Código Civil e Comercial Argentino - paralelo com o Estatuto da Pessoa com Deficiência no Brasil na relação médico-paciente. **Revista Bioética y Derecho**, n. 49, 2020. Disponível em: https://scielo.isciii.es/scielo.php?pid=S1886-58872020000200011&script=sci_arttext&tlng=en. Acesso em 03 de jan. 2023.

BOVONE, Alberto. Instrução sobre o respeito à vida humana nascente e a dignidade da procriação. Congregação para a doutrina da fé. Roma, 1987. Disponível em: https://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_po.html#_ftn54. Acesso em 26 de dez. 2022.

BRASIL, Sistema Nacional de Produção de Embriões. **Relatório do sistema nacional de produção de embriões**, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/acessoainformacao/dadosabertos/informacoes-analiticas/sisembrio>. Acessado em: 15 de dez. 2022.

CARTER, Betty; MCGOLDRICK, Mônica. **As mudanças no ciclo de vida familiar**: uma estrutura para a terapia familiar. 2ª Ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1995.

CORLETA, Helena von Eye. **Fertilização in vitro**: mais de 4 milhões de crianças nascidas e um prêmio nobel. *Revista HCPA (UFRGS. Impresso)*, v. 30, p. 451-455, 2010.

DINIZ, Debora; AVELINO, Daniel. Cenário internacional da pesquisa em células-tronco embrionárias. **Revista Saúde Pública**, v. 43, n. 3, 2009, p. 541-547. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0034-89102009005000026>. Acesso em 25 de jan. 2023.

DINIZ, Patrícia; LIMA, Marcelo Aguiar Costa. Reprodução assistida e malformações congênitas. **Jornal Brasileiro de Reprodução Assistida**, v. 11, n. 4, 2007, p. 29-32.

DUARTE-FILHO, Oscar Barbosa; PODGAEC, Sérgio. Congelamento de todos os embriões em ciclos de fertilização in vitro em mulheres com resposta normal à estimulação ovariana. **Einstein Journal**, 2021. Disponível em: [10.31744/einstein_journal/2021AO6290](https://doi.org/10.31744/einstein_journal/2021AO6290). Acesso em: 15 de dez. 2022.

ELER, Kalline Carvalho Gonçalves. **Humanos que não são pessoas?** O status ético-jurídico dos embriões excedentários. São Paulo: Loyola, 2021.

FERNANDES, Carolina Fernández; PITHAN, Livia Haygert. O consentimento informado na assistência médica e o contrato de adesão: uma perspectiva jurídica e bioética. **Revista HCPA**. Porto Alegre, vol. 27, nº 2, 2007, p. 78-82. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/164546>. Acesso em: 29 de dez. 2022.

FRANCISCO. Exortação apostólica pós-sinodal *amoris laetitia* do santo padre Francisco aos bispos aos presbíteros e aos diáconos às pessoas consagradas aos esposos cristãos e a todos os fiéis leigos sobre o amor na família. São Pedro: Jubileu Extraordinário da Misericórdia, 2016. Disponível em: https://www.vatican.va/content/francesco/pt/apost_exhortations/documents/papa-francesco_esortazione-ap_20160319_amoris-laetitia.html. Acesso em: 26 de dez. 2022.

HAMMARBERG, K.; ASTBURY, J.; BAKER H.W.G. Women's experience of IVF: a follow-up study. **Human reproduction**. Vol. 16, nº 02, p. 374/383, 2001. Disponível em: <https://academic.oup.com/humrep/article/16/2/374/649672>. Acessado em 03 ago. 2022.

JOÃO PAULO II, *Carta Enc. "Evangelium vitae"* (25 de Março de 1995), Acta Apostolicae Sedis 1995, 87,401-522. Disponível em: https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae.html#_ftnref52. Acessado em 26 de dez. 2022.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LOPES, Othon de Azevedo. Dignidade da pessoa humana e responsabilidade civil. **Revista de Direito Administrativo**, v. 238, 2004, p. 207–236. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v238.2004.44080>. Acesso em: 31 de dez. de 2022.

MATTAR, Maria Olga. A ética cristã e a eliminação dos embriões mais fracos no processo de reprodução humana. In: BARBOSA, Heloísa Helena; BARRETTO, Vicente de Paulo. **Novos temas de biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

MAKUCH, María Yolanda; FILHO, Juliana Nicolau. Procedimento de fertilização *in vitro*: experiências de mulheres e homens. **Revista Psicologia em Estudo**, v. 15, n. 4, 2010, p. 771-779.

MENEGON, Vera Mincof. Consentindo ambiguidades: uma análise documental dos termos de consentimento informado, utilizados em clínicas de reprodução humana assistida. **Caderno de Saúde Pública**. Rio de Janeiro, 2004, p. 845-854. Disponível em:

<https://www.scielo.br/j/csp/a/gSmX5kmXYgyvFWYrqxxmjxP/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 29 de dez. 2022.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Código Civil Comentado**. 5ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

ODEBRECHT, Luciano. **Liberdade religiosa**. Londrina: Redacional livraria, 2008.

Organização Mundial da Saúde. **Infertility**. 14 set. 2020. Disponível em: <https://redlara.com/images/arquivo/Infertility.pdf>. Acesso em 15 mar. 2022.

PEÇANHA, Doris Lieth; BLANQUER-LAGUART, Albert. **(In)fertilidade - cultura médica e cultura do casal**. Boletim Academia Paulista de Psicologia. São Paulo. V. 38. nº 95. P. 165/178. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/bapp/v38n95/v38n95a04.pdf>. Acessado em 15 mar. 2022.

PEREIRA, Anna Kleine Neves. **A proteção constitucional do embrião: uma leitura a partir do princípio da dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá, 2012.

PIO XII, Discurso às congressistas da União Católica Italiana de Obstretas, 1951: AAS 43 (1951) 850.

PITHAN, Livia Haygert. O consentimento informado no Poder Judiciário brasileiro. **Revista da AMRIGS**. Porto Alegre, v. 56, 2012, p. 87-92.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0055058-34.2015.8.19.0203, Relator Des(a). Margaret De Oliveira Valle dos Santos, 13 de nov. 2019, Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rj/834661303>. Acesso em: 25 de jan. 2023.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana na ordem constitucional brasileira: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Tese (concurso público para professor titular de direito constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro) – UFRJ, 2015.

SGRECCIA, Elio. **Manual de bioética: fundamentos e ética biomédica I**. 4 Ed. São Paulo: Loyola, 2014.

SILVA, Adriano Corrêa da. O magistério católico e a defesa da vida humana na sua origem, à luz do dado científico. **Revista de Cultura Teológica**, v. 19, n. 76, 2011, p. 63-81.

SOUZA, Karla Keila Pereira Caetano Souza Pereira; ALVES, Oslânia de Fátima Alves de Fátima. As principais técnicas de reprodução humana assistida. **Revista Acadêmica do instituto de Ciência da Saúde**, v. 2, nº 1, 2016, p. 26-37. Disponível em: <http://www.revistas.unifan.edu.br/index.php/RevistaICS/article/view/182/139>. Acesso em 24 de jan. 2023.

SPOTORNO, Paula Munimis; SILVA, Isabela Machado da; LOPES, Rita Sobreira. Expectativas e sentimentos de mulheres em situação de reprodução medicamente assistida. **Periódicos eletrônicos em psicologia**. 2008, n.28, pp. 104-118. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-03942008000200009#:~:text=As%20entrevistadas%20revelaram%20diversos%20sentimentos,dor%20do%20marido%20e%20familiares. Acessado em 03 ago. 2022.

VIVES, Juan Martin. Liberdade sem igualdade: as minorias religiosas na argentina. **Acta Científica (UNASP)**, 2018, p. 69-85. Disponível em <http://dx.doi.org/10.19141/1519-9800.actacientifica.v27.n1.p69-85>. Acesso em 25.01.2023.

ZENNI, Alessandro Severino Valler; RIBEIRO, Daniela Menengoti Gonçalves; AIRES, Fernanda Diniz. A tutela do embrião in vitro na convenção americana de direitos humanos: uma interpretação da corte interamericana de direitos humanos. **Revista Quaestio Iuris**, v. 11, n. 2, 2018, p. 737-756. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/29645>. Acessado em: 25 de jan. 2023.

ALÉM DA CULPA: ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA EM PERSPECTIVA COMPARADA COM OS MODELOS FRANCÊS E INGLÊS

Luiza Azambuja Rodrigues

Sumário: 1. Introdução; 2. Construção da Responsabilidade Subjetiva no Direito Brasileiro; 3. Influxos dos modelos inglês e francês: Aproximações e Distinções entre os Modelos De Responsabilidade; 3.1. Pressupostos; 3.2. Notas Gerais sobre as Funções; 3.3. Reprovabilidade da conduta: normatização da culpa; 4. O Estado da Arte: responsabilidade civil subjetiva na atualidade; 5. Conclusão; Referências Bibliográficas.

Il faut réparer le mal, faire qu'il semble n'avoir été qu'un rêve
- Jean Carbonnier, jurista francês

1. INTRODUÇÃO

*Devemos reparar o mal, fazer parecer que não foi apenas um sonho.*¹ A frase de Jean Carbonnier – um dos mais proeminentes juristas franceses do século XX – sintetiza o objetivo da responsabilidade civil. Embora às vezes considerado *desnecessariamente complexo*,² raros temas foram objeto de alterações dogmáticas tão profundas quanto este. Por certo, o escalonamento do desenvolvimento industrial e tecnológico em contraponto à necessidade de proteção jurídica da pessoa humana conceberam terreno fértil para o incremento da potencialidade de riscos e danos inerentes à vida em sociedade.³ Somado a isso, os avanços tecnológicos e a intensificação da globalização colocam o estudo da responsabilidade civil como uma das áreas de maior interesse do direito comparado.⁴

¹ Tradução livre. CARBONNIER, Jean. *Droit civil: les obligations*. vol. II. 22 ed. Paris: PUF, 2004, p. 2253.

² FABRE-MAGNAN, Muriel. *Droit des obligations, 2: responsabilité civile et quasi-contrats*. 4 ed. Paris: PUF, 2019, p. 131.

³ CASTRONOVO, Carlo. *La nuova responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 2006, p. 100.

⁴ Gerhard Wagner atribui esse interesse ao fato de que, particularmente nos tempos modernos, um indivíduo pode ser atingido por um acidente em qualquer lugar, seja, por exemplo, durante uma viagem de negócios ou

A entrada em vigor da Constituição da República de 1988 impõe novos desafios aos intérpretes do Direito Civil, tais como a garantia da tutela das situações patrimoniais e existenciais do homem comum a partir da ótica da dignidade da pessoa humana e da funcionalização dos institutos.⁵ Propriedade, Obrigações e Família são relidos sob ótica constitucional, “redirecionando-os de uma perspectiva fulcrada no patrimônio e na abstração para outra racionalidade que se baseia no valor da dignidade da pessoa humana”.⁶ É nesse cenário que se exerce e se pensa o Direito Civil.

As profundas transformações experimentadas pela realidade – a passos cada vez mais largos –, não permitem à comunidade jurídica confortar-se com a invocação genérica (e usualmente apenas retórica) de princípios de duvidosa juridicidade e do extremo apego à subsunção para a solução das novas provocações.

A pujança do tema da responsabilidade civil revela a sua aplicabilidade em diversas searas do Direito, tal como o Direito das Obrigações, a grande área do Direito de Família e questões relativas à vizinhança, por exemplo. Certamente os questionamentos são infundáveis e sua notória extensão impossibilita uma abordagem exaustiva de cada uma delas no presente trabalho. Assim, longe de se pretender esgotar o tema, o presente estudo envereda esforços na análise dos aspectos gerais do ato ilícito e da culpa na responsabilidade civil, com destaque para a chamada responsabilidade extracontratual ou aquiliana.

Para tanto, partir-se-á da digressão histórica da construção de dois dos principais modelos de responsabilidade civil⁷ – o francês e o inglês –, que influenciaram, em

depois de ter adquirido bens em mercados estrangeiros. Outra explicação certamente é que as leis referentes a responsabilidade civil são particularmente suscetíveis ao esforço comparatista, pois os padrões dos casos são quase idênticos, ainda que em sociedades diferentes. (WAGNER, Gerhard. *Comparative Tort Law*. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. *The Oxford Handbook of Comparative Law*. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2019, pp. 995).

⁵ Gustavo Tepedino afirma que “propriedade, empresa, família, relações contratuais tornam-se institutos funcionalizados à realização dos valores constitucionais, em especial da dignidade da pessoa humana, não mais havendo setores imunes a tal incidência axiológica, espécies de zonas francas para a atuação da autonomia privada. A autonomia privada deixa de configurar um valor em si mesma, e será merecedora de tutela somente se representar, em concreto, a realização de um valor constitucional”. TEPEDINO, Gustavo. *Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento*. In TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil – Tomo III*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 5-6.

⁶ FACHIN, Luiz Edson. *Direito Civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 51.

⁷ Cees Van Dam aponta como representantes das três grandes tradições jurídicas que influenciaram os demais sistemas jurídicos na Europa, os modelos francês, alemão e inglês. O direito consuetudinário influenciou as leis de Chipre, Irlanda e Malta. A lei de responsabilidade civil francesa deixou vestígios na Bélgica, Hungria, Itália, Luxemburgo, Holanda, Polônia, Romênia e Espanha; e a lei de responsabilidade civil alemã está ligada à lei austríaca, búlgara, checa, grega, letã, portuguesa, eslovaca e eslovena. Fora dessa esfera estão os sistemas jurídicos nórdicos intimamente conectados da Dinamarca, Finlândia e Suécia. (DAM, Cees van. *European*

diferentes graus, a conformação do assunto em potencialmente todos os países ocidentais, incluindo-se o Brasil.⁸ Em seguida, demonstrar-se-á as semelhanças e diferenças entre os modelos, por meio da análise de seus pressupostos, funções e da normatização da culpa. Por fim, provocar-se-á a reflexão sobre a aplicação pelos tribunais da responsabilidade civil subjetiva na atualidade.

2. CONCEPÇÃO DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA NO DIREITO BRASILEIRO

Em que pese a evidente modificação do tema da responsabilidade civil ao longo dos anos⁹, ainda hoje afirma-se que a “*teoria da responsabilidade civil não terminou sua evolução*”.¹⁰ Trata-se de instituto essencialmente dinâmico,¹¹ que deve acompanhar *pari passu* o desenvolvimento da sociedade e as concepções políticas e jurídicas vigentes ao seu tempo.¹²

Tort Law. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2013, p. 9). No Brasil, percebe-se notória influência dos modelos alemão e francês.

⁸ É inegável a grande influência e contribuição do direito alemão no estudo da responsabilidade civil. Contudo, no presente trabalho, privilegiar-se-á o estudo do tema em perspectiva comparada com os direitos inglês e francês, em virtude da maior diferenciação entre eles.

⁹ Nelson Rosenvald explora de maneira escurrita a mudança no paradigma da responsabilidade civil ao aduzir que “a prevenção é o cerne da responsabilidade civil contemporânea. O que se deu à reparação de danos em termos de protagonismo nos últimos dois séculos, necessariamente se concederá à prevenção daqui por diante. Nos últimos trezentos anos o homem assumiu a gestão da natureza para que esta obedecesse às necessidades da civilização. Não obstante todos os benefícios obtidos, esta fase se exauriu, pois, alcançamos o limite de suportabilidade do planeta. Por outro lado, o Estado-nação é incapaz de manter as promessas da modernidade, mesmo porque pouco poder detém, de fato, para oferecer segurança e bem-estar. Aliás, o Estado é apenas um entre vários polos irradiadores de poder, capaz de agir no plano decisório de nossas vidas. Longínquo o tempo em que todos os perigos provinham da esfera pública. Hoje nossos receios provêm da esfera do privado e do indivíduo” ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 2, ed, São Paulo: Saraiva, 2016. Para uma profunda digressão histórica a tempos demasiadamente remotos – que não se pretende explorar aqui –, v. FRANÇA, Rubens Limongi. As raízes da responsabilidade aquiliana. In: *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. Ano I. n. 1. Rio de Janeiro, 1985, pp. 54-75. O autor recorda que a pena de talião constava do Código de Hamurabi (datado de cerca de 2.200 a. C.), do Código de Manu (aproximadamente do século XIII a.C.) e do Direito Hebraico, referida no Levítico 24:20, um dos livros do Pentateuco: “*Se alguém ferir outra pessoa, desfigurando-a, como fez tal pessoa assim se lhe fará: fratura por fratura, olho por olho, dente por dente. O dano que se causa a alguém, esse também se sofrerá: quem matar um animal doméstico pertencente a outra pessoa dará ao proprietário outro animal. Quem matar uma pessoa será morto*”.

¹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. Atualizado por Gustavo Tepedino. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. XII.

¹¹ Precisa a lição de Stefano Rodotà: “a responsabilidade civil tem sido, em toda a fase recente, o instrumento que permitiu fornecer uma primeira faixa de proteção jurídica a novos bens ou interesses” (RODOTÀ, Stefano. *Modelli e funzioni della responsabilità civile*. In *Rivista Critica di Diritto Privato*, vol. 3. Napoli: Jovene, 1984, p. 605. Tradução livre).

¹² Não à toa, remotamente, num período em que não se reconhecia quaisquer direitos fundamentais aos cidadãos perante o Estado – que por sua vez desempenhava papel de supremacia sobre os particulares –, perdurou a fase da irresponsabilidade civil do ente estatal. Em termos sintéticos, Hely Lopes Meirelles explica a evolução por que passaram as teorias sobre a responsabilidade civil do Estado: “a doutrina da

Assim, deve ser dotado de flexibilidade suficiente para oferecer o instrumento pelo qual, em meio a novas técnicas, novas conquistas e novos gêneros de atividade, revele-se hábil a restabelecer o equilíbrio abalado por ocasião do dano que deve ser considerado, em cada época,¹³ em função das condições sociais então vigentes.¹⁴ Louis Josserand comenta que a palavra “*evolução*” é acanhada em demonstrar o desenvolvimento do instituto, podendo-se falar em verdadeira “*revolução*”, pela rapidez da chegada da responsabilidade civil a novos destinos.¹⁵

Em tempos modernos, as codificações ocidentais do século XIX consagraram certa “*universalização*” da culpa, fortemente inspiradas pelo Código Civil Napoleônico.¹⁶ O modelo francês – influenciado diretamente pelo jusnaturalismo moderno –, vinculou a responsabilidade civil à finalidade ressarcitória e à culpa.¹⁷ Com efeito, o Código Civil Francês de 1804 baseou-se essencialmente em duas cláusulas gerais que, em seu conjunto, refletiram o princípio básico da culpa (*faute*)¹⁸ como fundamento da responsabilidade civil, pelo que se tornou desnecessária a tipificação dos atos ilícitos civis, tal como havia no

responsabilidade civil da Administração Pública envolvendo conceito de irresponsabilidade para o da responsabilidade com culpa, e deste par o da responsabilidade civilística e desta par a fase da responsabilidade pública, em que nos encontramos” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. pp. 680-681).

¹³ Segundo Hespanha, o conhecimento da historicidade dos institutos é premissa indissociável da metodologia civil constitucional, que torna viável uma constante renovação das categorias e normas jurídicas para que se busque a plasticidade do ordenamento à luz do caminho da humanidade no curso da história, *vide*: HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Boiteux, 2005.

¹⁴ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 25.

¹⁵ JOSSERAND, Louis. *Evolução da responsabilidade civil*. Trad: Raul Lima. In *Revista Forense*. São Paulo, n. 456, jun. 1941, p. 548.

¹⁶ Sobre a “universalização” da culpa, bem observou João Calvão da Silva que “*em definitivo, a regra da responsabilidade por culpa provada é recolhida pelas legislações por ser conforme ao ideário da Revolução Francesa: à liberdade, pois só a ação nociva é proibida; à igualdade, pois age com culpa quem não se conforma com a lei comum; à fraternidade, pois é moral elementar não prejudicar outrem (alterum non laedere) por sua culpa. Daí o seu valor quase universal*” (SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade Civil do Produtor*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 365).

¹⁷ Vincenzo Zeno-Zencovich mostra que o jusnaturalismo, especialmente influenciado por Hugo Grócio e Samuel Pufendorf, preconizava que a responsabilidade civil teria finalidade reparatória e seria baseada no princípio geral de que a culpa obriga o ressarcimento do dano, diversamente da experiência do direito romano, em que os ilícitos eram típicos. (ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo. *La responsabilità civile*. In: ALPA, Guido; BONELL, Michael Joachim *et all. Diritto Privato Comparato: istituti e problemi*. Roma: Editori Laterza, 2005, p. 376).

¹⁸ Marton reconhece, com desagrado, que, diante da omissão do Código Napoleônico em prever a ilicitude do ato como elemento constitutivo da responsabilidade civil, parte expressiva da doutrina francesa adotou a *faute* em seu sentido subjetivo de reprovabilidade moral ou culpa, o que, no seu ver, seria fortemente criticável, diante da necessidade de se valorizar igualmente o descumprimento de um dever. MARTON, G. *Les fondements de la responsabilité civile. Revision de la doctrine. Essai dun système unitaire*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1938, pp. 42-46).

direito romano.¹⁹

O caráter eminentemente principiológico da codificação napoleônica, fulcrado em cláusulas gerais e abertas, não previu um conceito determinado de *faute*, nem condicionou a responsabilidade civil à violação de direitos subjetivos ou de interesses previamente definidos – tal como no modelo alemão – o que permitiu grande plasticidade em sua interpretação, diante da análise do caso concreto.²⁰ É mesmo intuitivo que a jurisprudência – em especial a *Cour de Cassation* – tenha tido protagonismo na construção dos pressupostos da responsabilidade civil, por meio da definição da *faute* e da densificação de paradigmas específicos para a indenização.²¹

De outro lado, no modelo inglês – quase sempre refratário a generalizações – não existe essa mesma cláusula geral. Eminentemente pragmática, a tradição da *Common Law* tende a privilegiar a decisão judicial,²² resultando no caráter fragmentário dos *torts*.²³ O exacerbado fracionamento e a segmentação dos *torts* em várias categorias, ocasionou um déficit de coerência sistemática.²⁴ Diante disso, atenta doutrina empreendeu grandes esforços sistematizadores para formar um regime de *torts* ou *Tort Law*.²⁵

¹⁹ O Código Civil Francês de 1804, nos artigos 1382 e 1383, inspirou-se na doutrina de Jean Domat, que, no século XVII, havia formulado a ideia de *faute* não apenas como um critério da responsabilidade civil, mas como condição de sua existência da responsabilidade (“l n’y a pas de responsabilité sans faute”) (JOURDAIN, Patrice. *Les principes de la responsabilité civile*. Paris: Dalloz, 2000, p.9).

²⁰ DE CUPIS, Adriano. *Il Danno*. Milano: Giuffrè, 1976. p. 5.

²¹ DAM, Cees van. *European Tort Law*. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2013, p. 9.

²² Arguta a lição de René David ao afirmar que os *writs* demonstram a preponderância do poder do Judiciário sobre o próprio direito material: “O processo seguido nos Tribunais Reais de Westminster varia segundo a maneira como a ação é conduzida. A cada writ corresponde, de fato, um dado processo que determina a sequência dos atos a realizar, a maneira de regular certos incidentes, as possibilidades de representação das partes, as condições de admissão das provas e as modalidades de sua administração, e os meios de fazer executar a decisão. Num determinado processo certas palavras devem ser usadas para designar demandante e demandado; e o emprego das mesmas palavras seria fatal em outro tipo de processo” (DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Trad. de Hermínio Carvalho. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 289).

²³ Não há tradução correspondente para os *torts* no direito romano-germânico, visto que não significa propriamente ato ilícito, mas sim condutas potencialmente violadoras de responsabilidade extracontratual. Na tradição do *Common Law* exclui-se do âmbito de incidência dos *torts* o que se reconhece, no Brasil, como responsabilidade civil de natureza contratual. A violação a um dever contratual (*breach of contract*) é enquadrada de forma autônoma. Assim, não há duas modalidades de responsabilidade civil. Não se pode perder de vista que a doutrina anglo-saxã reconhece como grande desafio o tratamento dos danos aquilianos verificados em um contrato. Nesse sentido, Grant Gilmore afirmava que cada vez mais o contrato encontra-se sendo reabsorvido na grande corrente dos *torts*. (GILMORE, Grant. *The Death of Contract*. 2 ed. Columbus: Ohio University, 1995, p. 95).

²⁴ Isso explica porque no direito inglês, antes do Século XIX, relegava-se os *torts* a um plano secundário. Lawrence Friedman afirma que os *torts* não passavam de um galho na grande árvore do Direito, ao caracterizá-los como “a twig on the gret tree of law”. (FRIEDMAN, Lawrence M. Simon. *A Histoy of American Law*. New York: Simon & Schuster, 2005, p. 350).

²⁵ René David esclarece que, apesar das peculiaridades do regime de *torts*, a doutrina logrou êxito em elaborar uma “parte geral”, especialmente quanto as causas de exoneração de responsabilidade, a natureza do dano e

Atribui-se o desenvolvimento da responsabilidade civil no modelo anglo-saxão à consolidação da *negligence, tort* que, originalmente, pressupunha a violação (*breach*) de um dever de cuidado (*duty of care*) do qual resultasse um dano (*damage*).²⁶ Por sua notória plasticidade, a *negligence* absorveu outros *torts*²⁷ e equiparou-se à cláusula geral de responsabilidade extracontratual, possibilitando a expansão da responsabilidade civil em diversos setores, tal como nas atividades empresariais.

Do outro lado do Atlântico, a responsabilidade civil no Direito brasileiro convive historicamente com as ideias de culpa e de risco. Em 1912, foi promulgado o Decreto Legislativo nº 2.681 que dispunha sobre a responsabilidade civil das estradas de ferro pelos danos causados aos passageiros²⁸, com clara inclinação à teoria do risco, ainda que sob a batuta da presunção de culpa das ferrovias²⁹. Todavia, o Código Civil de 1916 acolheu a teoria da culpa no artigo 159³⁰ – concebido como princípio geral para as indenizações –, sem se referir à teoria do risco.³¹

Com efeito, a abstenção do Código Civil de 1916 no tratamento da responsabilidade civil objetiva, não inibiu o legislador de elaborar normas em diplomas específicos e esparsos que a consagassem, tal como no Código de Defesa do Consumidor e na

ao montante da indenização e às ações respectivas. (DAVID, René. *O direito inglês*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 109).

²⁶ No século XIX, esse *tort* passou a ser visto como título autônomo para o ressarcimento do dano aquiliano, com base no princípio da responsabilidade por culpa (*no liability without fault*). (ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduzione al Diritto Comparato*. V. II. Tradução de Estella Cigna. Milano: Giuffrè, 1995, p. 299).

²⁷ WAGNER, Gerhard. Comparative Tort Law. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. *The Oxford Handbook of Comparative Law*. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2019, p. 1002.

²⁸ Decreto Legislativo nº 2.681, de 1712/1912, artigo 17: “As estradas de ferro responderão pelos desastres que nas suas linhas sucederem aos viajantes e de que resulte a morte, ferimento ou lesão corpórea. A culpa será sempre presumida, só se admitindo em contrário alguma das seguintes provas: caso fortuito ou força maior; II – culpa do viajante, não concorrendo culpa da estrada.”

²⁹ O texto normativo consagra uma presunção absoluta de culpa, uma vez que as hipóteses de defesa são excludentes de causalidade. Assim, os efeitos gerados são os mesmos da responsabilidade objetiva. Acredita-se que a opção por se valer de uma expressão ligada à culpa e não indicar de forma direta a teoria do risco deve-se pela difícil e resistida convivência entre a responsabilidade civil subjetiva e objetiva. A doutrina, presa a ideia de culpa, não concebia a possibilidade de obrigação indenizatória sem que este elemento subjetivo não estivesse presente.

³⁰ Código Civil de 1916, art. 159: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553.”

³¹ De fato, há artigos que acabaram sendo interpretados como hipóteses de responsabilidade civil sem culpa, como é caso dos arts. 1.519, 1.520, parágrafo único, 1.528 e 1.529, todos do Código Civil de 1916.

Constituição Federal de 1988,³² que previu a responsabilidade civil objetiva do Estado³³. Assim, bastaria o dano e o nexo de causalidade para ensejar o dever de reparação, desde que houvesse previsão normativa.

A realidade fática percebida pelo crescente número de ações que chegavam ao Judiciário, tendo como causa de pedir a responsabilidade independente de culpa, empurraram as fronteiras da regra objetiva sobre a subjetiva.³⁴ Já naquela época, em marcha francamente evolutiva, a doutrina apontava a coexistência de ambas as fontes, sem que houvesse hierarquia entre elas.³⁵ Assim, a responsabilidade por culpa perdia o “*status de centro do sistema*”.³⁶

O artigo 186 Código Civil de 2002 manteve a doutrina subjetiva como fundamento principal da responsabilidade civil, escancaradamente influenciado pelo Código Civil francês. Nada obstante, inovou ao consubstanciar um princípio geral para a responsabilidade objetiva, no artigo 927, parágrafo único, além de expandir o catálogo de

³² Nesse sentido: “Surge então a denominada teoria do risco administrativo, que culmina a evolução das idéias nessa matéria com a noção de inversão do ônus da prova: em lugar de pretender que a vítima prove a imperfeição do serviço, dela se pede tão-só a prova do nexo causal entre o ato de serviço e o dano, facultando-se ao Poder Público a prova de algumas das excludentes da responsabilidade” MOTA, Maurício Jorge Pereira da. *Responsabilidade civil do Estado legislador*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 125. O autor prossegue sua exposição com palavras que acabam por denotar o próprio conceito de teoria do risco: “O problema é visto a partir de uma ótica de Direito Público: como a Administração desenvolve atividades suscetíveis de ensejar danos aos particulares, destas recolhendo benefícios de várias ordens, sustenta-se que deva responder em razão dessas atividades. Aquele que aufere os cômodos deve suportar os correlatos ônus. Não se cogita mais da culpa, nem da razoabilidade na prestação do serviço público, mas apenas da relação ente a causa provinda do Estado e o efeito danoso no agente privado”.

³³ Em sintonia com a norma constitucional, o Código Civil de 2002 abandonou a orientação subjetivista adotada no art. 15 da codificação anterior, prevendo em seu art. 43 a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público: “*As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo*”.

³⁴ Carlos Edison do Rêgo Monteiro resgata o RE 59940, precedente do Supremo Tribunal Federal de 30.06.1966, em os pais pleiteavam a indenização pela morte de dois filhos menores causadas, culposamente por uma empresa de ônibus. Apesar dos votos dos Ministros Aliomar Baleeiro e Pedro Chaves pela possibilidade de reconhecimento de danos morais, a indenização foi arbitrada com base em uma visão eminentemente patrimonialista. (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Artigo 944 do Código Civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral. In *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, n. 63, Rio de Janeiro, 2008, p. 69-71).

³⁵ Ainda sob a égide do Código Civil de 1916, Gustavo Tepedino afirmava que “Delineia-se, assim, um modelo dualista, convivendo lado a lado a norma geral de responsabilidade civil subjetiva, do art. 159 do Código Civil de 1916, que tem como fonte o ato ilícito, e as normas regulares da responsabilidade objetiva para determinadas atividades, informadas por fonte legislativa que, a cada dia, se torna mais volumosa.” Sobre a evolução da responsabilidade civil, a partir das presunções de culpa e, posteriormente, o crescimento das hipóteses de responsabilidade objetiva, v. TEPEDINO, Gustavo. A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. In: *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 193 e ss.

³⁶ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Artigo 944 do Código Civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral. In *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, n. 63, Rio de Janeiro, 2008, p. 72.

situações regidas pela teoria do risco. Inequivocamente, a responsabilidade civil passou a ter *dúplice fundamento*.³⁷

3. INFLUXOS DOS MODELOS INGLÊS E FRANCÊS: APROXIMAÇÕES E DISTINÇÕES ENTRE OS MODELOS DE RESPONSABILIDADE

Em que pese a estruturação da responsabilidade civil subjetiva em tais modelos tenha se dado de forma única e com perspectivas notoriamente distintas, a elogiosa maturidade doutrinária e jurisprudencial de ambas descortinou uma progressiva convergência.

É intuitivo que os desafios atuais imponham uma aproximação na abordagem do tema, sobretudo pela crescente objetivação da responsabilidade civil, seja em razão da expansão das hipóteses em que o dever de reparar é atribuído à conta do risco de determinadas atividades, seja pela alteração da própria noção de culpa, distanciada da intencionalidade e aproximada da desconformidade com a conduta esperada para a hipótese concreta – culpa normativa.

Para melhor compreensão do tema, analisar-se-ão os pontos de convergência e divergência entre os modelos de responsabilidade francês e inglês e suas repercussões na experiência brasileira.

3.1. PRESSUPOSTOS

No que tange aos pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, verifica-se que na França são pressupostos da responsabilidade civil a *faute*, o dano e o nexo causal. Conceito chave da modelo francês, a *faute* é melhor compreendida no sentido da culpabilidade e não exatamente da culpa, já que abarca dois elementos: um elemento objetivo (violação de um dever) e um elemento subjetivo (a imputabilidade)³⁸.

³⁷ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Artigo 944 do Código Civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral. In *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, n. 63, Rio de Janeiro, 2008, p. 72.

³⁸ WAREMBOURG-AUQUE, Françoise. *Irresponsabilité ou responsabilité civile de l'infans*. In *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1982, p. 331. É salutar lembrar que a imputabilidade apontada pela doutrina francesa pode não coincidir exatamente com os contornos da imputabilidade com que habitualmente a entendemos. Na verdade, a consideração do elemento subjetivo pode perfeitamente conduzir à ponderação da culpa do agente, aferida em abstrato, pelo que se prescinde da imputabilidade no sentido do discernimento. Segundo Yvonne Lambert-Faivre, a prova da *faute* comporta dois aspectos: a *conduite fautive*, que implica

Paulatinamente parte da doutrina francesa protagonizou um movimento de objetivação da categoria ao sustentar uma conceção puramente objetiva de *faute*, entendida como o desvio de uma regra de conduta, permitindo-se a responsabilização de pessoas naturais sem necessidade de verificação do elemento subjetivo.³⁹

No centro da controvérsia entre os adeptos da *faute* subjetiva e da *faute* objetiva encontra-se o artigo 489º-2 do novo Código Civil francês, em virtude da possibilidade de um portador de doença mental ser civilmente responsabilizado.⁴⁰ Foi exatamente isso que decidiu a Corte de Cassação Francesa ao julgar o caso de um adolescente de 17 anos portador de deficiência mental que matou o jovem Annick, ao absolvê-lo na seara penal, mas reconhecer sua responsabilidade civil e manter a condenação ao pagamento de indenização à mãe da vítima.⁴¹ Sob a égide do Código de Napoleão, percebe-se que não há apenas a determinação dos critérios de aferição da culpa do agente, mas também a análise do desenho dos pressupostos de surgimento de uma pretensão indenizatória e de seus próprios fundamentos.

Assim, a limitação da responsabilidade civil tem de ocorrer por via dos critérios introduzidos pela doutrina e jurisprudência, o que se faz pela análise do nexo de causalidade. Por se tratar de um sistema *damage-oriented*, no modelo francês o que exclui ou pode excluir a indenização é o caráter indireto e não certo do dano.⁴²

Por outro lado, no modelo anglo-saxão não há, como já referido, uma compreensão unitária, à semelhança do que ocorre no Direito continental, dos pressupostos para a configuração da responsabilidade civil.⁴³ Em linhas gerais, a maioria dos *torts* exige a

a comparação da conduta a um referente *non fautive* e a imputabilidade desse comportamento ao responsável, entendida como a consciência suscetível de discernir o *fautif* do *non fautif* (LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. *L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation*. In *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1987, pp. 2-3).

³⁹ MAZEAUD, León. *La faute objective et la responsabilité sans faute*. In *Recueil Dalloz*, 1985, p. 13 ss. Note-se que o desenvolvimento da noção objetiva do *fait fautif* decorre do incremento das preocupações com a posição da vítima e a necessidade de reparação do dano causado. (WAREMBOURG-AUQUE, Françoise. *Irresponsabilité ou responsabilité civile de l'infans*. In *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1982, pp. 332 e 337).

⁴⁰ BARBIERI, Jean François. *Inconscience et responsabilité dans la jurisprudence civile: l'incidence de l'article 489-2 du code civil, après une décennie*. In *La semaine juridique*, 1982, p. 3.057.

⁴¹ N. de pouvoi: 74-10.238. Publication: Bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre civile, n. 270, p. 218.

⁴² BANAKAS, Efstathios. *Tortious liability for pure economic loss: a comparative study*. Athens: Hellenic Institute of International and Foreign Law, 1989, pp. 126 e 214. Afirma o autor que no sistema francês o problema dos danos puramente patrimoniais é, sobretudo, um problema de causalidade. Trata-se daquilo que o autor designa por sistema *damage-oriented*, por oposição aos sistemas, como o alemão, *interest-orientated*.

⁴³ Assim, por exemplo, em *Ansell v. Waterhouse*, de 1817, a Court of the King's Bench declara que é “uma conduta negligente ou intencional da parte demandada, em fazer ou omitir alguma coisa contrária ao dever que a lei elenca sobre ele no caso particular”. Desse modo, durante muito tempo, o que se discutiu nos

culpa, o dano e o nexo causal. Contudo, o *tort* em si é composto de mais dois pressupostos: a própria existência de um dever de cuidado (*a duty of care*) e a causação de danos em decorrência da violação desse dever de cuidado (*damages caused by the breach*). Especialmente em relação ao *tort* da *negligence*, faz-se necessária a verificação da violação de um dever de cuidado previamente existente entre as partes.⁴⁴

Reconhece-se que a negligência delitiva (*tortious negligence*) não foi tratada sob o ponto de vista psicológico, como estado mental. Por isso mesmo, os tribunais anglo-saxões, via de regra, não aceitavam defesas baseadas na insanidade, ou incapacidade mental.⁴⁵ Tal tradição foi absorvida pelos demais países da *common law*. Nos Estados Unidos, em 2001, Nancy Knorr causou um acidente porque acreditava que estava sendo perseguida. Em que estivesse em remissão por 7 anos antes do acidente, ela tinha um transtorno delirante, experimentando especificamente delírios de perseguição. Embora as crenças da Sra. Knorr fossem sintomas de sua doença, o Tribunal não considerou essa doença uma defesa e a condenou ao pagamento de indenização de meio milhão de dólares.⁴⁶

Há evidentes aproximações. A *faute* francesa é comparável à combinação inglesa do *duty of care* e *breach of duty*. Em relação ao Brasil, tradicionalmente, apontam-se como pressupostos da responsabilidade civil o dano, a culpa do agente e o nexo de causalidade entre o dano e a culpa.⁴⁷

É benfazeja a reflexão sobre a tendência apontada pela doutrina acerca da necessidade de releitura dos tradicionais pressupostos da responsabilidade civil, com vistas à elaboração de mecanismos que ofereçam novas garantias ao ofendido e garantam o ressarcimento efetivo. Assim, na verificação do dano, a indenização passa a ser medida exclusivamente pela repercussão da lesão na vítima, desconsiderando-se a pessoa ou o patrimônio do ofensor. Já o nexo causal passa a ser flexibilizado pelo conceito de fortuito interno, o que possibilita a reparação da vítima que acabaria por não ser ressarcida. Por fim, em relação a culpa, propõe-se o abandono da concepção subjetiva clássica em favor de conceito normativo, vinculado à ideia de erro de conduta, afastando-se o viés

tribunais anglo-saxões foi o estabelecimento, por meio de *cases*, das situações fáticas onde haveria esse dever preexistente.

⁴⁴ DEAKIN, Simon; JOHNSTON, Angus; MARKESINIS, Basil. *Markesinis and Deakin's Tort Law*. New York: Oxford University Press, 2008, pp. 30 e 113.

⁴⁵ EPSTEIN, Richard A. A Theory of Strict Liability. In *The Journal of Legal Studies*, vol. 2, n. 1, Jan. 1973, p. 152.

⁴⁶ Ramey v. Knorr, n. 55397-6-I, Court of Appels of Washigton, 2005.

⁴⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. Atualizado por Gustavo Tepedino. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 57.

moralizador de comportamentos que tradicionalmente lhe era atribuído.⁴⁸

3.2. NOTAS GERAIS SOBRE AS FUNÇÕES

No que se refere as funções da responsabilidade civil, o distanciamento entre os sistemas europeus continentais, tais como o francês e o alemão, e o modelo anglo-saxão é patente. Enquanto aqueles priorizam essencialmente a compensação, este preconiza abertamente a função punitiva.⁴⁹

Para os franceses, a função da responsabilidade civil é a compensação dos prejuízos sofridos pelas vítimas. Segundo o Tribunal de Cassação, os danos e juros atribuídos à vítima devem reparar o prejuízo sofrido sem resultar em qualquer perda ou lucro por ele.⁵⁰

Assim, a gravidade do comportamento do autor do dano não é levada em consideração pelo magistrado, que deve considerar o valor do dano, sem que a natureza da culpa possa ter uma influência não especificada sobre o montante da indenização devida ao lesado.⁵¹

A jurisprudência, portanto, atribui à responsabilidade civil uma simples função reparatória – às vezes qualificada como “compensatória” ou “satisfatória” – e nega-lhe uma função de punição privada.⁵² Nessa toada, a função repressiva da reparação é reservada à matéria penal.

Yvonne Lambert-Faivre explica que *"a ética da responsabilidade impõe a busca da equidade total pela qual a vítima seja integralmente ressarcida pelos danos causados pelo responsável, sem contudo realizar um enriquecimento este fato: o acidente não*

⁴⁸ TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 36.

⁴⁹ Sobre o tema, cf. DEAKIN, Simon; JOHNSTON, Angus; MARKESINIS, Basil. *Markesinis and Deakin's Tort Law*. New York: Oxford University Press, 2008; e BAR, Christian von. *The Common European Law of Torts*. v. II. New York: Oxford University Press, 2005.

⁵⁰ Cf. Processo n. 01.00-200, *Deuxième chambre civile de la Cour de cassation*, 23 janvier 2003, *Bulletin n° 20*.

⁵¹ A Corte julgou a hipótese em que um motorista dirigia desgovernadamente um carro, fazendo manobras altamente arriscadas, durante os testes de uma reparação mecânica. Na ocasião, a despeito de toda negligência na conduta, a condenação se limitou a reparação dos danos causados. Cour de Cassation, Chambre Civile 2, du 8 mai 1964, *Publié au Bulletin*, n. 356.

⁵² É benfazeja a lembrança de que há doutrina em sentido diverso na França. Denis Mazeaud, notadamente sublinhou que a lei da responsabilidade civil já continha aspectos punitivos que se expressavam, por um lado, do sistema da cláusula penal, previsto pelo artigo 1152, do Código Civil francês, o que pode levar o autor de um dano a pagar quantias superiores à simples reparação do dano sofrido e, por outro lado, as faculdades de condenação sob pena com o pagamento da indenização reparadora do dano, inserto nos Artigos 33 e seguintes da Lei n° 91-650, de 9 de julho de 1991, que reforma os procedimentos de execução civil francês.

poderia ser o dado de uma loteria em que perde, ganha. O princípio compensatório exige, portanto, que a indenização não exceda os danos sofridos”,⁵³ denotando a preocupação do modelo francês com a proteção da vítima.

De outro lado, o direito inglês dos *torts* preocupa-se predominantemente com a justiça comutativa e a regulação de condutas, com uma abordagem orientada para o mercado e para a liberdade.⁵⁴ Na Inglaterra, a noção de *punitive damages* remonta ao início do século XVIII, como forma de justificar vereditos do júri nos casos de danos físicos. O conceito de danos punitivos foi articulado pela primeira vez por um tribunal inglês em *Wilkes v. Wood*.⁵⁵ Na oportunidade, o Tribunal se referiu a esses danos adicionais como “danos exemplares”⁵⁶, que foram concedidos para compensar o autor lesado pelos seus danos e punir o infrator.

Não se pode perder de vista, todavia, que em outros sistemas filiados à tradição romanística existe o debate sobre o caráter exemplar da responsabilidade civil. Paolo Gallo sustenta que as penas privadas devem ser aplicadas em quatro hipóteses: i) de responsabilidade civil “sem dano”, ou seja, sem dano de natureza econômica imediatamente perceptível, como ocorre no vasto setor das lesões aos direitos de personalidade; ii) situações em que o lucro obtido com o ato ilícito é superior ao dano; iii) a probabilidade de condenação a ressarcir os danos é inferior relativamente à probabilidade de causar danos; iv) crimes de bagatela.⁵⁷

No Brasil, separa-se a responsabilidade civil da responsabilidade criminal. Assim, ao longo da história a responsabilidade civil deixa, gradativamente, de se vincular à punição do agente ofensor, e passa a atender uma função precipuamente reparatória da

⁵³ Tradução livre. LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. *L'éthique de la responsabilité*, In *Revue trimestrielle de droit civil*, 1998, p. 1.

⁵⁴ DAM, Cees van. *European Tort Law*. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2013, pp. 127-129.

⁵⁵ BELL, Griffin B.; PEARCE, Perry E. *Punitive Damages and the Tort System*, 22 U. Rich. L. Rev. 1, 1987, p. 3. Isso foi corroborado em *House of Lords in Johnson vs Unisys Ltd* (2001).

⁵⁶ Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler apontam que “a figura dos *punitive damages* pode ser apreendida, numa forma introdutória e muito geral, pela ideia de indenização punitiva (e não “dano punitivo”, como às vezes se lê). Também chamados *exemplary damages*, *vindictive damages* ou *smart money*, consistem na soma em dinheiro conferida ao autor de uma ação indenizatória em valor expressivamente superior ao necessário à compensação do dano, tendo em vista a dupla finalidade de punição (*punishment*) e prevenção pela exemplaridade da punição (*deterrence*) opondo-se – nesse aspecto funcional – aos *compensatory damages*, que consistem no montante da indenização compatível ou equivalente ao dano causado, atribuído com o objetivo de ressarcir o prejuízo” (MARTINS-COSTA, Judith. PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages*) e o Direito brasileiro). In *Revista do Centro de Estudos Jurídicos/ CJF*. v. 9, n. 28. Brasília: Edição jan./mar., 2005. p. 16).

⁵⁷ GALLO, Paolo. *Pene private e responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1996, p.175 e ss.

lesão ao interesse jurídico merecedor de tutela.⁵⁸ Ainda hoje coexistem três correntes sobre a função da indenização do dano moral, quais sejam: i) a compensar/satisfazer o ofendido;⁵⁹ ii) punir o ofensor;⁶⁰ e iii) tanto satisfazer o ofendido quanto punir o ofensor.⁶¹

De fato, a Constituição da República de 1988 impôs o afastamento da função sancionatória da responsabilidade civil. Isso porque, além de ratificar sua função reparatória, corrobora o objetivo precípua de proteção da vítima, ao alçar a dignidade da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, bem como consagrar o princípio da solidariedade social (art. 1º, III e art. 3º, I). Com isso, o foco da responsabilidade civil deixa de ser o agente causador do dano e passa a ser a vítima, uma vez que o objetivo fundamental não é a repressão de condutas negligentes, mas sim a efetiva reparação de danos⁶², assim, “a norma assumirá expressamente que não o dano, mas o simples perigo de dano será suficiente para ativar o remédio”.

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça entende que reiteradamente que a indenização por danos morais possui tríplice função “a *compensatória*, para mitigar os danos sofridos pela vítima; a *punitiva*, para condenar o autor da prática do ato ilícito lesivo, e a *preventiva*⁶³, para dissuadir o cometimento de novos atos ilícitos”,⁶⁴ revelando a influência de ambos os sistemas aqui tratados em nosso ordenamento jurídico.

⁵⁸ Escorreita análise sobre a reparação integral do dano e suas limitações foi feita por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, v: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rego Monteiro. Limites ao princípio da reparação integral no direito brasileiro. In *Civilistica.com*, v. 7, n. 1, mai. 2018, pp. 1-25.

⁵⁹ Citem-se como partidários da tese de que função da reparação do dano moral é somente ressarcitória, v.: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano Moral*. 3. ed. atual. e amp. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

⁶⁰ Propugnam a tese punitiva, temos LACERDA, Galeno. Indenização do dano moral (parecer). In *Revista dos Tribunais*, v.728, jun, 1996, pp .94-101; Fábio Ulhoa Coelho, por exemplo, admite as indenizações punitivas: “Entendo, portanto, ser cabível no direito brasileiro, mesmo sem lei que a estabeleça em termos gerais ou específicos, a indenização punitiva nos casos em que a conduta do demandado tiver sido particularmente reprovável” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: obrigações - responsabilidade civil*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 375).

⁶¹ São defensores da teoria mista, dentre outros: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Critérios para a fixação da reparação do dano moral: abordagem sob a perspectiva civil-constitucional. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (org.). *Grandes temas da atualidade: dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012; CAHALI, Yussef Said. *Dano e indenização*. São Paulo: RT, 1980.

⁶² TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 36.

⁶³ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 75.

⁶⁴ STJ, REsp n. 1.440.721/GO, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 11/10/2016, DJe de 11/11/2016.

3.3. REPROVABILIDADE DA CONDUTA: NORMATIZAÇÃO DA CULPA

A maturidade jurisprudencial e doutrinária sobre a análise da culpa promoveu mais um ponto de convergência entre os modelos inglês e francês. Assim, passou-se a conceber a culpa sob o viés objetivo ou normativo – assim considerado o fato social, revelador de que o agente descumpriu um dever jurídico quando poderia ter agido de forma diferente.⁶⁵

Originariamente, o Código de Napoleão fundou seu sistema de responsabilidade na teoria subjetiva, que tem a culpa *lato sensu* como elemento nuclear. Assim, para que fizesse jus à indenização pelos danos sofridos, impunha-se à vítima a penosa prova da culpa, impregnada por caráter moral, que se revelava na conduta negligente, imprudente ou imperita.

A noção de culpa atrelada à uma moral individual ligada a valores religiosos torna-se, então, insuficiente para atender a nova demanda de danos.⁶⁶ A preocupação de se impor uma sanção ao comportamento culposo não mais tutelava as, cada vez mais diversificadas, ofensas sofridas. Exigir do ofendido a difícil – ou mesmo impossível tarefa de provar a culpa do lesante –, nos moldes então consagrados, significaria restringir o ressarcimento a raras situações. Ainda, o próprio comportamento da vítima modificou-se e o dano como fatalidade, que deveria ser suportado quando não evidenciada a culpa, passou a ser questionado.⁶⁷

A intensificação das relações sociais e os avanços tecnológicos trouxeram desafios a esta simplória interpretação, impondo-se a conformação de novos instrumentos para o ressarcimento de danos. De fato, os efeitos da era industrial dificultaram não apenas a demonstração da culpa, mas a própria identificação do agente causador do dano. No século

⁶⁵ Gerhard Wagner aponta que a concepção objetiva do padrão de conduta é dominante nos principais sistemas jurídicos europeus. WAGNER, Gerhard. Comparative Tort Law. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. *The Oxford Handbook of Comparative Law*. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2019, p. 1014.

⁶⁶ Com efeito, Cees van Dam aduz que, também na França, a culpa deixou de ter um conteúdo moral, passando a ser um conceito social. (DAM, Cees van. *European Tort Law*. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2013, p. 47).

⁶⁷ Patrice Jourdain esquematiza as causas para a evolução objetiva: 1) transformação radical da sociedade durante o século XIX em virtude da revolução industrial e da mecanização das atividades humanas, provocando uma agravação dos danos, o que foi potencializado no século XX, implicando a produção de prejuízos seriados ou de massa; 2) Ao mesmo tempo em que cresciam as atividades perigosas, o homem passou a aceitar menos os golpes do destino, e com a valorização de pessoa humana, foram feitas maiores exigências ao Estado-providência e a reparação do dano torna-se um direito; 3) A partir de 1870, a doutrina passa a defender a substituição da culpa pela ideia de risco, concentrando-se o objeto da responsabilidade civil na reparação do dano e não mais no comportamento do sujeito. (JOURDAIN, Patrice. *Les principes de la responsabilité civile*. 8 ed. Paris: Dalloz, 2010, pp. 10-11).

XIX, observou-se que em determinadas hipóteses, tais como acidentes de trabalho, a prova da culpa pela vítima se tornava óbice intransponível à efetiva responsabilização do causador do dano.⁶⁸

Com isso, os Tribunais passaram a expandir as situações de presunção de culpa, que passaram a ser admitidas em situações não previstas em lei, como forma de não recair sobre a *prova diabólica*, como se passou no âmbito da responsabilidade indireta ou por fato de terceiros. A análise da reprovabilidade da conduta desloca-se dos parâmetros da previsibilidade, cognoscibilidade e evitabilidade para a própria omissão do comportamento devido.⁶⁹ Neste último, avalia-se a probabilidade e a gravidade do dano, bem como os custos para preveni-lo.⁷⁰

A miríade de fontes da *Common Law*, não possibilitou um desenvolvimento linear da ideia de normatização da culpa. Contudo, o reconhecimento da *strict liability*, visto no julgamento do *House of Lords, de Rylands vs Fletcher* em 1868, utilizou o *tort of nuisance*, permitindo uma responsabilidade por atividades ultra perigosas (*liability for extra hazardous activities*) sem que fosse necessário examinar qualquer quebra de dever de cuidado, ou intenção dos envolvidos.⁷¹

Em sintonia, além da defesa do padrão objetivo, o direito americano contribuiu para o desenvolvimento do conceito de negligência ao determiná-lo como “*um comportamento*

⁶⁸ Cf. SALEILLES, Raymond. *Les accidents du travail et la responsabilité civile: essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*, Paris: Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, Arthur Rousseau Éditeur, 1897.

⁶⁹ Guido Alpa e Mario Bessone destacam as diferenças entre as duas correntes fundamentais sobre a culpa: uma que concebe a culpa como um fato exclusivamente psicológico, realçando o aspecto da representação do evento danoso, e outra que concebe a culpa como a simples transgressão da norma. Enquanto a primeira tem como caracteres de identificação a previsibilidade, a cognoscibilidade e a evitabilidade do dano, a segunda tem como ênfase a omissão do conteúdo devido. Daí porque alguns autores falam da noção de culpa “objetiva”, o que leva a comparar a conduta do agente com parâmetros como os do bom pai de família ou a diligência exigível no tráfico social. (ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *La responsabilità civile*. Milano: Giuffrè Editore, 2001. pp. 243-251).

⁷⁰ Segundo Deakin, Johnston e Markesinis as três variáveis – (i) probabilidade do dano, (ii) a gravidade do dano e (iii) os custos para a prevenção – são consideradas eficientes do ponto de vista da análise econômica, pois estabelecem um *standard* ótimo de cuidado para se evitar acidentes, partindo do princípio de que a sociedade deve tolerar certos níveis de acidentes quando os custos para os evitar superam os ganhos. DEAKIN, Simon; JOHNSTON, Angus; MARKESINIS, Basil. *Markesinis and Deakin's Tort Law*. New York: Oxford University Press, 2008; e BAR, Christian von. *The Common European Law of Torts*. v. II. New York: Oxford University Press, 2005, p. 224).

⁷¹ Na ocasião, decidiu-se que “[...] e se em consequência de ter agido assim, ou em consequência de uma imperfeição no modo de atuar desse jeito, a água veio a escapar e escorrer para a propriedade do autor, então parece para mim que o que os réus estavam fazendo, eles estavam fazendo por seu risco próprio; e, se no curso do seu agir, surgiu o mal que eu tinha referido, o mal, nomeadamente, do vazamento da água e sua passagem para a propriedade do autor e lesionando o autor, então em consequência disso, em minha opinião, os réus devem ser responsáveis”. (tradução livre). Disponível em: <<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1868/1.html>> Acesso em 23.05.2022.

economicamente insalubre no sentido de que o autor do delito deixa de tomar precauções que custariam menos do que os danos assim evitados".⁷² A decisão em *United States vs Carroll Towing* do final da década de 1940 se destaca como o ponto de partida para o terreno intelectualmente fértil da análise econômica do direito na responsabilidade civil.⁷³

No Brasil, tal fenômeno também pode ser percebido. Apesar de todas as discussões já existentes na França, o Código Civil de 2002 perdeu a oportunidade de positivizar a tendência de normatização da culpa já experimentada há décadas pelos franceses. Isso porque o Código brasileiro, apesar de editado 198 anos depois, limitou-se a reproduzir no artigo 186 a cláusula geral de responsabilidade civil subjetiva prevista na codificação francesa. Aparentemente, o dispositivo denota a conotação psicológica da culpa, consagrando a ideia de que não há responsabilidade sem culpa, atribuindo-lhe preponderância na etiologia do ato ilícito.⁷⁴

Perceba-se que, na concepção psicológica da culpa, o foco da responsabilidade civil recai sobre a figura do ofensor, já que imprescindível a análise do estado anímico do agente causador do dano. Assim, recairia sobre a vítima a prova diabólica da culpa do agente. Diante da dificuldade probatória, era comum que o ofendido não fosse indenizado pelos danos sofridos.

A evolução social escancarou a insuficiência da tradicional visão responsabilidade subjetiva, informada pela teoria da culpa e por um princípio de imputabilidade moral, na tutela das relações jurídicas na sociedade de massa. Com isso, verifica-se perda gradativa da importância da prova da culpa para se reconhecer o direito de reparação da vítima.⁷⁵

A normatização da culpa depende da determinação de um padrão abstrato de comportamento a ser considerado na análise da culpa pelo magistrado, o que se faz por meio da regra do *bonus pater familias*, nos sistemas de tradição romano-germânica, correspondente ao *reasonable man*, nos modelos de raízes anglo saxãs. O *bonus pater familias* é tomado como modelo geral de comportamento, que deve ser colocado nas mesmas circunstâncias externas do autor do dano (culpa *in abstracto*). A doutrina propõe

⁷² Neste precedente, de 1947, o juiz Learned Hand salientou que “possivelmente serve para trazer essa noção em relevo para enunciar-la em termos algébricos: se a probabilidade ser chamado de P; a lesão, L; e o ônus, B; responsabilidade depende se B é menor que L multiplicado por P: ou seja, se B [é menor que] PL.” (tradução livre).

⁷³ Cf. POSNER, Richard A. A Theory of Negligence. In *Journal of Legal Studies*, 1972.

⁷⁴ CHIRONI, Gian Pietro. *La colpa nel diritto civile odierno: colpa extra-contrattuale*. 2. ed. Torino: Fratelli Bocca Editori, v. 1, 1903, p. 35.

⁷⁵ TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 39.

a fixação de *standards* de conduta específicos⁷⁶ que irão variar de acordo com cada tipo de atividade, de modo a se aferir o paradigma ideal mais próximo possível dentro de cada ofício desempenhado.⁷⁷

A derrocada da concepção da culpa, em um contexto ligado a moral, como fundamento para a responsabilidade civil inícia, deflagra o processo de flexibilização e demanda novas formulações teóricas para atender a este novo cenário, com destaque para a responsabilidade civil objetiva, fundada na teoria do risco.⁷⁸

O redimensionamento da culpa, por meio da sua verificação sob um viés normativo e não mais psicológico, denota uma conquista do direito brasileiro. Abre-se caminhos para a reparação integral do dano, visto como o objetivo central da responsabilidade civil contemporânea,⁷⁹ como forma de garantir a cada vítima o adequado ressarcimento, capaz de abarcar todos os efeitos danosos sofridos.

Com o objetivo de superar a dificuldade probatória que se impunha à vítima, criou-se as presunções de culpa, diante das quais incumbe ao suposto agente provar que não agiu com culpa. Ademais, assistiu-se ao notável desenvolvimento da responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco, criando-se inúmeras hipóteses de responsabilidade sem culpa.

⁷⁶ Percebe-se, aqui, uma aproximação com o sistema fragmentário dos *torts*, em que se atribui a cada especialidade um padrão específico que deve ser observado à luz do caso concreto.

⁷⁷ Essa recomendação é feita por Maria Celina Bodin de Moraes ao aduzir que: “Através da nova concepção [culpa normativa], existirão tantos modelos de diligência quanto forem os tipos de conduta (profissional, desportiva, na direção de veículos etc.) presentes no contato humano, de modo que os parâmetros, entre os tipos, serão variáveis (e diz-se que foram ‘subjativados’ ou relativizados). Isto é o que permite que se estabeleçam padrões – standards – de conduta que exigirão do agente um comportamento judicioso, o qual variará em cada situação, consideradas sua profissão e demais circunstâncias pessoais” (*Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 213. No mesmo sentido, SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 40: “Prendendo-se a uma elevada generalização, tanto o *bonus pater familias* quanto o *reasonable man* tornam-se inúteis à avaliação das novas situações concretas em sua rica multiplicidade. A definição de um padrão único de diligência parece, de todo, incompatível com uma realidade complexa e plural, como a que caracteriza as sociedades contemporâneas. Daí verificar-se, por toda parte, um fenômeno que se poderia designar como fragmentação do modelo de conduta, ou seja, a utilização de parâmetros de comportamento específicos e diferenciados para as mais diversas situações).

⁷⁸ Nesse sentido, afirma-se que “dentro do critério da responsabilidade fundada na culpa não era possível resolver um sem-número de casos, que a civilização moderna criara ou agravara; imprescindível se tornara, para a solução do problema da responsabilidade extracontratual, afastar-se do elemento moral, da pesquisa psicológica, do íntimo do agente, ou da possibilidade de previsão ou de diligência, para colocar a questão sob um aspecto até então não encarado devidamente, isto é sob o ponto de vista exclusivo da reparação do dano. O fim por atingir é exterior, objetivo, de simples reparação, e não interior e subjetivo, como na imposição da pena.” (LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2 ed. rev. e atual. Atualização Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp. 115-116).

⁷⁹ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rego Monteiro. Limites ao princípio da reparação integral no direito brasileiro. In *Civilistica.com*, v. 7, n. 1, mai. 2018, p. 2.

4. O ESTADO DA ARTE: RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA NA ATUALIDADE

Por certo, o exame da evolução dos três modelos denota a flexibilidade da responsabilidade civil para a proteção não apenas de direitos absolutos, mas também de direitos relativos, de situações jurídicas e de variados interesses legítimos merecedores de tutela.⁸⁰

Com a perda de preponderância do aspecto subjetivo, a noção de dano injusto passa a circunscrever o âmbito da responsabilidade civil subjetiva.⁸¹ Incumbe à jurisprudência e à doutrina, estabelecer critérios para distinguir o dano indenizável das meras perdas insuscetíveis de reparação.

Além disso, passa-se a vislumbrar inúmeras possibilidades para a proteção de diversificados interesses e bens jurídicos, bem como para a criação de novos direitos e situações subjetivas, tal como se percebe pelos chamados novos danos.⁸² Nesse processo de expansão da responsabilidade civil, as diferenças entre os sistemas típicos (como o anglo-saxão) e atípicos (como o francês) tornam-se ainda mais atenuadas, o que revela a aptidão da responsabilidade civil para, de uma forma geral, proteger interesses qualificados, tais como os constitucionalmente tutelados, e atingir o objetivo precípua delineado pelo princípio da reparação integral.

Busca-se a prevalência das situações existenciais sobre as patrimoniais.⁸³ É preciso, nas palavras de Perlingieri, “*predispôr-se a reconstruir o Direito Civil não com uma redução ou um aumento de tutela das situações patrimoniais, mas com uma tutela qualitativamente diversa*”,⁸⁴ por meio do abandono da postura patrimonialista herdada do

⁸⁰ Destaque-se a preocupação de Alpa e Bessone de que a principal consequência da ampliação dos limites da responsabilidade jurídica é a impossibilidade de identificar *a priori* todos os singulares interesses merecedores de tutela, que vão sendo alargados, para abarcar direitos subjetivos relativos, bem como expectativas e interesses legítimos (ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *La responsabilità civile*. Milano: Giuffrè Editore, 2001, p. 7).

⁸¹ Perlingieri e Corsaro asseveram que, para ampliar a esfera dos interesses protegidos, a responsabilidade civil deve ser vista como uma reação ao dano injusto, sendo que tal injustiça define o próprio âmbito da responsabilidade. (PERLINGIERI, Pietro; CORSARO, Luigi. *Responsabilità da fatto illecito*. In PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di Diritto Civile*. Napoli: Edizione Scientifique Italiane, 2003, p. 618).

⁸² Sobre o tema, cf.: SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Atlas: 2011.

⁸³ “Com o termo, certamente não elegante, ‘despatrimonialização’, individua-se uma tendência normativa-cultural: se evidencia que no ordenamento se operou uma opção que, lentamente, se vai concretizando, Entre personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo, antes, e do consumismo, depois, como valores” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3ª ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 33).

⁸⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3ª ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 34.

século XIX, em especial do Código Napoleônico, privilegiando o desenvolvimento da pessoa.⁸⁵ Contudo, a análise do tema da responsabilidade civil não pode abandonar a análise do perfil patrimonial.⁸⁶

No Brasil, com o texto constitucional posto no ápice do sistema, impõe-se ao intérprete o dever de coesão sistemática na exegese do ordenamento.⁸⁷ Assim, o dever de unidade demanda que todas as normas considerem os valores constitucionais, ainda que diversas ou específicas, opondo-se a metodologia civil-constitucional à chamada teoria dos microsistemas. Posta a normativa constitucional no vértice do ordenamento jurídico, os princípios nela presentes se tornam, por conseguinte, as diretrizes para a reconstrução do sistema de direito privado.

Esse movimento atribui ao intérprete a releitura dos pilares clássico da responsabilidade civil: dano, nexos de causalidade e culpa, responsabilidade civil. Além disso, para atender ao princípio da reparação integral, impõe-se a análise do *an debeatur* (afecção da reparação) quanto do *quantum debeatur* (quantificação da reparação), podendo a indenização ser estipulada, por exemplo, em pecúnia ou *in natura*.⁸⁸ Não se pode perder de vista, todavia, que como qualquer princípio, o da reparação integral também se sujeito à ponderação.⁸⁹

⁸⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 59.

⁸⁶ É oportuno analisar o referido princípio por meio dos perfis existencial e patrimonial, conforme propõe Carlos Edison do Rêgo Monteiro. Segundo o autor, “em exame sob a perspectiva existencial, os danos extrapatrimoniais são merecedores de tutela privilegiada, estando intrinsecamente ligados à dignidade da pessoa humana, segundo a normativa da Constituição. Erigida a fundamento da República (art. 1º, III), a dignidade da pessoa humana se irradia prioritária e necessariamente por todo o ordenamento e consagra a plena compensação dos danos morais (art. 5º, V e X), fundamento extrapatrimonial da reparação integral. De modo que o sistema traçado pelo constituinte, além de promover, com a necessária prioridade, os valores existenciais, repudia qualquer atentado à sua integridade, forjando assim cláusula geral de tutela que embasa o mecanismo sancionatório a assegurar, em sua totalidade, a compensação dos danos extrapatrimoniais. Noutro giro, a perspectiva patrimonial da reparação integral parece fundamentar-se no direito de propriedade (art. 5º, XXII). A indenização, sob a perspectiva da reparação integral, consiste em expediente pelo qual a vítima procura reaver o patrimônio que efetivamente perdeu ou deixou de lucrar, na exata medida da extensão do dano sofrido” (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rego Monteiro. Limites ao princípio da reparação integral no direito brasileiro. In *Civilistica.com*, v. 7, n. 1, mai. 2018, p. 3).

⁸⁷ “A norma nunca está sozinha, mas existe e exerce sua função dentro do ordenamento, e o seu significado muda com o dinamismo e a complexidade do próprio ordenamento”. (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 617).

⁸⁸ Em atenção ao princípio da reparação integral, o STJ determinou a possibilidade de condenação *in pecunia* e *in natura*, como forma de conferir efetividade ao instituto da responsabilidade civil, no caso de publicação de entrevistas com acusações não comprovadas pela Editora Abril (STJ, AgInt no REsp n. 1.282.134/RS, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 24/8/2020, DJe de 28/8/2020).

⁸⁹ Ao fazer essa precisa advertência, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho cita como exemplo o que ocorre quando prevista no contrato cláusula penal. Nessa situação, ponderando-se autonomia negocial com reparação integral, as perdas e danos pré-fixadas na multa contratual podem ser exigidas pelo credor independentemente da comprovação do prejuízo efetivamente sofrido, conforme estabelece o artigo 416,

A preocupação com a reparação integral também é identificada pelo legislador francês, como corroborado pela Comissão responsável pela elaboração do projeto de reforma do Código Civil da França. Na ocasião, recomendou-se a adoção de um princípio da opção pela vítima, que poderia escolher entre regimes de responsabilidade que lhe fosse mais favorável, garantindo-se a sua efetiva reparação.⁹⁰ De igual modo, ainda que eminentemente liberal e ligado a questões econômicas, identifica-se uma vocação em redimensionar-se a *Tort Law*, para aproximá-lo das vítimas.

Rumo à constitucionalização do direito civil – que alça a pessoa humana e a sua plena realização existencial a valor supremo –, estrutura e função do direito de propriedade devem ser relidas nas múltiplas situações em que se apresentam. Agora, com a nova batuta constitucional, evidencia-se a linha de ruptura com os moldes do patrimonialismo e do individualismo e se inicia a construção de um direito de propriedade em harmonia com princípios e valores não patrimoniais.⁹¹ É, portanto, a partir da metodologia civil-constitucional que passa a se analisar a responsabilidade civil subjetiva no Brasil, que se preocupa em construir caminho para a efetiva reparação da vítima, por meio do princípio da reparação integral, e não na punição do ofensor.

5. CONCLUSÃO

A responsabilidade civil subjetiva, nos três modelos aqui analisados, revelou que não existe entre eles, atualmente, diferenças insuperáveis. A rigor, a aproximação entre os sistemas decorre da preocupação comum controlar a expansão da responsabilidade civil, garantindo-se a reparação integral dos danos, o que é feito por meio da utilização de categorias próximas, como a culpa em seu sentido normativo e o nexo causal como um juízo de imputação.

Sublinhe-se que a responsabilidade civil é vista em todos os modelos aqui analisados como um instrumento para a proteção não apenas de direitos patrimoniais, mas principalmente de direitos existenciais, de situações jurídicas e de interesses legítimos

caput, do Código Civil (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rego Monteiro. Limites ao princípio da reparação integral no direito brasileiro. In *Civilistica.com*, v. 7, n. 1, mai. 2018, p. 16).

⁹⁰ Rapport d'information n° 558 (2008-2009) de MM. Alain ANZIANI et Laurent BÉTEILLE, fait au nom de la commission des lois, déposé le 15 juillet 2009. Disponível em: <https://www.senat.fr/rap/r08-558/r08-558_mono.html#toc6>. Acesso em 26.05.2022.

⁹¹ TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: *Temas de Direito Civil*. Tomo I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 22.

tutelados dos mais variados, os quais devem ser analisados à luz de circunstâncias concretas e dos valores constitucionais, sobretudo diante da intensidade das modificações sociais. Por certo, a necessidade de proteção e reparação do dano injusto possibilita a criação de novos direitos e situações jurídicas que não podem ser negligenciadas.

Noutro giro, o incremento do risco de que a responsabilidade civil seja expandida de forma caótica e banalizada impõe a observância aos filtros e controles desenvolvidos pelos três modelos e que, apesar de distintos, alcançaram resultados muito semelhantes. De mais a mais, a *faute* francesa, acompanhada dos parâmetros do nexo causal e do dano direto, bem como o *duty of care* e análise da culpa e nexo causal do direito brasileiro, somados pela discussão sobre os direitos e interesses juridicamente protegidos, consubstanciam importantes critérios para a distinção entre o conceito de dano das meras perdas insuscetíveis de reparação.

Registre-se, por fim, que a trajetória percorrida pela responsabilidade civil subjetiva perpassa pela releitura tridimensional dos pressupostos do dano, nexo causal e da culpa. Nessa jornada, a normatização da culpa assume papel fundamental para a garantia da reparação integral e, por conseguinte, para a proteção de interesses mercedores de tutela. Afinal de contas, deve-se reparar o mal de forma efetiva para que não pareça ter sido apenas um pesadelo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *La responsabilità civile*. Milano: Giuffrè Editore, 2001.
- BANAKAS, Efsthathios. *Tortious liability for pure economic loss: a comparative study*. Athens: Hellenic Institute of International and Foreign Law, 1989.
- BARBIERI, Jean François. *Inconscience et responsabilité dans la jurisprudence civile: l'incidence de l'article 489-2 du code civil, après une décennie*. In *La semaine juridique*, 1982.
- BELL, Griffin B.; PEARCE, Perry E. *Punitive Damages and the Tort System*, 22 U. Rich. L. Rev. 1, 1987.
- CARBONNIER, Jean. *Droit civil: les obligations*. vol. II. 22 ed. Paris: PUF, 2004.
- CAHALI, Yussef Said. *Dano e indenização*. São Paulo: RT, 1980.
- CASTRONOVO, Carlo. *La nuova responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 2006.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: obrigações - responsabilidade civil*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DAM, Cees van. *European Tort Law*. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2013.

DAVID, René. *O direito inglês*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Trad. de Hermínio Carvalho. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

DE CUPIS, Adriano. *Il Danno*. Milano: Giuffrè, 1976.

DEAKIN, Simon; JOHNSTON, Angus; MARKESINIS, Basil. *Markesinis and Deakin's Tort Law*. New York: Oxford University Press, 2008; e BAR, Christian von. *The Common European Law of Torts*. v. II. New York: Oxford University Press, 2005.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

EPSTEIN, Richard A. A Theory of Strict Liability. In *The Journal of Legal Studies*, vol. 2, n. 1, Jan. 1973, p. 152.

FABRE-MAGNAN, Muriel. *Droit des obligations, 2: responsabilité civile et quasi-contrats*. 4 ed. Paris: PUF, 2019.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito Civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

_____. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FRANÇA, Rubens Limongi. As raízes da responsabilidade aquiliana. In: *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. Ano I. n. 1. Rio de Janeiro, 1985.

FRIEDMAN, Lawrence M. Simon. *A History of American Law*. New York: Simon & Schuster, 2005.

GALLO, Paolo. *Pene private e responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1996.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Critérios para a fixação da reparação do dano moral: abordagem sob a perspectiva civil-constitucional. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (org.). *Grandes temas da atualidade: dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GILMORE, Grant. *The Death of Contract*. 2 ed. Columbus: Ohio University, 1995.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Boiteux, 2005.

JOSSERAND, Louis. *Evolução da responsabilidade civil*. Trad: Raul Lima. In *Revista Forense*. São Paulo, n. 456, jun. 1941.

JOURDAIN, Patrice. *Les principes de la responsabilité civile*. 8 ed. Paris: Dalloz, 2010.

KONDER, Carlos Nelson. Apontamentos iniciais sobre a contingencialidade dos institutos de direito civil. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz Costa; MEIRELES, Rose Melo Vencelau (Orgs.). *Direito Civil*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

_____. Desafios da constitucionalização do direito civil. In: FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da; AZAR FILHO, Celso Martins. (Orgs.). *Constituição, Estado e Direito: reflexões contemporâneas*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2008.

LACERDA, Galeno. Indenização do dano moral (parecer). In *Revista dos Tribunais*, v.728, jun, 1996, pp .94-101.

LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. *L'éthique de la responsabilité*, In *Revue trimestrielle de droit civil*, 1998.

_____. *L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation*. In *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1987.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2 ed. rev. e atual. Atualização Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTON, G. *Les fondements de la responsabilité civile. Revision de la doctrine. Essai dun système unitaire*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1938.

MAZEAUD, León. *La faute objective et la responsabilité sans faute*. In *Recueil Dalloz*, 1985.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Artigo 944 do Código Civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral. In *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, n. 63, Rio de Janeiro, 2008.

_____. Limites ao princípio da reparação integral no direito brasileiro. In *Civilistica.com*, v. 7, n. 1, mai. 2018.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um Direito Civil Constitucional. In: *Revista de Direito Civil, Agrário, Imobiliário e Empresarial*, a. 17, n. 65, p. 21-65, jul/set. 1993.

_____. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 213

- MOTA, Maurício Jorge Pereira da. *Responsabilidade civil do Estado legislador*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. Atualizado por Gustavo Tepedino. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- _____. *Manuale di Diritto Civile*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2003.
- PERLINGIERI, Pietro; CORSARO, Luigi. Responsabilità da fatto illecito. In PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di Diritto Civile*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2003.
- POSNER, Richard A. A Theory of Negligence. In *Journal of Legal Studies*, 1972.
- RODOTÀ, Stefano. Modelli e funzioni della responsabilità civile. In *Rivista Critica di Diritto Privato*, vol. 3. Napoli: Jovene, 1984.
- ROSENVOLD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SALEILLES, Raymond. *Les accidents du travail et la responsabilité civile: essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*, Paris: Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, Arthur Rousseau Éditeur, 1897.
- SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. Rio de Janeiro: Atlas, 2013.
- _____. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Atlas: 2011.
- SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade Civil do Produtor*. Coimbra: Almedina, 1999.
- TEPEDINO, Gustavo. A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. In: *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento. In TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil – Tomo III*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: *Temas de Direito Civil*. Tomo I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano Moral*. 3. ed. atualizada e ampliada. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

WAGNER, Gerhard. Comparative Tort Law. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. *The Oxford Handbook of Comparative Law*. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2019.

WAREMBOURG-AUQUE, Françoise. *Irresponsabilité ou responsabilité civile de l'infans*. In *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1982.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduzione al Diritto Comparato*. Volume II. Tradução de Estella Cigna. Milano: Giuffrè, 1995.

O DANO-MORTE: A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA

Nelson Rosenvald

Sumário: 1. Introdução; 2. O dano *post mortem*; 3. O dano ao morto enquanto vivo; 4. A morte como fato ilícito de consequências múltiplas - 4.1. O dano reflexo à morte – 4.2 O dano pré-morte; 5. O dano-morte como terceira via; 6. O dano-morte para além da função compensatória da responsabilidade civil: *vindictory damages*; 7. A quantificação do dano-morte; 8. Conclusão. Referências bibliográficas

“Não tema a morte porque - se houver morte - você não está lá e - e se você estiver lá - não há morte” (Epicuro).

1. Introdução

No direito civil brasileiro não há previsão legal para o chamado *dano-morte*. O dano que provoca a morte de uma pessoa é escassamente discutido pela doutrina e praticamente ignorado pela jurisprudência. Contudo, esta não é originalmente uma lacuna brasileira. Há muito, importantes doutrinadores tentam dar uma explicação ao aforismo do filósofo Epicuro. A sua advertência é clara: se a pessoa não mais existe, conseqüentemente não existe compensação pela privação de sua vida.

É da natureza das coisas que o fato jurídico morte descortina o cenário do direito das sucessões, envolvendo a conexão entre o óbito e as situações jurídicas advindas da transmissão do seu patrimônio.¹ Porém, por muito tempo o direito negligenciou a repercussão do fato jurídico morte em termos de responsabilidade civil, decorrente de uma

¹ Art. 1784, Código Civil Brasileiro: “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.

conduta de terceiro que se coloca como causa adequada para a abrupta interrupção de uma vida.

E pior, sem que se perceba, a evolução do ordenamento brasileiro, consistiu apenas na preocupação com o dano reflexo sofrido por aqueles que ficam. Em um primeiro momento através de uma indenização por luto e pela estipulação de alimentos aos dependentes e, mais recentemente, pela consagração do dano moral a uma classe de pessoas que presumivelmente mantinha relações afetivas com a vítima de uma conduta antijurídica.

Porém, assim como ultimamente evoluímos no planejamento sucessório mediante a gestão convencional dos efeitos jurídicos do fato jurídico morte, cremos que há espaço para visualizarmos a morte enquanto fato ilícito, e as suas consequências sobre a pessoa do morto, não mais como “de cujus” e sim como vítima de um ato que de forma anômala mitigou o seu tempo de vida. Isto é fundamental, *o dano não pode ficar com quem o sofre*, sendo a morte um fato que deve desencadear uma indenização autônoma, transferindo-se o dano ao patrimônio do ofensor.

Três são as questões que se colocam: primeiro, se para além dos danos morais sofridos pelos parentes próximos, o fato da morte da vítima primária dá lugar a um dano autônomo indenizável (seja ou não morte instantânea); segundo, se os herdeiros do falecido têm o direito de reclamar os danos que o falecido sofre durante o período de tempo que decorre entre o dano e a morte. Terceiro, qual seria a natureza jurídica de uma indenização pelo dano-morte.

2. O dano *post mortem*

Qual é o cenário jurídico brasileiro atual? Inexiste indenização pelo dano-morte, diante da supressão ilícita de uma vida. O fundamento para tanto consiste na própria falta da pessoa a quem a perda do bem possa estar ligada e, em cujo espólio, a indenização possa ser consolidada. O paradoxal é que, como veremos adiante, torna-se economicamente muito mais vantajoso matar uma pessoa instantaneamente do que lentamente e, de fato, mais barato matar rapidamente do que feri-la gravemente.

Face à impossibilidade jurídica da indenização pelo dano-morte, quais são as alternativas que se colocam? Antes de tratarmos propriamente dos danos que nascem da morte em si, cabe referenciar brevemente os danos decorrentes de atos ilícitos posteriores

ao óbito e totalmente desvinculados do fato jurídico que ensejou a morte. Intitulo-os como “danos post mortem”.

O parágrafo único do art. 12 do Código Civil² defere tutela *post mortem* aos membros da família pela ofensa à memória do falecido. Cuida-se de uma tutela póstuma da personalidade em atenção a bens jurídicos que não fenecem com o seu titular. Se é evidente que a morte é o marco temporal da extinção dos direitos da personalidade, o legislador reconhece a sua projeção em prol dos membros da família diante de uma violação da honra, bom nome e imagem do *de cuius*, após o seu passamento. Nesse primeiro plano não está em jogo um bem jurídico de titularidade originária do falecido transmitido por efeito hereditário.

O Enunciado 400 do Conselho de Justiça Federal bem situa o escopo da norma: “Os parágrafos únicos dos arts. 12 e 20 asseguram legitimidade, por direito próprio, aos parentes, cônjuge ou companheiro para a tutela contra lesão perpetrada *post mortem*”. Por conseguinte, em razão do dano reflexo, nasce uma legitimação por direito próprio aos familiares, havendo ilegitimidade por parte do espólio para agir, pois como uma universalidade de direito, apenas atuará em questões patrimoniais.³ Apesar do rol taxativo dos beneficiários, é possível ampliar o círculo de legitimados, não apenas em favor de companheiros, porém, mesmo para pessoas que não tenham laços de parentesco, desde que na concretude do caso fique provado o real vínculo afetivo com o falecido. Como regra geral, tem-se que a reparação será *in re ipsa* para o grupo familiar, sendo necessária a prova da conexão afetiva para os demais casos.⁴

² Art. 12 Código Civil Brasileiro: “Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau”.

³ Questões outras surgem sobre a indenização do dano *post mortem*. Ilustrativamente, o Enunciado 398 do Conselho de Justiça Federal proclama que “As medidas previstas no art. 12, parágrafo único, do Código Civil podem ser invocadas por qualquer uma das pessoas ali mencionadas de forma concorrente e autônoma”. Emerge a controvérsia sobre a natureza do rol *é numerus clausus* e a limitação subjetiva de beneficiários, bem como, se em simetria, pode-se também discutir se deve ser negada a indenização nas situações excepcionais em que se demonstre que apesar do vínculo legal familiar, não subsistem os laços de afeição, como no caso de abandono afetivo ou matrimônio com longa separação de fato.

⁴ Em relação a outras situações, o STJ tem afirmado que o valor pode variar, pois o sofrimento pela morte do familiar atinge os membros do núcleo em gradações diversas, o que deve ser observado pelo magistrado para arbitrar o valor da indenização: “consoante a jurisprudência sedimentada nesta corte superior, são legitimados para a propositura de ação indenizatória em razão de morte de parentes, o cônjuge ou companheiro (a), os descendentes, os ascendentes e os colaterais, de forma não excludente e ressalvada a análise de peculiaridades do caso concreto que possam inserir sujeitos nessa cadeia de legitimação ou dela excluir”(STJ, AgRG no REsp 1.283.764).

3. O dano ao morto enquanto vivo

O legislador não disciplinou exclusivamente a *fattispecie* do dano *post mortem*. De acordo com o art. 943 Código Civil Brasileiro: “O direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança”. O preceito se aplica as lesões e violações de caráter patrimonial ou extrapatrimonial que se verificaram enquanto a vítima vivia e não tiveram como efeito a morte. O óbito não guarda conexão com o fato ilícito que lhe antecedeu.

No final de 2020 o Superior Tribunal de Justiça publicou a Súmula 642, com o seguinte teor “O direito à indenização por danos morais transmite-se com o falecimento do titular, possuindo os herdeiros da vítima legitimidade ativa para ajuizar ou prosseguir a ação indenizatória”.⁵ O mérito da referida súmula consiste em fracionar as duas hipóteses que dão azo à compensação dos danos: quando a morte ocorre no curso da ação proposta pela vítima e, alternativamente, nos casos em que a morte se verifica sem que sequer o ofendido tenha ingressado com uma pretensão em juízo. Isso significa que no direito brasileiro, tanto o dever de ressarcir é transmissível através de herança, como o direito de exigir reparação (Art. 943, CC)⁶. Neste último caso, a meu juízo, excepcionar-se-ia tal possibilidade se a vítima expressamente renunciou a este direito em vida.⁷

Com efeito, se a ação fora proposta e no seu curso o autor vem a falecer não parece haver dúvida sobre a possibilidade de os herdeiros darem continuidade à demanda, conforme sinalizado no parágrafo. 2, II, do art. 313 do CPC/15.⁸ Diferentemente de uma ação de divórcio, evidentemente intransmissível pela sua natureza personalíssima – o que dará ensejo à extinção do processo -, a pretensão compensatória ostenta natureza patrimonial, integrando o patrimônio do falecido que se transmite aos herdeiros.

⁵ STJ - Súmula 642, CORTE ESPECIAL, julgado em 02/12/2020, DJe 07/12/2020.

⁶ Art 943. CC: “O direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança”.

⁷ No mesmo sentido, no DCFR os sucessores do falecido herdarão todos os direitos que o falecido poderia ter exercido em vida. Apontam, no entanto, uma exceção a esta regra geral, de modo que caso o falecido tenha declarado que não apresentaria qualquer pedido de indenização pelos danos, será entendido que renunciou a esse direito, com o qual o pedido não passa para seus herdeiros como parte de seu espólio (Grupo de Estudo sobre um Código Civil Europeu ACQUIS GROUP] [2009, p. 3227]).

⁸ § 2º, ART. 313, Código de Processo Civil Brasileiro: “Não ajuizada ação de habilitação, ao tomar conhecimento da morte, o juiz determinará a suspensão do processo e observará o seguinte: II - falecido o autor e sendo transmissível o direito em litígio, determinará a intimação de seu espólio, de quem for o sucessor ou, se for o caso, dos herdeiros, pelos meios de divulgação que reputar mais adequados, para que manifestem interesse na sucessão processual e promovam a respectiva habilitação no prazo designado, sob pena de extinção do processo sem resolução de mérito”.

Contudo, ainda que a demanda não tenha sido proposta em vida, dessume-se do já referido art. 943 CC a consagração legal da noção de que mesmo desconexa ao fato ilícito antecedente, a morte posterior da vítima extingue a sua personalidade e não o dano consumado, seja ele de natureza patrimonial ou extrapatrimonial. Não cabe a aplicação da regra “*actio personalis moritur cum persona*”. O direito da personalidade da tutela a integridade psicofísica, não pode ser confundido com o direito à reparação dos danos sofridos em decorrência da lesão, pretensão de natureza patrimonial. Ainda que o ofendido, em vida, não tenha promovido a ação de ressarcimento, poderão os familiares iniciá-la se em vida se a vítima não tenha expressamente renunciado a essa pretensão.⁹ O direito de exigir reparação é transmissível; é um crédito, embora ilíquido, a que os herdeiros fazem jus. Tem-se, aqui, a natural regra de que os direitos e ações da pessoa se transferem aos herdeiros no momento de sua morte.¹⁰

4. A morte como fato ilícito de consequências múltiplas

Apesar do dano-morte como modelo autônomo ser o propósito deste escrito, é inegável que, enquanto fato ilícito pluriofensivo, a morte consiste em um dano que acarreta outras repercussões, em maior ou menor medida acolhidas em diversos sistemas jurídicos. Em um primeiro nível, os familiares mais próximos sofrem danos extrapatrimoniais e os dependentes econômicos fazem jus a danos patrimoniais. Todavia, não podemos nos olvidar do dano experimentado pelo próprio morto, seja pela lesão à vida, como, eventualmente, pelo sofrimento e dor no período que mediou o ilícito e a morte. Todas essas possibilidades serão discutidas a partir da exegese do artigo 948 do Código Civil.¹¹

⁹ Apoiamos tal posicionamento, porém reconhecemos que os argumentos a favor da intransmissibilidade *mortis causa* do crédito indenizatório por dano moral são, fundamentalmente, os seguintes: o primeiro é o incumprimento da função reparadora da responsabilidade civil, na medida em que já não é possível indenizar o sofrimento da pessoa quem sofreu (o falecido). Assim, se a reclamação de tais danos fosse transferida *mortis causa* aos herdeiros, o responsável seria punido com o pagamento da referida indenização, não cabendo atualmente a função punitiva de responsabilidade civil no direito brasileiro. O segundo argumento é o caráter altamente pessoal do direito à integridade psicofísica e com ele a dor que sua violação implica. Sustenta-se que a transmissão *mortis causa* aos herdeiros do falecido do direito de reclamar a reparação do dano que, na medida em que afete o interesse muito pessoal da vítima, pertence apenas à vítima.

¹⁰ O STJ reafirmou em 2018 que “de acordo com a jurisprudência dessa corte, o direito à indenização de danos morais ostenta caráter patrimonial, sendo, portanto, transmissível ao cônjuge e aos herdeiros do de cujus” (STJ, AgInt no AREsp 711.976).

¹¹ Art. 948 do Código Civil Brasileiro: “No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações: I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família; II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima”.

4.1. O dano reflexo à morte

O art. 948 do Código Civil defere danos reflexos patrimoniais (explicitamente) e extrapatrimoniais (implicitamente) ao cônjuge e parentes, como um direito próprio dos familiares – não adquirido por via sucessória –, com base na lesão às suas esferas econômica/existencial, pela morte do entre querido. Discute-se ainda se a indenização aos familiares é devida apenas em caso de morte da vítima – hipótese expressa – o igualmente quando a vítima sofra lesão grave de que não resulte a morte e que comprometa gravemente a vida pessoal e familiar dos que são próximos.¹²

Nada diferente do que ocorre nas jurisdições europeias quando fazem referência às vítimas secundárias (lesados indiretos) e discutem se serão ou não indenizadas em razão do ato antijurídico que provocou a morte do familiar, conforme questões de causalidade e o fim de proteção da norma: em concreto, coloca-se se o dano foi “causado” aos parentes pelo responsável e se a finalidade da norma infringida era a de tutela os direitos dos familiares.¹³

Inicialmente, ao prever o pagamento das despesas com o tratamento da vítima e seu funeral, o inciso I do art. 948 se refere à compensação de danos patrimoniais relativos aos cuidados com o falecido no período entre a lesão e o seu enterro. Abrange todos os gastos

¹² Superior Tribuna de Justiça, Informativo nº 459: 6 a 10 de dezembro de 2010: “Trata-se de REsp em que a controvérsia é definir se os pais da vítima sobrevivente de acidente de trânsito têm legitimidade para pleitear compensação por danos morais, considerando-se que, na espécie, a própria acidentada teve reconhecido o direito a receber a referida compensação por tais danos. A Turma assentou que, não obstante a compensação por dano moral ser devida, em regra, apenas ao próprio ofendido, tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm firmado sólida base na defesa da possibilidade de os parentes do ofendido a ele ligados afetivamente postularem, conjuntamente com a vítima, compensação pelo prejuízo experimentado, conquanto sejam atingidos de forma indireta pelo ato lesivo. Observou-se que se trata, na hipótese, de danos morais reflexos, ou seja, embora o ato tenha sido praticado diretamente contra determinada pessoa, seus efeitos acabam por atingir, indiretamente, a integridade moral de terceiros. É o chamado dano moral por ricochete ou *préjudice d'affection*, cuja reparação constitui direito personalíssimo e autônomo dos referidos autores, ora recorridos. Assim, são perfeitamente plausíveis situações nas quais o dano moral sofrido pela vítima principal do ato lesivo atinja, por via reflexa, terceiros, como seus familiares diretos, por lhes provocar sentimentos de dor, impotência e instabilidade emocional. Foi o que se verificou na espécie, em que postularam compensação por danos morais, em conjunto com a vítima direta, seus pais, perseguindo ressarcimento por seu próprio sofrimento decorrente da repercussão do ato lesivo na sua esfera pessoal, visto que experimentaram, indubitavelmente, os efeitos lesivos de forma indireta ou reflexa, como reconheceu o tribunal de origem, ao afirmar que, embora conste da exordial que o acidente não atingiu diretamente os pais da vítima, eles possuem legitimidade para pleitear indenização, uma vez que experimentaram a sensação de angústia e aflição gerada pelo dano à saúde familiar (REsp 1.208.949-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 7/12/2010).

¹³ Uma peculiaridade é o direito espanhol, pois a legitimação ativa de vítimas secundárias não se encontra referido no Código Civil, porém está expressamente previsto no artigo 113 do Código Penal, no que se refere à responsabilidade civil ex delicto: “A Indenização por danos materiais e moral inclui não só as que foram causadas à vítima, mas também as que foram irrogadas a seus familiares ou terceiros”.

para mantê-lo vivo (despesas hospitalares que surgem da tentativa frustrada de cura do falecido) e os desembolsos efetuados para as últimas homenagens. Incluímos ainda os lucros cessantes, como, por exemplo, a receita líquida que o falecido poderia ter obtido no exercício de sua profissão no intercurso entre o fato ilícito e o passamento. Isso significa que se houver um intervalo de tempo entre a lesão e a morte da vítima, e ela falecer antes do reconhecimento do crédito de indenização, nasce uma reparação em favor da vítima pelo dano sofrido durante esse intervalo, o qual é transmissível aos herdeiros. Contudo, não será assim se a morte for instantânea, caso em que os herdeiros só poderão reclamar as despesas do sepultamento. Não existindo definição quanto ao montante das despesas funerárias, considera-se que o mais adequado é que a jurisprudência aplique, em cada caso, o teste de razoabilidade, de modo que apenas as despesas consideradas moderadas sejam reparadas, jamais as luxuosas e extraordinárias.¹⁴

Em complemento, quando o inciso II do art. 948 se refere à “prestação de alimentos”, cuida da repercussão do dano experimentado pelo falecido na esfera material de alguém que dele era dependente e receberá uma pensão mensal, como espécie de lucros cessantes, cujo valor será fixado de acordo com as possibilidades econômicas do ofensor e as concretas necessidades dos dependentes do falecido. Portanto, lucros cessantes no período intermediário entre o ilícito e a morte beneficiam os herdeiros, enquanto lucros cessantes posteriores ao óbito apenas se direcionam aos dependentes econômicos. Ademais, o legislador consagra uma exceção ao princípio geral de que só ao titular do direito violado ou do interesse imediatamente lesado assiste direito a indenização, aí se abrangendo terceiros reflexamente prejudicados com o evento danoso. Contudo, esse direito não é de atribuição direta e automática às pessoas indicadas na norma. Só existirá se (e na medida em que) for demonstrada a facticidade em que necessariamente terá que assentar.¹⁵

¹⁴ No mesmo sentido, o DCFR (*Draft Common Frame of Reference*), cujo art. VI.-2: 202 (b) também indica explicitamente o mesmo critério de razoabilidade.

¹⁵ Certamente, a maior garantia à preservação do mínimo existencial dos lesados indiretos será a prestação de alimentos, que serão pagos pelo ofensor ou responsável em prol daqueles a quem a vítima direta necessariamente os devia. Importante situação é a que envolve o falecimento de pessoa responsável pelo sustento do lar, especificamente a morte do marido, de quem dependia (economicamente) a esposa, ou vice-versa, a pensão não mais se estende até um limite rígido, tal e qual a data em que a pessoa falecida completaria 65 ou 70 anos, pois será preferível reconhecer que a idade de sobrevivida não é estanque, visto que se consideram vários elementos para sua fixação, como habitat, alimentação, educação e meios de vida. Por essa razão, o Superior Tribunal de Justiça tem buscando um referencial para sua fixação por meio da adoção dos critérios da tabela de sobrevivida da Previdência Social, de acordo com cálculos elaborados pelo IBGE. Trata-se de presunção jurisprudencial construída acerca da sobrevivida provável que teria a pessoa se não

Em matéria de danos reflexos extrapatrimoniais, duas são as possibilidades afirmativas, conforme a hermenêutica do art. 948. Podemos compreender a expressão “luto da família”, ao final do inciso I, como correspondente ao dano moral indireto, por direito próprio dos parentes pela morte do ente querido. Alternativamente, servimo-nos simplesmente do conceito jurídico indeterminado “sem excluir outras reparações”, que se encontra na parte derradeira do *caput* do art. 948, para compreendermos que o legislador dedicou os incisos I e II aos danos patrimoniais, mas não fechou as portas às emanações existenciais por “ricochete” do ilícito que redundou na morte.

A morte de uma pessoa configura uma lesão à personalidade dos que se integram em seu núcleo familiar, sendo explicada a questão imputacional pelo impacto que a morte de uma pessoa em seu seio familiar, pelo fato da pessoa não viver no isolamento. Como sinaliza Mafalda Miranda Barbosa¹⁶ “aquele que erige uma esfera de risco/responsabilidade pondo em causa a vida de uma pessoa, tem de ter aventado a possibilidade da lesão desses terceiros que com a vítima estabelecem uma plena união, porque com a morte daquele, é também uma parte do próprio familiar que se perde irremediavelmente, mesmo tendo em conta o reencontro futuro numa outra forma de vida”.

Aliás, se considerarmos a expressão “luto da família” como relativa exclusivamente ao sentido psicológico de um “processo durante o qual um indivíduo consegue desligar-se progressivamente da perda de um ente querido”,¹⁷ não há razão para nos abstermos de um outro debate, qual seja, o fato de que o sofrimento inerente ao luto pode por vezes gerar um comprometimento psíquico duradouro. Embora estudos empíricos comprovem que a morte inesperada e súbita de um ente querido seja a mais frequente experiência traumática e uma importante questão de saúde pública, por razões desconhecidas não existe responsabilidade civil por acometimentos psiquiátricos causados pela perda repentina da pessoa próxima. Os tribunais ressaltam que a conduta ilícita é uma só, e suas consequências não podem variar de acordo com as particularidades de cada vítima que sofre o dano reflexo ou por ricochete.

Em reforço a este dado, ao contrário do que ocorre no direito alemão, no Brasil não se concede aos familiares do falecido o chamado “dano de choque nervoso”

tivesse sido atingida pelo dano. Ilustrativamente, Recurso Especial n. 1.311.402-SP, de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, Publicada em 7/3/2016.

¹⁶ BARBOSA, Mafalda Miranda. Considerações a propósito dos danos morais reflexos. *Cadernos de Direito Privado*. Jan-Mar 2014, nº 45, p. 3-18.

¹⁷ in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2020, <https://dicionario.priberam.org/luto> consultado em 12-12-2020.

(“*schockschaden*“), que é fruto de uma interpretação elástica dos tribunais sobre o conceito de dano à saúde, contido no §823 do BGB.¹⁸ Ou seja, por aqui não contamos com uma reparação autônoma em favor de familiares que presenciaram o momento da morte e efetivamente sofreram um abalo psíquico pelo evento em si, fato que transcende a perda pelo falecimento do ente querido, igualmente experimentada pelos demais parentes ou pessoas de sua íntima relação. Enfim, em razão do receio quanto à indiscriminada abertura de comportas para múltiplas indenizações por danos consequentes à imediata verificação de um único evento, os tribunais optam por restringir o número de demandantes.¹⁹

Se, ao contrário de outros sistemas,²⁰ é pacífica no Brasil a concessão do dano reflexo extrapatrimonial como decorrência da morte, foge ao escopo deste artigo a amplíssima discussão acerca da legitimação para a percepção da indenização. Dentre as inúmeras fontes de controvérsia poderíamos situar as seguintes: O dano moral para os parentes é *in re ipsa*, ou requer-se a prova da conexão espiritual? Como se dá o concurso entre os parentes do falecido: os mais próximos excluem os mais remotos? Seriam os beneficiados apenas os componentes do estrito grupo familiar ou haveria uma extensão àqueles com quem o falecido mantivesse forte laço afetivo? Como se não fosse bastante, todas essas questões não excluem o árduo enfrentamento da quantificação do dano extrapatrimonial reflexo. Certamente há a opção de intervenção legislativa para a resposta rígida a todas estas indagações.²¹ Nada obstante, na dupla alternativa entre um sistema inflexível e um sistema dúctil de reconhecimento da legitimidade dos lesados indiretamente

¹⁸ Seção 823 - Responsabilidade por danos (1) A pessoa que, intencionalmente ou por negligência, lesar ilegalmente a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a propriedade ou outro direito de outra pessoa é responsável por indenizar a outra parte pelos danos daí decorrentes”.

¹⁹ “É certo que a solução de simplesmente multiplicar o valor que se concebe como razoável pelo número de autores tem a aptidão de tornar a obrigação do causador do dano demasiado extensa e distante de padrões baseados na proporcionalidade e razoabilidade. Por um lado, a solução que pura e simplesmente atribui esse mesmo valor ao grupo, independentemente do número de integrantes, também pode acarretar injustiças. Isso porque, se no primeiro caso o valor global pode se mostrar exorbitante, no segundo o valor individual pode se revelar diluído e se tornar ínfimo, hipóteses opostas que ocorrerão no caso de famílias numerosas. 6. Portanto, em caso de dano moral decorrente de morte de parentes próximos, a indenização deve ser arbitrada de forma global para a família da vítima, não devendo, de regra, ultrapassar o equivalente a quinhentos salários mínimos, podendo, porém, ser acrescido do que bastar para que os quinhões individualmente considerados não sejam diluídos e nem se tornem irrisórios, elevando-se o montante até o dobro daquele valor”(REsp 1127913/RS Relator p/ Acórdão Min. Luis Felipe Salomão 4.T DJe 30/10/2012).

²⁰ O exemplo mais claro a esse respeito é a Alemanha. As disposições do BGB dedicadas a este assunto (§ 844 e segs.) Não preveem indenização por danos não patrimoniais a favor de uma parte indiretamente lesada devido à morte de outro membro da família. A referida norma passou incólume à reforma de 2002.

²¹ Por outro lado, ao contrário de outros ordenamentos, no domínio específico dos acidentes automobilísticos, no Brasil não há um sistema de escalas, que atue como um conjunto de normas convencionalmente estabelecidas para avaliar danos reflexos em que caberia ao legislador indicar, além do montante da indenização, quem são os lesados que podem reclamar o dano morais em caso de morte da vítima.

para reclamar indenizações por danos não patrimoniais por morte, os textos europeus que elaboram princípios gerais para a harmonização do Direito Europeu de Danos sem dúvida optam pelo segundo deles (PETL e DCFR).²²

Uma última observação: tendo em consideração que a justificativa para a indenização é a relação de dependência entre a origem dos danos causados às vítimas secundárias e os causados à vítima primária - vez que os danos reflexos não existiriam se os danos diretos não existissem anteriormente - torna-se fundamental a questão da causalidade, na medida em que a contribuição do comportamento da vítima primária para o dano impactará na extensão da reparação solicitada pelas vítimas secundárias, mediante mitigação proporcional do *quantum* indenizatório.²³

4.2. O dano pré-morte

Superada a aferição dos danos reflexos à morte direcionados aos familiares e em antecedência ao exame do dano-morte diretamente sofrido pela vítima, pretendemos enfrentar uma terceira categoria de danos conexos à morte como fato ilícito: o dano pré-morte, isto é, danos vivenciados pelo *de cuius* antes do passamento.

No direito italiano, em recente caso julgado na *corte di Cassazione* (Sentenza 8580/2019), decidiu-se sobre a morte de um trabalhador que contraiu mesotelioma pleural, devido à inalação de fibras de amianto no trabalho. Nesta oportunidade, negou-se a indenização pelo dano tanatológico, pela falta da própria pessoa a quem a privação do bem se conectava. Porém, a mesma decisão condenou o empregador por outras duas indenizações ao falecido e transmissíveis *jure hereditatis*: o chamado dano biológico terminal (“danno terminale”) – quando a morte ocorre após um período considerável da data do dano - e o dano moral terminal (“danno catastrofale”), consistente no sofrimento da vítima, que convive conscientemente com a iminência do fim da própria vida, no prazo

²² O Artigo 10: 301 (1) PETL estatui que “[...] dano imaterial também pode ser indenizado para aquelas pessoas próximas à vítima de um acidente fatal ou ferimento muito grave.” Por sua vez, o artigo 2: 202 (1) DCFR estabelece que os danos imateriais causados a uma pessoa física devido à morte de outra pessoa constituem um dano juridicamente relevante se, no momento da morte, essa pessoa estava em um relacionamento pessoal particularmente próximo da pessoa falecida.

²³ A art. 8: 101 (2) PETL trata expressamente da incidência da conduta ou atividade concorrente da vítima quando é solicitada indenização em caso de morte, concluindo que tal conduta exclui ou reduz a responsabilidade. Em complemento, o art. 5: 501 DCFR não se refere apenas à culpa concorrente, mas em geral às causas de exoneração que poderiam ter sido alegadas contra o falecido no caso de não ter morrido e que, em virtude disso, estendem-se as pessoas que têm certos direitos após a morte.

entre o ato ilícito e a morte.²⁴ O dano biológico é um dano-consequência à saúde, consistindo nas sequelas debilitantes que caracterizam a real duração da vida do acidentado desde o momento da lesão até a morte. A avaliação da consequência do dano pressupõe que os efeitos prejudiciais realmente ocorreram, sendo necessário, para tanto, que tenha decorrido um “período de tempo apreciável” entre o fato lesivo e o momento da morte. Em contraposição, quanto ao denominado "dano moral" subjetivo denominado "dano catastrófico", consiste no estado de sofrimento espiritual íntimo sofrido pela vítima que testemunha o desenvolvimento progressivo do perecimento de sua própria condição existencial até o fim da vida, demandando a indenização a prova da percepção consciente e lúcida da inevitabilidade do próprio fim.

O dano moral terminal do direito italiano se acerca da figura do *dano intercalar* no direito português, que consiste na conversão económica da dor e angústia sofridas pela vítima durante o período que medeia o fato ilícito e a morte. O dano intercalar seria uma espécie de dano pré-morte que se concretiza nos casos em que a morte é antecedida por um período de clausura hospitalar e dolorosos tratamentos que perspectivam o próprio óbito, causando angústia e medo. O dano que é aqui procurado reparar engloba não só a dor física como a consciência da eminência da morte,²⁵ sendo que a sua valoração tem em conta o tempo decorrido entre o evento e a morte, o estado de consciência da vítima, as circunstâncias de esta ter ou não tido presciência da morte e de ter ou não sofrido dores e a sua intensidade.²⁶

²⁴ *Cassazione Civile, Sez. Lav., 27 marzo 2019, n. 8580 - Morte per mesotelioma pleurico* “A compensação por perda de vida está excluída. Na verdade, falta a pessoa a quem a perda do bem possa estar ligada e, em cujo espólio, o prêmio em questão possa ser adquirido; Porém, aceita-se a reparação, considerando-se transmissível *iure hereditatis*, repartindo-se o dano imaterial nos dois componentes: 1. o dano biológico terminal: entendido como dano biológico decorrente de invalidez temporária absoluta, configurável caso ocorra a morte após um período de tempo considerável desde o dano; 2. Do dano moral terminal “ou catastrófico”, que consiste no sofrimento da vítima que conscientemente atende o fim da própria vida, quando houver prova da existência desse estado de ânimo no termo entre o ato ilícito e a morte, com a aquisição de direito à compensação que pode ser transmitido aos herdeiros”. Extraído em 8.12.2020 de https://olympus.uniurb.it/index.php?option=com_content&view=article&id=20128:cassazione-civile,-sez-lav,-27-marzo-2019,-n-8580-morte-per-mesotelioma-pleurico&catid=16&Itemid=138.

²⁵ Sobre o dano intercalar, em recente Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, fundamentou-se “é pela vida concreta que se está a perder que se mede o dano, que se mede esta consciência da morte, ou seja, independentemente até do medo de morrer, é perceber-se a inelutabilidade da perda de tudo quanto faz parte da vida que a vítima tem, desde o corpo, a vitalidade e a esperança de viver ainda por muitos mais anos, à casa, ao lugar, ao País, à língua, e sobretudo, como é evidente no caso concreto, à companhia e ao amor da família, do marido, dos filhos e dos netos. É a preocupação com o futuro do marido, dela dependente. É, em cinco horas ou num relance, perder tudo” (726/16.7T8CSC.L1-6, Rel. Eduardo Petersen, 7.11.2019).

²⁶ Universidade Católica Portuguesa. *Comentários ao Código Civil. Direito das obrigações*. Lisboa. Universidade Católica Editora, 2018, p. 365.

De um modo geral, o panorama do direito europeu é favorável a indenização do dano pré-morte (dano intercalar)²⁷, com as peculiaridades do “pain and suffering” do direito inglês²⁸.

No Brasil inexistente uma *fattispecie* que materialize uma indenização pelo dano que antecede a morte, compreendendo o sofrimento psicofísico suportado diretamente das lesões sofridas, eventualmente de subseqüentes tratamentos ou intervenções cirúrgicas e ainda, a inexorável angústia sentida com o aproximar do decesso. Creio que podemos fundamentar um modelo próximo ao dano moral terminal com base no art. 943 do Código Civil, que enuncia a transmissão com a herança do direito de exigir reparação. A lógica subjacente a este dispositivo é a de que a morte extingue a personalidade e não o dano consumado em vida, permitindo-se ao espólio ingressar com uma pretensão de reparação pelo “dano terminal”, mesmo que o falecido não tenha tomado essa iniciativa no ocaso de sua existência.

5. O dano-morte como terceira via

Transcendendo as já examinadas situações jurídicas do dano reflexo à morte (aos familiares) e do dano pré-morte – diretamente sofrido pela vítima - haveria espaço para a lapidação da indenização autônoma pelo dano-morte no ordenamento brasileiro? Em linha de princípio, a Constituição Federal do Brasil consagra o princípio da dignidade da pessoa

²⁷ No tocante à reparação dos danos morais gerados pela dor e sofrimento da vítima primária entre o ilícito e a morte, o artigo VI. -2: 202 (2) (a) do DCFR indica como regra geral a transferibilidade *mortis causa* aos herdeiros de tais danos (exceto a renúncia do falecido para reivindicá-los). Por sua vez, os comentários ao art. 10: 301 dos Princípios do Direito Europeu de Responsabilidade Civil (PETL) também consideram que se a morte não for instantânea, os danos não patrimoniais sofridos pelo falecido antes da morte devem ser transmitidos aos herdeiros, mas esclarecem que em qualquer caso isso é uma questão de Direito Processual.

²⁸ Na Inglaterra os herdeiros, regra geral, podem reclamar a indenização pelo “pain and suffering” vivenciados pela vítima antes da morte. Tal conceito de indenização se assemelha à versão do dano moral subjetivo como *pecunia doloris*, agregando a ideia do sofrimento em suas mais diversas variantes, como o medo, a preocupação e a incerteza quanto ao desenvolvimento da lesão, da cura futura etc. No entanto, o “pain and suffering” não será compensado em dois casos: primeiro, se o lapso de tempo entre o ilícito e a morte for muito curto. Em segundo lugar, não haverá compensação se a vítima estiver inconsciente ou em coma até o momento da morte. Isto quer dizer que o período de tempo entre o início da lesão corporal e a morte deve ser longo o suficiente para que um tribunal considere que a vítima sofreu, do ponto de vista jurídico, dano físico pelo qual a dor e o sofrimento possa ser compensado. um curto período de dor consciente, desde que intensa e horrível, pode justificar a reparação do dano. Contudo, os tribunais ingleses também indenizam a perda dos prazeres sofridos pela vítima até o momento da morte (“loss of amenities of life”). Há uma diferença clara com relação à compensação pelo “pain and suffering”. Se a vítima estiver inconsciente ou em coma no período que vai da lesão até a morte, não é concedida à indenização por dor e sofrimento, mas, por outro lado, isso não impede a concessão de indenização aos herdeiros por perda das amenidades da vida.

humana como fundamento de proteção dos direitos da personalidade (art. 1, III, CF/88), enquanto o direito à vida se coloca como premissa necessária para que qualquer pessoa desfrute de sua privacidade, honra, imagem e tenha liberdade para o exercício de suas escolhas patrimoniais e existenciais. Portanto, embora natural, a cessação do ciclo vital jamais poderá ser ilicitamente abreviada por terceiros.²⁹

Relativamente aos danos sofridos pela própria vítima ao ensejo do ilícito que lhe causa a morte, não apenas ignoramos a *fattispecie* do dano pré-morte como desconsideramos o dano-morte como um dano autônomo. Paradoxalmente, não podemos atribuir ao nosso sistema a pecha da disfuncionalidade, pois há quase uma unanimidade no sentido da rejeição à ideia do dano-morte, colocando-se Portugal como uma exceção.³⁰

O art. 496, 2. do Código Civil de Portugal prevê o dano-morte como um dano autônomo, de caráter extrapatrimonial.³¹ Conforme expressa Diogo Leite de Campos: “o dano da morte é um dano de caráter não patrimonial para o próprio; ao facto que deu origem à morte podem ser imputáveis outros danos patrimoniais e não patrimoniais, sofridos pelo falecido; sendo também imputáveis à morte danos para terceiros, de caráter patrimonial e não patrimonial; todos estes danos devem ser indenizados.”³² O que ainda se discute além-mar é se a eventual indenização será buscada por algum herdeiro que compõe um rol especial, ou, se pelo espólio, sendo posteriormente canalizado aos sucessores pela ordem de vocação hereditária.³³

²⁹ CAVALCANTE, Camila. Indenizabilidade do dano morte no Brasil: uma perspectiva acerca da defesa da vida. “Sendo a dignidade humana substrato ético que regula a vida, a cessação do ciclo vital, embora natural, jamais pode ser abreviado por terceiros e, mesmo com estas nuances limitadoras ao pleno reconhecimento do direito à vida, não sobram resistências outras que impossibilitem/limitem a indenizabilidade do dano morte quando provocado por ato ilícito, imputável ao lesante, atendidos os demais pressupostos da responsabilidade civil”. Revista IBERC, v.2, n. 2, p. 1-19, maio-agosto/2019. www.responsabilidadecivil.org.

³⁰ No entanto, os comentários ao artigo VI.-2: 202 (2) do Projeto de Quadro Comum de Referência (DCFR), texto preparado pelo Grupo de Estudos sobre o Código Civil Europeu e pelo Grupo de Investigação sobre Direito Privado da CE (Grupo *Acquis*) e coordenados pela VON BAR & CLIVE em 2009, destacam que o referido preceito, que regulamenta os danos que podem ser indenizados em caso de lesão corporal ou morte, decorre do princípio de que a morte não constitui dano juridicamente relevante pela responsabilidade civil. A vida não tem um valor monetário quantificável que possa ser atribuído pelo direito privado a herdeiros ou sucessores (p. 3227). As notas de Direito Comparado do referido texto indicam que esta tese é comum na grande maioria dos ordenamentos jurídicos, exceto em Portugal (pp. 3229-3230).

³¹ Art. 496, 2. do Código Civil de Portugal: “Por morte da vítima, o direito à indenização por danos não patrimoniais cabe, em conjunto, ao cônjuge não separado de pessoas e bens e aos filhos ou outros descendentes; na falta destes, aos pais ou outros ascendentes; e, por último, aos irmãos ou sobrinhos que os representam”.

³² CAMPOS, Diogo Leite de. *Os danos causados pela morte e sua indenização*. In: Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977. Vol III, Das Obrigações. Coimbra: Coimbra editora, 2007. p.133-137.

³³ A tese da reparabilidade do “dano da morte”, embora discutida pelos tribunais nos primeiros anos de vigência do CC de Portugal, consolidou-se na jurisprudência desde o Ac. STJ 17.3.1971.

No direito espanhol um setor doutrinário preconiza a viabilidade da indenização pelo dano causado pela própria morte, contrariando a tese do Direito romano de que a morte só deve ser questionada pela via penal. Indaga-se se a responsabilidade civil pode continuar a negar qualquer sanção por lesão do mais alto valor conhecido pelo sistema jurídico: a vida humana. Além disso, assinala-se que, atualmente, beneficia-se mais quem priva a vida de uma pessoa do que quem só causa lesões, visto que neste último caso há espaço para reparação à vítima. A isso se somam os argumentos econômicos, uma vez que a falta de valorização suficiente da vida humana impede a adoção de medidas de prevenção de riscos.³⁴

Já na Itália, ao longo do tempo os tribunais fixaram uma compensação autônoma, chamada de “danno tanatologico”, ou “dano pela perda de uma vida”. Esta condenação extrapatrimonial surge na sequência da causação da morte da pessoa, tornando-se parte de sua herança e transmissível aos seus herdeiros. Inicialmente, a figura foi acolhida pela Suprema Corte em uma decisão de 23/1/2014 (n.1361) no conhecido caso “Scarano”.³⁵ Previu-se uma compensação *ex se*, ou seja, a perda do bem da vida, objeto de um direito absoluto e inviolável, seria compensável em sua objetividade. Porém, em uma súbita mudança de rumo, em decisão do ano seguinte (15.350), o mesmo tribunal a rejeitou, As Seções Unidas especificaram que não é reembolsável a perda do bem jurídico vida se a morte ocorrer imediatamente ou após um período muito curto da ofensa, em virtude da ausência daquele a quem possa estar ligada a perda do bem e em cujo patrimônio possa ser

³⁴ GUITIÁN, Alma María Rodríguez. *Indemnización por causa de muerte: Análisis de los ordenamientos jurídicos ingles y español*. Facultad de Derecho. Universidad Autónoma de Madrid; Barcelona, abril de 2015. Porém a autora reconhece que a opinião majoritária é “en contra de que la muerte sea en sí misma un daño moral reparable se encuentran, entre otros, los siguientes: primero, el momento de la producción del daño coincide con la extinción de la personalidad jurídica, de modo que la víctima no llega a adquirir un derecho por la pérdida de la propia vida que ingrese en su patrimonio. Segundo, la privación del bien “vida” va unida a la producción de un daño moral, de modo que sería, al menos discutible, que el derecho a la indemnización por tal daño sea transmisible mortis causa. En tercer lugar, la admisión de la legitimación activa a los herederos para reclamar la reparación del daño moral del fallecido conduciría a entender que la función de la responsabilidad civil es en este caso punitiva, ya que es imposible que aquí se cumpla la función reparadora al no poderse compensar ya a la víctima fallecida”, op. Cit, p. 6.

³⁵ Com a sentença n. 1361/2014 (est. Scarano), o Tribunal de Cassação reconheceu explicitamente pela primeira vez o direito à indemnização por “danos à vida” como tal, ou pelos danos da própria morte da vítima que podem, portanto, ser transmitidos (*iure hereditatis*) para herdeiros, quaisquer que sejam, aos quais deve ser pago o equivalente. Sob este último aspecto, a referida sentença também confirmou a existência da tríade experimentada e testada constituída por preconceitos de natureza existencial, moral e biológica, ainda que não como categoria de dano a si mesmo, mas como aspectos descritivos, ainda que ontologicamente distintos (independentemente da nomenclatura utilizada), dos categoria única de dano imaterial, de acordo com as sentenças gêmeas conhecidas pelas Seções Unidas da *corte di cassazione* em 2008.

adquirido o crédito de indenização, ou em caso de falecimento após pequena lapso de tempo, a falta de utilidade de um espaço de vida muito curto.³⁶

E quanto ao direito brasileiro? Uma resposta provocativa, seria a de que em nosso país saí mais barato matar uma pessoa do que feri-la gravemente. O paradoxo surge ao analisamos os arts. 949 e 950, do Código Civil.^{37 38} Em ambos os casos, defere-se indenização pelos danos provocados à integridade física do lesado que não morreu com o fato danoso, incluída uma pensão atribuída a ele em caso de incapacitação para o trabalho. Esta indenização não afasta eventual dano reflexo em prol de familiares e dependentes econômicos. Soa incongruente que uma lesão que ofenda a integridade corporal acarrete uma indenização, sem que nenhuma referência se faça à uma compensação nos casos extremos em que a lesão física tenha levado à morte.

Todavia, retornando ao *caput* do art. 948 do Código Civil, frisa-se na parte final: “sem excluir outras reparações”. Surge aqui uma abertura para que os tribunais possam admitir a indenização do dano-morte como um dano autônomo nos casos em que o ilícito ceifou a vida da vítima, tendo como fundamento a ofensa corporal que cessou com a morte.³⁹ A tessitura da referida norma também permite que eventual indenização alcance o dano pré-morte.

O dano-morte é um dano a um bem supremo do indivíduo, objeto de um direito absoluto e inviolável garantido primariamente pelo ordenamento jurídico, e, portanto, prescinde da consciência do lesado sobre a sua morte. Ou seja, tanto faz se o fato ilícito

³⁶ CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE SEZIONI UNITE CIVILI: “La negazione di un credito risarcitorio della vittima, trasmissibile agli eredi, per la perdita della vita, seguita immediatamente o a brevissima distanza di tempo dalle lesioni subite, è stata ritenuta contrastante con la coscienza social e alla quale rimorderebbe che la lesione del diritto primario alla vita fosse priva di conseguenze sul piano civilistico (cass.n.1361 del2014),anche perché, secondo un'autorevole dottrina, se la vita è oggetto di un diritto che appartiene al suo titolare, nel momento in cui viene distrutta, viene in considerazione solo come bene meritevole di tutela nell'interesse dell'intera collettività”. http://www.dimt.it/wp-content/uploads/2015/07/Cass.-SS.UU_.danno-tanatologico-n.-15350-2015.pdf.

³⁷ “Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido”.

³⁸ Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

³⁹ No mesmo sentido, sustente Camila Cavalcante que “No diploma cível brasileiro, expressamente, não se percebe, a uma primeira leitura, a possibilidade de compensação pelo decesso de uma pessoa que sofre com uma conduta, omissiva, ou comissiva, a ponto de perder sua vida. Bem assim, pela compreensão atenta do *caput* artigo 948, de onde se extrai, expressamente, “sem excluir outras reparações”, a abertura à indenizabilidade do dano morte como dano autônomo devido ao de cujus, pelo seu falecimento, como um direito próprio, sem excluir a já prevista possibilidade de compensação por danos morais in re ipsa aos familiares do lesado falecido”. Op,cit, p. 16.

acarretou a morte instantaneamente, ou se a vítima sobreviveu por tempo suficiente para pressentir a inexorável chegada da morte.⁴⁰ Exatamente como delimita Menezes Cordeiro⁴¹, não faz sentido existir um direito à vida e não o dotar da competente tutela aquiliana, a ponto de se considerar que a recusa do dano-morte conduz a resultados inaceitáveis “se não houver nenhum dos familiares, não há indenização? Chegar-se ia ao absurdo de ser mais barato matar do que ferir: o agente responsável deve indenizar o lesado ferido, mas se conseguir matá-lo nada paga”.

Recentemente, em caso emblemático envolvendo desastre ambiental em Minas Gerais mundialmente noticiado, o Tribunal Regional do Trabalho da 3. Região reconheceu o modelo jurídico do dano-morte, ressaltando decorrer “da afronta ao patrimônio personalíssimo do trabalhador que teve subtraído o seu bem jurídico mais valioso: a vida, cuja inviolabilidade é protegida pelo artigo 5o, caput, da CR/88, bem como pelo artigo 3o, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, e artigo 4o, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, de 1969”.⁴²

6. O dano-morte para além da Função Compensatória da Responsabilidade civil: *Vindictory damages*

A indenização pelo dano-morte é claramente distinguível da compensação pelo dano da perda da relação destinado ao cônjuge e parentes, assim como de um dano moral "terminal ou catastrófico", ou seja, o dano que consiste no sofrimento da vítima que testemunha claramente a extinção de sua vida, quando houver prova da existência de um estado de consciência no intervalo entre o evento dano e morte, com a consequente aquisição de um pedido de indenização, transmissível aos herdeiros. Assim, o dano-morte só pode ser admitido dentro da *função compensatória* da responsabilidade civil como uma espécie de dano abstrato, isto é, uma exceção ao princípio da irreparabilidade do dano-evento e da reparabilidade exclusiva do dano-consequência, pois a morte tem como consequência o fim de tudo.

⁴⁰ No mesmo sentido, o Artigo 2.º da Convenção Europeia de Direitos Humanos: “1. O direito de qualquer pessoa à vida é protegido pela lei. Ninguém poderá ser intencionalmente privado da vida, salvo em execução de uma sentença capital pronunciada por um tribunal, no caso de o crime ser punido com esta pena pela lei”.

⁴¹ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português* II, Direito das obrigações, Tomo III, p. 516. Coimbra, Almedina, 2010.

⁴² Processo no 0010165-84.2021.5.03.0027 (ROT), Redatora: Paula Oliveira Cantelli. 16/3/2022.

Uma forma de acomodação é a de compreender que em casos de homicídio com morte imediata, o evento fatal coincidiria com a ausência de vida. Se, portanto, o dano-evento e o dano-consequência coincidem, não se trataria mais de uma exceção ao princípio do dano-evento não reembolsável porque, estritamente falando, o dano consequencial está sendo indenizado. Na mesma linha, Mafalda Miranda Barbosa chama a atenção para o fato de que a morte em si mesma – mesmo que instantânea e não precedida por um processo de agonia e não conscientizada – configura um dano cuja repercussão jamais poderá ser aferida, senão em termos aproximados. O Dano pré-morte e o dano reflexo dos familiares são mensuráveis, contudo, o mesmo não se diga do dano existencial que se traduz na supressão da própria vida, “É que, tratando-se da lesão da vida, ela própria coincide com o dano, não sendo necessário ao contrário do que é a regra, procurar determinar quais as repercussões negativas que a violação do direito comporta na esfera do lesado”.⁴³

Apesar do mérito do raciocínio acima exposto, precisamos avançar ainda mais. Em verdade, carecemos de uma linha argumentativa alternativa, diante da postura majoritária dos sistemas jurídicos, qual seja, a de que nos casos em que a morte ocorre no imediatismo do evento lesivo, a responsabilidade civil é ineficiente como remédio destinado ao reequilíbrio da posição patrimonial da vítima, pela ausência física de um sujeito com capacidade legal, que é *conditio sine qua non* para atrair qualquer direito ao seu "patrimônio" (incluindo o direito à compensação pela privação de sua existência). Se falta a pessoa natural, não haverá sequer uma entidade legal capaz de "consolidar" a si mesma e depois transmitir o direito à compensação por uma súbita privação da vida.⁴⁴

Portanto, se não quisermos raciocinar em termos de regra/exceção, parece-nos que a indenização pelo dano-morte não deva ser justificada pela função compensatória da responsabilidade civil, que se tornaria incoerente, diante da impossibilidade lógica de uma condenação pecuniária restituir a vítima falecida ao momento anterior ao ilícito.⁴⁵ Não se

⁴³ BARBOSA, Mafalda Miranda. Considerações a propósito dos danos morais reflexos. Op.cit, p. 3-18.

⁴⁴ No Direito Português, Oliveira Ascensão considera que a compensação “nunca poderia funcionar como equivalente ou compensação para o lesado; por natureza, ele nunca poderia desfrutar desse bem. ASCENSÃO, José Oliveira. *Direito civil Sucessões*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 1989. p. 50. Antunes Varela, afirma: “embora a obrigação de indemnizar assente sobre vários pressupostos, entre os quais figura, em regra, a prática do fato ilícito, não pode esquecer-se que a indemnização é, essencialmente, reparação de um dano (de terceiro). Se e enquanto não houver dano, embora haja fato ilícito, não há obrigação de indemnizar. No caso especial da lesão ou agressão mortal, a morte é um dano que, pela própria natureza das coisas, não se verifica já na esfera jurídica do seu titular.” VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. Vol. I. 10ª ed. Rev. e Atual. Coimbra: Almedina, 2014. p. 611.

⁴⁵ Como se extrai do Art. 10:101. do PETL (*Principles of European Tort Law*) “Indenização é um pagamento em dinheiro para compensar a vítima, ou seja, para restaurá-la, tanto quanto o dinheiro possa, na posição em que se encontraria se o ilícito não fosse cometido”.

trata de dizer que não houve um dano, porém de se reconhecer que no paradigma reparatório, a vítima não sofreu um dano que o ordenamento justifique como compensável.

Também não nos parece que a indenização pelo dano-morte seja justificável como uma sanção punitiva, pois a pena civil requer um comportamento ultrajante por parte do infrator, enquanto o dano-morte se contenta com o ilícito, independentemente da gravidade da culpa.

Creemos que a lacuna legislativa e a própria oscilação quanto ao tema, convidam a doutrina brasileira a visitar uma diferente função da responsabilidade civil, discutida nas jurisdições da “*common law*”, e mais conhecida pelo rótulo de “*vindictory damages*”. Ao contrário da responsabilidade por “negligence” (*tort* primordial no mundo do *common law*), cuja essência reside no dano e em sua compensação - existem Ilícitos acionáveis *per se*, independentemente de danos, fundamentalmente ligados à reivindicação de direitos, que desempenham um papel fundamental na proteção de direitos fundamentais dos indivíduos, seja a liberdade em razão de prisões indevidas, a reputação em caso de difamação, o direito de propriedade protegido contra invasão ou direito a própria integridade psicofísica tutelado contra agressão.⁴⁶

Em outros termos, quando se indaga sobre o propósito da responsabilidade civil na Inglaterra, prevalece o “loss model”, pela qual o demandado será responsabilizado pela causação do dano, exceto se houver uma boa razão em contrário. Contudo, outra explicação – o “rights model” – consiste em que o desiderato da responsabilidade civil é o de tutelar direitos e que as pretensões daí resultantes tendem a vindicar tais direitos, sendo a indenização um meio para tanto, oferecendo uma reparação para a sua violação. Conforme este modelo, na linguagem de Robert Stevens, ao invés de objetivar uma indenização consequential a um dano (*consequential damages*), como compensação pela perda resultante da interferência em um interesse, a função vindicatória propõe uma indenização

⁴⁶ No sistema inglês afirma-se majoritariamente que a privação da vida em si não é um dano moral reparável e, portanto, o direito de exigir indenização não é transferível aos herdeiros. No *common law* tradicional, afirma-se que a morte como resultado de um ato negligente não pode dar origem a uma indenização, no que diz respeito à própria morte, nem em favor do próprio falecido, nem em favor de outras pessoas. Assim, em *Baker v. Bolton*, de 1808 Lord Ellenborough afirma que: ‘the jury could only take into consideration the bruises which the plaintiff had himself sustained, and the loss of his wife’s society, and the distress of mind he had suffered on her account, from the time of the accident till the moment of her dissolution. In a civil Court, the death of a human being could not be complained of as an injury; and in this case the damages, as to the plaintiff’s wife, must stop with the period of her existence’. [1808] EWCC J38, [1808] EWHC KB J92, (1808) 1 Camp 493, 170 ER 1033.

substitutiva (*substitutive damages*) à violação do próprio direito por parte daquele que ofendeu o demandante - quebrando o seu dever perante ele.⁴⁷

Em uma tradução aproximada, a “*indenização reivindicatória*”, não é uma condenação pecuniária que tenha como objetivo compensar danos, dissuadir ilícitos ou punir comportamentos ultrajantes. É algo diferente: trata-se de uma indenização cuja finalidade é a de reivindicar direitos que foram violados, independentemente de suas consequências. Tal como no direito romano – onde surgiu a figura da “*vindicatio*” de tutela à propriedade a despeito de qualquer prejuízo sofrido pelo seu titular -, no dano-morte a pretensão exercida contra o réu atua como um substitutivo para a violação ao direito. Isto é, ao se exigir que o autor do homicídio não apenas pague uma importância X pelos danos infringidos aos parentes do falecido (de natureza compensatória), mas que também seja condenado a uma soma y, por abreviar uma vida, a sentença se afasta do princípio da “*restitutio in integro*” e passa a exprimir o elemento moral do ordenamento jurídico.

Endossar a vindicação na responsabilidade civil não significa rejeitar a sua função compensatória. As duas funções coexistem. Todavia, *vindictory damages* atuam quando em certas circunstâncias a função primária da *tort law* se distancia da recuperação de danos por uma perda factual, passando a exprimir a reação do sistema a uma interferência ilícita diante de um interesse protegido. Como explica o mais proeminente autor no campo dos *vindictory damages*, Jason Varuhas: “Para ilícitos onde a vindicação de direitos é a função primária, a indenização é deferida pelo fato da interferência indevida sobre o interesse protegido de *per se*. Esta indenização compensa por um dano que é “normativo” por natureza, objetivamente avaliado, e deferido ao demandante independente de seu sofrimento ou qualquer impacto psicológico negativo, ou mesmo efeitos econômicos decorrentes do ilícito”.⁴⁸

Ao contrário de indenizações por perdas materiais (*factual loss*), a indenização normativa compreende um dano construído abstratamente no mundo jurídico, sem correlação com os efeitos sentidos no mundo real. Desta maneira, a condenação sinaliza de forma tangível que o comportamento do réu foi um ilícito perante o falecido e que, ao

⁴⁷ STEVENS, Robert. *Tort and rights*. Oxford: Oxford University Press, 2007. “The award is not intended to attempt to undo the wrong but rather to make it clear to the world, or more precisely to the two parties, that the wrong was a wrong and should never have happened”.

⁴⁸ VARUHAS, Jason. *The Concept of 'Vindication' in the Law of Torts: Rights, Interests and Damages*. Oxford Journal of Legal Studies, Volume 34, Issue 2, Summer 2014, Pages 253–293, <https://doi.org/10.1093/ojls/gqt036>.

mesmo tempo, o direito à vida não é apenas algo a ser exercido pelo “*de cuius*”, porém um direito fundamental que se afirma abstratamente contra qualquer um em sociedade e, concretamente, contra aquele ofensor que a ceifou por um ato antijurídico.⁴⁹

Enfim, surge uma excelente oportunidade de alargar as funções da responsabilidade civil, pela autonomização da finalidade de vindicação de direitos, perante a tradicional reparação de danos patrimoniais e extrapatrimoniais. Até mesmo, pela própria complexidade do dano-morte, que simultaneamente apresenta aspectos existenciais e patrimoniais. Ao invés de corrigirmos as consequências do ilícito, retifica-se o próprio ato ilícito por uma indenização, a despeito do que teria acontecido se o ilícito não fosse produzido. No que tange ao dano-morte, independentemente de qualquer repercussão moral ou econômica na esfera de terceiros, o ilícito de abreviar a vida de alguém é uma violação a integridade psicofísica da própria vítima, por parte de quem intencionalmente ou não, omitiu o dever geral de cuidado, sendo a sua conduta a causa adequada para o abrupto decesso da vítima. Neste contexto a indenização pelo dano-morte transmite a importante mensagem de reforço do dever moral de preservação da vida humana.

Podemos traçar um paralelo na função vindicatória da indenização, pela simetria entre o fim e o início da vida. De forma análoga ao dano-morte, na “*wrongful conception*”, também vislumbramos fundamento para uma indenização reivindicatória. Basta pensarmos na condenação de um médico a uma obrigação de indenizar por *mala praxis*, ou seja, a violação da *leges artis* por uma conduta negligente em processo de esterilização que acarretou gravidez e nascimento indesejado de filho. A indenização representará o reconhecimento da violação de um direito, a par de qualquer consequência negativa. A final, cogitar a vida de um filho como um dano em si ou uma fonte de danos, é uma ideia ruim e contradiz a própria intangibilidade da dignidade humana.⁵⁰

É compreensível e aceitável que os pais sejam indenizados por despesas adicionais que terão pela criação do filho. Para além do mencionado dano patrimonial, é defensável

⁴⁹ James Edelman aponta precisamente que “The conflict is between one model, historically dominant, which sees the wrong – i.e. the violation of a right – as transparent in itself, the law looking to its factual consequences in order to compensate them, and an alternative model, increasingly influential in an age saturated with the language of rights, which sees the wrong itself as the compensable injury suffered by the claimant.” In, *Vindictory Damages*. TC Beirne School of Law conference 'Private Law in the 21st century' Stamford Plaza Hotel, Brisbane 15 December 2015.

⁵⁰ Justamente pelo fato de que a indenização pelo dano-morte transmite a importante mensagem de reforço do dever moral de preservação da vida humana, podemos avançar ainda mais e indagar: e o dano morte do nascituro? Atualmente, a interrupção antijurídica da vida do nascituro é reconhecida como dano reflexo em favor dos progenitores, porém se a indenização pelo dano morte for reconhecida para os já nascidos, em um segundo momento a discussão fatalmente abarcará os ainda não nascidos, porém já nidados no útero.

que sejam os pais compensados pelo dano da privação de sua autonomia, como oportunidade perdida de viver sua vida da maneira que se desejou e planejou. Percebam: “perda da autonomia” não é uma perda no sentido consequencial. O nascimento de uma criança, não obstante uma fracassada tentativa de esterilização de um dos pais, não é idealmente uma consequência adversa. Portanto, uma indenização pela privação da autodeterminação dos pais atua como um substitutivo à violação ao seu direito fundamental ao planejamento familiar. Se um filho vem ao mundo por uma falha em um método anticonceptivo, proporcionando um impacto maravilhoso sobre a vida da família, subsiste o direito dos genitores à uma indenização, posto privados de sua liberdade de escolha. Se compararmos o mundo como ele é agora, com o mundo como deveria estar, ausente o ilícito, posso não estar pior, mas ainda assim posso reivindicar os meus direitos.

No julgamento da Suprema Corte da Inglaterra do caso *Rees V Darlington Memorial Hospital*, a demandante, Karina Rees, pessoa com deficiência visual gravíssima, submeteu-se à esterilização pois temia dificuldades adicionais em exercer o papel de mãe. Contudo o procedimento foi negligente e tempos depois ela teve um filho, que nasceu saudável. Na decisão que concedeu a indenização, *Lord Bingham* descreveu que a sua finalidade não se pretende compensatória pelos custos de criação de um filho indesejado, por não se tratar de um produto de um cálculo decorrente de um filho como um dano. Porém não se trataria meramente de uma indenização nominal (*nominal damages*), como uma condenação irrisória. Pelo contrário, a indenização deve proporcionar alguma medida de reconhecimento pelo ilícito à autonomia reprodutiva dos demandantes em todo o espectro de casos de gravidez indevida.⁵¹ O mérito deste precedente foi de reconhecer que o ilícito praticado contra os pais resultou em uma condenação a uma indenização substitutiva ao direito violado por interferência indevida, ao invés de danos consequenciais por se considerar o nascimento como um “defeito”.⁵²

7. A quantificação do dano-morte

⁵¹ House of Lords, SESSION 2002-03 [2003] UKHL 52. REES V DARLINGTON MEMORIAL HOSPITAL NHS TRUST: HL 16 OCT 2003. No julgamento, Lord Millet frisou o seguinte aspecto: “I still regard the proper outcome in all these cases is to award the parents a modest conventional sum by way of general damages, not for the birth of the child, but for the denial of an important aspect of their personal autonomy, viz the right to limit the size of their family. This is an important aspect of human dignity, which is increasingly being regarded as an important human right which should be protected by law. The loss of this right is not an abstract or theoretical one”.

⁵² Mulligan, Andrea. *A vindicatory approach to tortious liability for mistakes in assisted human reproduction*. *Legal studies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020, p. 64.

Deve ser ponderada a específica natureza do dano sofrido para fins de quantificação, seja na valoração do sofrimento que antecede a morte (dano pré-morte), do dano reflexo dos familiares da vítima, como do dano da perda da vida. Especificamente no tocante à indenização pelo dano-morte, caso respaldada em nossos tribunais, seja na visão consequentialista da compensação de um dano, seja na alternativa de um ilícito indenizável como reação à violação de um direito, necessariamente o próximo passo será a avaliação quanto à extensão desta indenização. No dito popular, quando resolvemos um problema, sempre surge uma família de novos problemas. O debate quanto à quantificação de uma eventual indenização é tão importante quanto o próprio reconhecimento do dano morte, haja vista que se mantido o padrão nacional de condenações por valores irrisórios, na prática qualquer indenização corresponderá a uma não indenização.⁵³

O primeiro passo consistirá em compreender que a busca pelo atendimento ao princípio da reparação integral por vezes demandará três indenizações autônomas: a) o dano moral por direito próprio de cada ente familiar; b) o dano pelo direito à vida da vítima (dano-morte); c) eventualmente, o dano pelos sofrimentos da vítima no período que mediou entre o ato ilícito e a morte.

O primeiro aspecto que precisa ser considerado no âmbito do dano-morte é que o prejuízo que dá origem à indenização foi sofrido pelo falecido e não pelos herdeiros, logo, o valor deverá ser unitário, independentemente da quantidade de herdeiros com direito à partilha. Quanto ao valor monetário, está muito claro que deverá ser bem superior ao valor fixado para a compensação de outros prejuízos extrapatrimoniais, já que a vida, como destacado, é o principal bem imaterial de que o ser humano é dotado.⁵⁴

Justamente por se tratar o dano morte de uma resposta a um ilícito que abrevia o ciclo vital de uma pessoa concreta, em suas circunstâncias, cada sentença alcançará um “quantum” conforme o grau de interferência ao direito à vida: com relação à vítima, fatores

⁵³ Supremo Tribunal de Justiça – Portugal- 6/15.5T8VFR.P1.S1 – 3.11.2016: “V - A reparação do dano morte é hoje inquestionável na jurisprudência, situando-se, em regra e com algumas oscilações, entre os € 50 000,00 e € 80 000,00, indo mesmo alguns dos mais recentes arestos a €100 000,00. VI - Ponderadas a idade da vítima (52 anos) e as circunstâncias em que ocorreu o acidente (sem qualquer culpa sua), considera-se ajustada, equilibrada e adequada a indemnização de €60 000,00, a título de dano morte. VII - Essa indemnização é atribuída, em bloco, às pessoas a quem cabe, nos termos do art.º 496º, n.º 2, do Cód. Civil, e repartida entre elas, mesmo que relativamente a alguma destas haja que operar redução, nos termos do art.º 570º, n.º 1, do Cód. Civil. VIII - A redução daí resultante deve repercutir-se na quota ou quinhão dos restantes titulares da indemnização.

⁵⁴ PINTO JÚNIOR, Amaury Rodrigues, O dano morte. a existência jurídica do “pretium mortis”. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região*.

preponderantes serão a idade, condição de saúde, esperança de vida futura, atividade por ela desenvolvida, além de condições pessoais e familiares. Por certo, na consideração quanto à própria existência do dano-morte, inviável a sua recusa pela iminência da morte face à idade avançada da vítima, conforme uma escala de longevidade dentro da abstração da esperança média de vida de um certo país. A condição humana não pode ser reificada pela estatística. Eventualmente, se o contexto fático aponta que a vítima não era dotada de vitalidade psicofísica - por redução de capacidade de entendimento e de gestão da sua vida e de sua família – estamos no terreno da mitigação da extensão da indenização.⁵⁵

Ademais, ao enfrentar-se o dano-morte por um viés vindicatório e não compensatório de danos, abre-se caminho para investigação da extensão da culpa do demandado na busca por um *quantum* adequado, algo que seria despiciendo em nível de pura função reparatória (art. 944, CC). Destarte, um ilícito intencional que ceifa uma vida repercutirá em uma indenização maior do que um ilícito culposo, resultante de uma negligência ou desídia, como comumente ocorre nos ilícitos de trânsito.

Em nível de políticas públicas, este debate quanto à quantificação de uma eventual indenização é tão importante quanto o próprio reconhecimento do dano morte, haja vista que se mantido o padrão nacional de condenações por valores irrisórios, na prática qualquer indenização corresponderá a uma não indenização.

A final, em um país em que as estatísticas de homicídio demonstram o desvalor da existência humana, o acolhimento de uma reivindicação de dano morte por um “arremedo monetário”, apenas confirmaria na esfera cível o “descrédito” que o mais importante dos bens jurídicos já recebe como resposta na esfera criminal.

8. Conclusão

Em seu plano eficaz, eventualmente o fato jurídico morte produzirá consequências no plano da responsabilidade aquiliana como fato ilícito danoso pluriofensivo. Familiares próximos sofrem danos reflexos patrimoniais e extrapatrimoniais, sem que tais danos indiretos, impeçam a compensação *mortis causa* pela

⁵⁵ Não existe uniformidade de critérios. Segundo Diogo Leite de Campos, sendo a vida um valor absoluto e o prejuízo de sua perda igual para qualquer pessoa, o valor da indenização pelo dano morte não deve depender da idade, condição sociocultural, estado de saúde ou de outra circunstância atinente à vítima. Op. cit, 2007, p. 135.

via hereditária, dos danos sofridos pelo próprio *de cuius*, seja pelo sofrimento e dor no período que mediou o ilícito e a morte, como pelo dano pela perda vida, o dano-morte.

Referências Bibliográficas

ASCENSÃO, José Oliveira. *Direito civil sucessões*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra, 1989.

BARBOSA, Mafalda Miranda. Considerações a propósito dos danos morais reflexos. *Cadernos de Direito Privado*. Jan-Mar 2014, n. 45, p. 3-18.

CAVALCANTE, Camila. Indenizabilidade do dano morte no Brasil: uma perspectiva acerca da defesa da vida. *Revista IBERC*, v.2, n. 2, p. 1-19, maio-agosto/2019. www.responsabilidadecivil.org.

CAMPOS, Diogo Leite de. Os danos causados pela morte e sua indenização. In: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977. Vol. III, das Obrigações*. Coimbra: Coimbra, 2007.

EDELMAN, James. In, Vindictory Damages. TC Beirne School of Law conference 'Private Law in the 21st century', Stamford Plaza Hotel, Brisbane 15 December 2015.

GUITIÁN, Alma María Rodríguez. *Indemnización por causa de muerte: Análisis de los ordenamientos jurídicos ingles y español*. Facultad de Derecho. Universidad Autónoma de Madrid, Barcelona, abril de 2015.

MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português II, Direito das obrigações, Tomo III*. Coimbra: Almedina, 2010.

MULLIGAN, Andrea. *A vindictory approach to tortious liability for mistakes in assisted human reproduction. Legal studies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.

PINTO JÚNIOR, Amaury Rodrigues, O dano morte. a existência jurídica do “pretium mortis”. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região*.

STEVENS, Robert. *Tort and rights*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

VARUHAS, Jason. The Concept of 'Vindication' in the Law of Torts: Rights, Interests and Damages. *Oxford Journal of Legal Studies*, Volume 34, Issue 2, Summer 2014, Pages 253–293, <https://doi.org/10.1093/ojls/gqt036>.

VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral. Vol. I*, 10ª ed. Rev. e Atual. Coimbra: Almedina, 2014.

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA. *Comentários ao Código Civil. Direito das obrigações*. Lisboa. Universidade Católica Editora, 2018.

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO: UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE BRASIL E PORTUGAL

Paula Verônica Rodrigues Brandão

Sumário: 1. Introdução; 2. Abandono afetivo; 2.1. Abandono afetivo no Brasil; 2.2. O Abandono afetivo e o Projeto de Lei n. 4.294/2008; 2.3. Abandono afetivo em Portugal; 3. Responsabilidade civil x Resp n° 1.159.242 - SP (2009/0193701-9); 4. Conclusão; Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

A família é a primeira instituição social com a qual a criança entra em contato. É nela que a criança e o adolescente aprendem a acolher e se sentem acolhidos, aprendem a amar e são amados. Mas será que as coisas funcionam sempre assim? E quando esse acolhimento e amor não acontecem, o que fazer? Essa negativa há algum respaldo jurídico na tentativa de reparar o dano causado aquele que foi privado do afeto de pai ou mãe ou responsável na infância ou na adolescência, quando, ainda, se encontrava sob o poder familiar?

Esses são questionamentos que muitas pessoas fazem ao longo da vida seja por terem sido abandonadas, seja por curiosidade sobre a temática. Assim sendo, essa pesquisa justifica-se por sua relevância social, dada a necessidade que a sociedade tem em entender o abandono afetivo, suas consequências jurídicas e a necessidade de compensar o filho com a reparação dos prejuízos pelos danos psicológicos sofridos.

Além das indagações acima mencionadas, o trabalho mostra-se relevante para o aprofundamento acerca dos estudos do abandono afetivo. As contribuições desta pesquisa podem ampliar debates e enriquecer a produção de novos saberes e reflexões.

Também, há a importância social desta produção, uma vez que poderá servir de meio de consulta para a sociedade quando surgirem dúvidas acerca da temática, pois sabe-se que, apesar de a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) presumir

que todos os brasileiros conhecem o ordenamento jurídico brasileiro integralmente, muitas pessoas possuem dificuldades e sequer conhecem seus direitos básicos, podendo, desse modo, tomar conhecimento acerca das transformações ocorridas no instituto da responsabilidade civil para atender às necessidades sociais, que se manifestam cotidianamente nas relações obrigacionais existentes entre pais e filhos.

Exposto isso, delimita-se o tema aqui tratado para uma análise comparativa entre como se dá a responsabilidade civil por abandono afetivo no Brasil e como isso ocorre em Portugal, sendo que sobre o Brasil será usado como base o acórdão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) - RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9).

Além disso, o trabalho tem como objetivo geral analisar comparativamente a responsabilidade civil por abandono afetivo no Brasil e em Portugal. Como objetivos específicos podem ser citados: conceituar abandono afetivo; explicar como ocorreu a responsabilidade civil por abandono afetivo no RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9) do STJ e expor as principais diferenças entre Brasil e Portugal em relação à temática.

Desse modo, percebe-se que a pergunta norteadora desta pesquisa é: até que ponto a responsabilidade civil por abandono afetivo no Brasil difere dessa responsabilização em Portugal?

2 ABANDONO AFETIVO

2.1 Abandono afetivo no Brasil

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) dispõe, no artigo 227, que o dever de cuidar, criar e proporcionar à criança uma convivência familiar cabe aos pais, assim como é dever deles preservar seus filhos de situações de negligência, violência, dentre outras. Ressalta-se que esse dever também se encontra previsto no art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (BRASIL, 1990). Sobre isso, necessárias são as colocações de Madaleno:

Dentre os inescusáveis deveres paternos figura o de assistência moral, psíquica e afetiva, e quando os pais ou apenas um deles deixa de exercitar o verdadeiro e mais sublime de todos os sentidos da paternidade, respeitante à interação do convívio e entrosamento entre pai e filho, principalmente quando os pais são separados, ou nas hipóteses de famílias monoparentais, em que um dos ascendentes não assume a relação fática de genitor, preferindo deixar o filho no

mais completo abandono, sem exercer o dever de cuidado que tem em relação à sua prole [...] ”; diante do descuido em situações de dependência e carência, o abandono certamente afeta a higidez psíquica do descendente rejeitado (MADALENO, 2018, p. 189).

Segundo PEREIRA (2018), por sua vez, é nítida a importância da família para o pleno desenvolvimento dos filhos menores, sendo os pais os protagonistas e essenciais para que os filhos alcancem uma vida adulta plena e equilibrada, assim como são os pais os responsáveis pela constituição da família, da sua prole e devem contribuir em igualdade de condições com a educação dos filhos, sendo os pais, portanto, o parâmetro para as vidas de atuais e futuras gerações.

Logo, pode-se pontuar que abandono afetivo acontece quando os pais são negligentes com os filhos, não dando aos mesmos afeto, bem como não asseguram os deveres estabelecidos no artigo 227 da Constituição Federal. “A construção familiar ocorre constantemente pela interação afetiva entre os indivíduos, desta forma a construção de lares se dá por meio do amor parental” (PEREIRA, 2018, p. 21).

Com relação ao afeto é interessante destacar as colocações de MADALENO, o autor pontua que o afeto é como mola que propulsiona a afinidade familiar e as relações entre as pessoas que se movem pelo amor e pelo sentimento, isso para, no fim de tudo, fornecer sentido e dignidade ao existir humano. Além disso, ainda segundo o autor, o afeto deve ser fator presente nos laços familiares, alternando-se em intensidade e nas características específicas de cada caso. Como também, os vínculos de sangue não são superiores aos afetivos, podendo até mesmo acontecer de esses prevalecerem sobre aqueles.

O afeto decorre da liberdade que todo indivíduo deve ter de afeiçoar-se um a outro, decorre das relações de convivência do casal entre si e destes para com seus filhos, entre os parentes, como está presente em outras categorias familiares, não sendo o casamento a única entidade familiar. (MADALENO, 2018, p. 145).

Salienta-se, ainda, que a afetividade é consagrada no direito de família como um princípio. “Este princípio atua de forma oculta na legislação vigente por meio de adjetivos como a proteção e cuidado que indiretamente é designado por afeto” (PEREIRA, 2018, p. 21).

Acrescente-se que “não restam dúvidas de que a afetividade constitui um código forte no Direito Contemporâneo, gerando alterações profundas na forma de se pensar a família brasileira” (TARTUCE, 2017, p. 28).

É interessante mencionar que em virtude do princípio da afetividade referir-se à proteção e cuidado, acaba que este princípio rege o direito de família. Sobre isso pontua-se que:

O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família. Também tem um viés externo, entre as famílias, pondo humanidade em cada família, compondo, no dizer de Sérgio Resende de Barros, a família humana universal, cujo lar é a aldeia global, cuja base é o globo terrestre, mas cuja origem sempre será, como sempre foi, a família (DIAS, 2009, 33 apud PEREIRA, 2018, p. 21).

Desse modo, sabendo que o afeto é o cerne das relações familiares, a sua ausência, isto é, o abandono afetivo traz inúmeras consequências para o ser abandonado, uma vez que uma pessoa educada em um ambiente harmonioso e afetivo consegue conviver com facilidade em qualquer grupo, o contrário do que ocorre com quem não tem essa criação com afeto, o que faz com que se perceba que crianças que crescem sem afeto de um ou ambos os genitores sofrem prejuízos na vida e na sua identidade como indivíduo (PEREIRA, 2018).

A ausência da convivência familiar e do afeto acarreta danos ao filho que podem ser vistos no baixo desempenho escolar, o receio de relacionar-se com outros indivíduos, sendo que esta ausência pode até mesmo tornar o filho deprimido ou revoltado. (PEREIRA, 2018).

Outras consequências ocasionadas pelo abandono afetivo são o consumo excessivo de álcool na adolescência “que é a porta aberta para o consumo de outras drogas, e com isso perante a sociedade apresentam comportamentos agressivos, tudo isso evidencia ainda mais os danos que a ausência de estrutura familiar causa aos seus membros” (PEREIRA, 2018, p. 41).

Acrescente-se, ainda que, comumente o ausente é o pai e que essa ausência na vida do filho pode acarretar-lhe prejuízos no desenvolvimento emocional, cognitivo e comportamental, sendo que esses prejuízos podem ser percebidos através de problemas na escola, em relacionamentos, em baixo autoestima ou na sensação de estar perdendo a chance de ser feliz por completo (SOUZA, 2010 apud NEVES, 2021).

2.2. O Abando afetivo e o Projeto de Lei n. 4.294/2008

No Brasil não existe dispositivo legal exposto tratando da indenização por

abandono afetivo, um dos seus fundamentos legais usados na reparação do dano em caso de abandono afetivo é o art. 227 da Constituição Federal bem como o art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), que atribui aos pais e responsáveis o dever geral de cuidado, criação e convivência familiar de seus filhos, bem como de preservá-los de negligências, discriminação, violência, entre outros, permitindo responder judicialmente por terem causados danos morais aos próprios filhos. Contudo mudanças na legislação estão a caminho como o Projeto de Lei 4.294/2008, de autoria do ex-deputado Carlos Bezerra do Mato Grosso.

O projeto de lei acrescenta o parágrafo no artigo 1.632 da lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil e ao art. 3º da lei nº. 10.741, de 1º de outubro de 2003 – Estatuto do Idoso – estabelece a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo tanto para os pais como para os filhos, no caso de idosos. O projeto de lei visa trazer questões éticas ao envolvimento familiar, que deveriam existir no consciente e inconsciente de todo o ser humano, uma vez que as obrigações entre pais e filhos não se resumem, apenas, a auxílio material, mas também em auxílio moral, com a prestação de apoio, afeto, e atenção mínimas indispensáveis ao desenvolvimento da personalidade dos filhos.

2.3 Abandono afetivo em Portugal

Assim como ocorre no Brasil, em Portugal a questão do abandono afetivo também é discutida. A par disso, para COELHO e OLIVEIRA (2016), existem ramos no direito privado, sendo o Direito da Família um deles e onde prevalece a imperatividade das normas, as quais, além de regular as relações de família e as que o Estado visa resguardar, não podem ser abdicadas pelos particulares.

Ademais, segundo MAIOR (2019, p. 10):

E desta questão não podemos dissociar uma outra, que importa desde já ter em consideração: visto no seu sentido amplo, o Direito da Família alberga, por um lado, o Direito Civil (Direito da Família em sentido restrito, que compreende as normas do livro IV do CCiv, bem como legislação avulsa e complementar) e, por outro, o Direito não civil (abrangendo este as restantes normas noutros domínios do Direito, como o Direito do Trabalho [atenda-se aqui, por exemplo, ao art. 59.º n.º2 al. c) da CRP, relativo à “proteção do trabalho das mulheres, durante a gravidez” e, ainda, à Subsecção IV da Secção III do Capítulo I do Título II do Livro I do Código do Trabalho relativo à “Parentalidade”], o Direito Penal [compreendendo, nomeadamente, as normas da Secção I do Capítulo I do

Título IV da parte especial do Código Penal], o Direito Fiscal [leia-se a al. f) do n.º 2 do art. 67.º da CRP atinente à regulação dos “impostos e benefícios sociais, de harmonia com os encargos familiares” e, por outro lado o n.º 1 do art. 104.º que versa sobre “as necessidades e os rendimentos do agregado familiar”] e, por fim, o Direito da Função Pública e da Segurança Social [refira-se, a título exemplificativo, o art. 23.º n.º 1 e n.º 3 da Lei n.º 103/2009, de 11 de Setembro, relativo ao Regime Jurídico do Apadrinhamento Civil, que retrata uma igualdade de benefícios de prestações sociais entre “pais e filhos” e “padrinhos e afilhado”]).

Além disso, salienta-se nesta pesquisa que a Constituição de Portugal é assertiva ao tratar do dever de cuidado dos pais para com os filhos, citando em diversos artigos sobre essa obrigação, tais como o artigo 36 que dispõe do seguinte: “art. 36 (...) 5. Os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos”.

Interpretando-se tal dispositivo, pode-se entender que a manutenção dos filhos significa assistência material e emocional, logo os genitores possuem a obrigação de dar afeto e amparo aos filhos material e afetivamente, bem como pode se inferir da leitura que, se há o dever de cuidado, quando descumprido, sanções podem ser impostas.

Diante disso, até que ponto o afeto é um sentimento, um valor? Quando o referido passa a ser um dever?

O afeto sob o enfoque jurídico não deve ser interpretado como sendo apenas o sentimento de amor. A afetividade, para o Direito, não se confunde com o afeto como facto psicológico, de modo que a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos [...] ainda que haja desamor ou desafeição entre eles (GOMES, 2011, p. 302).

Entretanto, apesar de o ordenamento jurídico português abordar esse dever de cuidado dos pais para com os filhos, falta em tal ordenamento disposição expressa acerca de afeto. Mas, embora o Código Civil português não traga o termo “afeto” de forma direta e explícita, tal análise mergulha-se em diversos preceitos legais desse país europeu.

A respeito da temática, o CC de Portugal trata sobre os efeitos da filiação no artigo 1874, que explicita os deveres de filhos e genitores, mostrando, intrinsecamente, que tais deveres não são apenas materiais, mas também imateriais, isto é, também de afeto.

É preciso mencionar-se, ainda, que no referido Código, precisamente no artigo 1906, trata-se das responsabilidades dos pais no caso de divórcio, separação de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação de casamento, a proteção do direito de visitas pelo progenitor com quem a criança não more, estabelecendo-se uma relação de afeto entre

ambos. Assim parece que o legislador preocupou-se em regular o direito de visitas, bem como em manter uma relação de proximidade e convivência afetiva entre a criança e o genitor com quem não more; desse modo é fácil de se depreender à consideração do afeto como elemento constitutivo das relações parentais (MAIOR 2019).

Na Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo (LPCJP) foi dada, também, relevância jurídica ao afeto, considerando-se como estando em perigo a criança que não receba o afeto necessário e adequado (art. 3º) e reforçando-se “a continuidade de relações de afeto de qualidade e significativas” (art. 4.º), fazendo, assim, com que seja dever dos pais atuarem e isso de modo a fornecer um ambiente equilibrado e afetivo para o filho. É nítida, novamente, a necessidade que o legislador teve em atribuir um viés jurídico ao afeto, podendo entender o afeto como um dever jurídico, sendo a sua violação reprovável não apenas no campo da moral, mas censurada, também, pelo Direito.

Saliente-se, oportunamente, que dever jurídico é todo comportamento imposto pelo Direito, sendo seu descumprimento assistido pela coercitividade, característica essencial da disciplina jurídico-legal (MAIOR 2019). Por sua vez, para Mota Pinto e Pinto Monteiro (2005, p. 182), um dever jurídico é um “dever de facere ou de non facere”, sendo a “necessidade de realizar o comportamento a que tem direito o titular ativo da relação jurídica”. Sendo assim, pode-se entender que o afeto dado à criança é um dever jurídico que deve ser cumprido pelos pais, independente da existência ou não de uma sociedade conjugal ou união fática, não sendo exonerados das funções parentais. No entanto, a ausência injustificada de um dos pais apta a levar a reparação por abandono afetivo não existe em *in re ipsa*, sendo necessária a comprovação dos prejuízos sofridos pelo filho abandonado pelo genitor, ou seja, o filho terá que comprovar os danos causados pelo abandono afetivo e a gravidade.

Nesse sentido, não basta a comprovação da existência de um abandono parental. O filho deve comprovar que nele se produziram danos advindos daquele, bem como a gravidade dos mesmos. O mero aborrecimento ou a tristeza com lembranças de um progenitor negligente não gera, por si só, o dever de indenizar. (FIALHO, 2014, p. 47).

3 RESPONSABILIDADE CIVIL X RESP Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)

Neste tópico será tratado acerca da responsabilidade civil por abandono afetivo no Brasil, tendo como base o Recurso Especial nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9) do

Superior Tribunal de Justiça, trazendo o dano causado pelo abandono afetivo como dano moral presumido, bastando que o filho prejudicado demonstre, apenas, o ilícito causado pelo genitor, não havendo necessidade comprovar a violação dos direitos da personalidade.

A palavra “responsabilidade” deriva do latim *respondere*, que encerra a ideia de segurança ou garantia da restituição ou compensação do bem sacrificado. Potanto, a acepção da palavra, corresponde ao raciocínio de recomposição, de obrigação de restituir ou ressarcir. (GONÇALVES, 2019).

Dado que os pressupostos da responsabilidade civil sejam preenchidos, geram a obrigação de indenizar. Tais pressupostos tem repercussão no estudo detalhado da responsabilidade civil, pois fomenta a busca de garantir a recompensação daquele que sofreu a perda ou o dano, não é apenas uma justificativa para se indenizar.

O instituto da responsabilidade civil é assunto formativo do direito obrigacional, pois quando há a prática de um ato lesivo ao direito, por exemplo, um ato ilícito, a responsabilidade civil é uma obrigação que nasce para o autor dos atos possa recuperar ou reparar o dano, sendo obrigação de natureza pessoal, podendo ser convertida em indenização de perdas e danos. (GONÇALVES, 2019).

Costuma-se conceituar a “obrigação” como “o vínculo jurídico que confere ao credor o direito de exigir do devedor o cumprimento de determinada prestação”. A qualidade primordial da obrigação faz referência ao direito conferido ao credor de exigir o adimplemento da prestação. Sendo assim, afeta as propriedades do devedor, assim como seu patrimônio pode responder pela obrigações decorrentes de um dano causado por falta de responsabilidade civil ou da falta de um cumprimento de obrigação. Quando não ocorre o cumprimento da obrigação, surge a responsabilidade, logo, obrigação e responsabilidade não se confundem. Podemos dizer que “a responsabilidade é a consequência jurídica patrimonial do descumprimento da relação obrigacional.” (GONÇALVES, 2019).

Obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro. Se alguém se compromete a prestar serviços profissionais a outrem, assume uma obrigação, um dever jurídico originário. Se não cumprir a obrigação (deixar de prestar os serviços), violará o dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade, o dever de compor o prejuízo causado pelo não cumprimento da obrigação (GONÇALVES, 2019).

Responsabilidade civil surge para recomposição de um dano causado pela quebra de um dever jurídico originário, é um dever jurídico sucessivo, pois aparece após a maculação do dever jurídico originário. Consequentemente, qualquer conduta humana que viole o dever jurídico originário, pode causar prejuízo a outro, é fonte de responsabilidade civil (CAVALIERI, 2009).

3.1 Requisitos do dever de indenizar

O Código Civil de 2002 dedicou dois capítulos à “obrigação de indenizar” e à “indenização”, sob o título “Da Responsabilidade Civil”.

No art. 927, depois de estabelecer, no caput, que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo”, dispõe, no parágrafo único:

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

Pressupõe o art. 186 do Código Civil o elemento imputabilidade, ou seja, a existência, no agente, da livre-determinação de vontade. Para que alguém pratique um ato ilícito e seja obrigado a reparar o dano causado, é necessário que tenha capacidade de discernimento. Em outras palavras, aquele que não pode querer e entender não incorre em culpa e, *ipso facto*, não pratica ato ilícito (GONÇALVES, 2019).

Embora não haja consenso entre os elementos integrantes da responsabilidade civil, apresenta-se a conduta, comissiva ou omissiva, a ocorrência de um dano a outrem e o nexo de causalidade entre os dois primeiros elementos como indiscutíveis pressupostos para estabelecer o dever de indenizar (DINIZ, 2011).

Os atos podem ser praticados de forma comissiva ou omissiva. De forma omissiva, através do não cumprimento da convivência, comunicação, interação humana, descaso. Por ato comissivo, através de agressões verbais, humilhações, lesão à honra, atitudes tendentes a evitar o estabelecimento de qualquer laço de afinidade.

O dano ou prejuízo reflete a lesão a um interesse tutelado, material ou moral, resultando na violação de um bem jurídico.

Por fim, o nexo de causalidade, elemento imaterial ou virtual da responsabilidade civil, elo entre a conduta e o dano acarretado, a relação entre a causa e o efeito entre a conduta positiva ou negativa e dano experimentado, identificando a correta causa do

acontecimento e possibilitando a sua reparação ou compensação pelo ofensor (GONÇALVES, 2012).

3.2 Os danos indenizáveis

O termo dano deriva do latim *demere*, do qual tem sua definição e interpretação nas palavras (WALD; GIANCOLI, 2011). A doutrina considera o dano como um elemento fundamental para se demonstrar a responsabilidade civil, afirmando-se que não existe responsabilidade civil sem a presença do dano.

Desse modo, “sem a ocorrência deste elemento [dano] não haveria o que indenizar, e, conseqüentemente, responsabilidade” (GAGLIANO *et al*, 2008). Isto é, se não há violação a bem jurídico, patrimonial ou extrapatrimonial, não há configuração de dano, visto que as funções de ressarcir e compensar da responsabilidade civil pressupõem a existência de algo a ser reparado, corrigido.

Inúmeros estudiosos do Direito pautaram-se na questão de conceituar o dano. Nesse sentido, expõe-se aqui o conceito elaborado por Cavalieri Filho (2009):

Conceitua-se, então, o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral.

O dano sofrido deve ser relevante juridicamente, pois é necessária a violação de interesses jurídicos protegidos pela Lei. Contudo, para ser registrada uma ocorrência de ressarcimento ao prejuízo, os requisitos para a caracterização do dano civil é a certeza, a subsistência e atualidade. (MENDONÇA, 2018).

Considera-se o dano como certo quando a existência dele é determinada, não havendo nenhuma espécie de dúvida quanto a sua ocorrência. Desse modo, rejeita-se a responsabilidade por danos hipotéticos, uma vez que a mesma não se pauta em incertezas ou danos pouco prováveis de ocorrer.

A subsistência ou atualidade do dano significa que se o dano já foi reparado, perde-se o interesse da responsabilidade civil. O dano deve, pois, ainda existir no momento em que o lesado postula sua reparação em juízo, o que significa afirmar que não há como se falar em condenação ao pagamento de indenização se o dano já fora reparado espontaneamente por parte do agente causador do

dano. Todavia, importante frisar que a subsistência do dano continua presente caso a reparação do dano tenha sido efetuada às expensas do lesado (MENDONÇA, 2018).

Alguns autores, tais como Arnaldo WALD e Brunno GIANCOLI, mencionam um terceiro requisito do dano: a imediatidade, dispondo que só são indenizados danos originados do ato comissivo ou omissivo do agente lesionador. Trata-se de uma interpretação do disposto no artigo 403 do Código Civil. Contudo, em determinados casos, o agente da conduta geradora de indenização responderá pelos prejuízos ulteriores provocados em outras esferas individuais, muito embora não tivesse qualquer intenção de causar esse efeito (WALD; GIANCOLI, 2011). É o apelidado de dano reflexo ou em ricochete.

Acerca da classificação dos danos, eles são divididos em patrimoniais e extrapatrimoniais. Dano patrimonial (material) é aquele que afeta somente o patrimônio do ofendido, enquanto que extrapatrimonial é o que só ofende a vítima como ser humano, agredindo seus direitos de personalidade, não lhe atingindo o patrimônio (GONÇALVES, 2012).

Nos danos patrimoniais, também denominados de materiais, a perda suportada pela vítima é imediata e se dá no seu patrimônio, que constitui os danos emergentes, ou por aquilo pode ocorrer que a “perda” seja aquilo que a vítima deixou de auferir, denominado de lucros cessantes.

Salientando, os danos emergentes configuram-se como a real diminuição do patrimônio da vítima no momento da prática do evento danoso, enquanto que os lucros cessantes caracterizam-se pela expectativa de um ganho futuro, ou seja, acredita-se que se ganhará algo, entretanto esse ganho é frustrado, antes mesmo de se concretizar, e isso ocorre por conta da prática do ato danoso.

Os danos extrapatrimoniais, ou morais ou imateriais, correspondem aos danos que maculam a vítima enquanto ser humano. É lesão a bem que integra os direitos da personalidade, como é o caso da honra, da dignidade, da imagem, da intimidade, do bom nome, tal como pode ser compreendido a partir dos artigos 1º, inciso III, e 5º, incisos V e X, da Constituição Federal.

Além disso, ressalte-se que, diferentemente do que muitas pessoas acreditam que seja, o dano moral não se confunde com a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, porque esses estados de

espírito configuram o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano (GONÇALVES, 2012).

3.3 Brasil x Portugal

Em Portugal, como foi exposto, preceitua-se em diversos dispositivos legais, o dever dos pais para com os filhos, mas não se mostra tão vanguardista quanto a temática, sendo necessária a comprovação do dano produzido e a gravidade.

No Brasil, por sua vez, o marco do dever de indenizar por abandono afetivo foi o REsp nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9) do Superior Tribunal de Justiça.

Esse julgado tendo como Relatora a Ministra Nancy Andrighi, decisão provida em 24 de abril de 2012, em que o pai foi condenado a pagar uma indenização de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) à filha por conta de abandono afetivo causado à filha na infância. É válido salientar que nessa decisão, o Ministro Massami Uyeda votou contrariamente à relatora.

A Ministra Nancy Andrighi fundamentou sua decisão no seguinte: a priori pautou-se no fato de que, embora a responsabilidade civil pertença ao Direito das Obrigações, tal instituto pode ser aplicado perfeitamente no Direito de Família. Nota-se, ademais, que no julgado separou-se o amor do dever de cuidar, sendo este uma obrigação proveniente da lei:

O cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente; ganha o debate contornos mais técnicos, pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar (BRASIL, 2012).

A Ministra tratou, também, daquilo que chamou de “núcleo mínimo de cuidados parentais”, reforçando que é dever dos genitores fornecer, “ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social” (BRASIL, 2012).

É preciso que se ressalte que para haver responsabilidade civil subjetiva pressupõe-se dano, culpa do autor e nexos causal, pressupostos presentes na relação em análise:

[...] a par desses elementos intangíveis, é possível se visualizar, na relação entre pais e filhos, liame objetivo e subjacente, calcado no vínculo biológico ou mesmo autoimposto – casos de adoção –, para os quais há preconização constitucional e legal de obrigações mínimas (BRASIL, 2012).

O acórdão traz, ainda, à tona outra questão importantíssima ao permitir o dano

moral presumido por abandono afetivo, possibilitando compensar monetariamente aquele que teve os direitos da personalidade violados, apenas, com a prova da existência da conduta ilícita praticada pelo genitor.

Esse sentimento íntimo que a recorrida levará, ad perpetuam, é perfeitamente apreensível e exsurge, inexoravelmente, das omissões do recorrente no exercício de seu dever de cuidado em relação à recorrida e também de suas ações, que privilegiaram parte de sua prole em detrimento dela, caracterizando o *dano in re ipsa* e traduzindo-se, assim, em causa eficiente à compensação (BRASIL, 2012).

Desse modo, percebe-se que o dever de assistir afetivamente os filhos é uma obrigação jurídica que se deve, a todo rigor, cumprir.

Diante desse fundamento sobre o Recurso Especial analisado, é notória tamanha semelhança entre o que se entende por responsabilidade civil por abandono afetivo aqui no Brasil e em Portugal, pois em ambos os países se entende, doutrinariamente, pelo dever de indenizar por falta de afeto aos filhos.

Ademais, é preciso que se preceituem algumas diferenças, sendo elas: a indenização por abandono afetivo em Portugal necessário a prova do dano e da gravidade. No caso, a prova pericial torna-se essencial, “para que se estabeleça a existência entre o dano e a causa, disposição legal prevista no art. 568º e seguintes do Código de Processo Civil” (FIALHO, 2014, p.49). Mesmo assim, por ser a perícia meio de prova o julgador não precisará ficar adstrito ao parecer pericial, inclusive podendo afastar o parecer dos peritos sem que tenha necessidade de justificar o afastamento (artigo 389º do Código Civil) (FIALHO, 2014, p.49). Porém, mesmo sendo esse o entendimento dos Tribunais Portugueses no que tange à questão do abandono afetivo, o mesmo é perfeitamente compreensível como um meio processual e de tutela legítimo e possível (MAIOR 2019).

Por semelhanças, podem-se abordar as que seguem: se o REsp utilizado nesta pesquisa for o parâmetro comparativo, percebe-se uma quantidade ínfima de diferenças entre Brasil e Portugal no que se refere à responsabilidade civil por abandono afetivo, isto porque, quando a decisão foi proferida também havia no ordenamento brasileiro escassas doutrinas, bibliografias e nada de jurisprudência.

Sendo assim, infere-se que, pelo percurso concretizado até o momento, o país europeu aproxima-se bastante do entendimento do Brasil sobre a temática, mostrando-se possuidor de uma tendência a entender a responsabilidade civil como efeito reparador de prejuízos causados à criança abandonada afetivamente por algum de seus genitores.

4 CONCLUSÃO

O abandono afetivo, infelizmente, faz parte da realidade brasileira e portuguesa. Muitas crianças são, a todo tempo, deixadas de lado, abandonadas sem preocupação alguma com sua integridade física e/ou mental.

Desse modo, como ficam esses jovens adultos quanto aos danos que lhe foram causados por toda a vida? Nesse ponto que se discute a questão da responsabilidade civil e do dever de indenizar por parte daqueles os que abandonaram.

Sendo assim, foi exposta, nesta pesquisa, a definição de termos básicos, como abandono afetivo e responsabilidade civil. Estabelecendo-se uma relação entre eles, bem como explicitando o porquê deve ser feita a reparação aos que foram vítimas desse tipo de abandono.

Ademais, é preciso que se diga que a jurisprudência brasileira vem reconhecendo, de forma bastante criteriosa e individualizada, mediante a presença dos pressupostos gerais da responsabilidade civil, a obrigação de reparar os danos decorrentes da ausência parental.

Respalda-se, ainda, que, até o presente momento, em Portugal a jurisprudência não foi tão vanguardista nesse assunto a ponto de permitir o dano moral presumido pelo abandono afetivo, entretanto é notória uma tendência legislativa de resguardar o direito de crianças e adolescentes de serem cuidadas, recebendo atenção mínimas indispensáveis, bem como de receber afeto para que assim cresça de forma harmônica e equilibrada, embora não seja possível obrigar filhos e pais a se amarem, no mínimo o prejudicado deverá ter o direito ao recebimento de uma indenização pelo dano que lhe foi causado durante o momento que estava sob a autoridade parental.

Por fim, mostrou-se neste trabalho que, embora distantes geograficamente, Brasil e Portugal legislam semelhantemente quando o assunto é o dever de cuidado dos pais para com os filhos menores, o que faz com que se perceba que, embora exista distância entre eles, juridicamente (em termos de responsabilização por abandono afetivo) as nações não estão tão distantes assim.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição Federal*. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Brasília, 05 out. 1988. Disponível

em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 fev. 2023.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Brasília, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 09 fev. 2023.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. *Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências*. Brasília, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 01 fev. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.229/2008. Acesso em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=415684> Acesso em: 19 de out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.159.242 – SP. Relator: Min. Nancy Andrighi. Ementa: civil e processual civil. Família. Abandono afetivo. Compensação por dano moral. Possibilidade. Julgamento em 24 abr. 2012, publicação em 10 maio 2012. Disponível em: www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200901937019&pv=0000000000. Acesso em: 13 fev. 2023.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da Família*. *Curso de Direito da Família*. V.I. 5. Ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2011.

FIALHO, Ana Catarina Janeiro. *Da Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo* Disponível em: <http://hdl.handle.net/10362/15244>. Acesso em: 15 fev.2023.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil – Responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GOMES, Fernando Roggia. A responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores. *Revista da ESMEC*, V.18, N.º24: 291-320, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil 3 - Responsabilidade Civil – Direito de*

família – Direito das sucessões. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MADALENO, Rolf. *Direito de família*. 8. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MAIOR, Ana Filipa Albuquerque Vila. *Responsabilidade civil por danos não patrimoniais dos progenitores por abandono afetivo*. Disponível em: <https://estudogeral.uc.pt/handle/10316/86717>. Acesso em: 02 fev. 2023.

MENDONÇA, Rafael Dantas Carvalho de. *A responsabilidade civil no direito brasileiro*. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/51542/a-responsabilidade-civil-no-direito-brasileiro>. Acesso em: 13 fev. 2023.

NEVES, Suzane Cassiano. Consequências do abandono afetivo paterno e a possibilidade de indenização. 2021. 29 f. TCC (Graduação), Curso de Direito, *Pontifícia Universidade Católica*, Goiânia, 2021. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/handle/123456789/2709>. Acesso em: 31 jan. 2023.

PEREIRA, Poliana Alves. *Responsabilidade civil por abandono afetivo*. 2018. 53 f. TCC (Graduação), Curso de Direito, *Centro Universitário Toledo*, Araçatuba, 2018. Disponível em: <https://servicos.unitoledo.br/repositorio/handle/7574/40>. Acesso em: 01 fev. 2023.

PINTO, Paulo Mota; MONTEIRO, António Pinto. **Teoria Geral do Direito Civil**. 4ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

TARTUCE, Flávio. *Direito de Família*. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

WALD, Arnoldo; GIANCOLI, Brunno Pandori. *Direito Civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2011.

**A PERDA DE UMA CHANCE PROCESSUAL: UMA ANÁLISE COMPARATIVA
DOS ENTENDIMENTOS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL
DECORRENTE DA PERDA DE UMA CHANCE NOS TRIBUNAIS
SUPERIORES DO BRASIL E DE PORTUGAL**

Renato da Costa Lino de Góes Barros

Sumário: 1. Introdução; 2. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça do Brasil sobre a perda de uma chance processual por ato de advogado; 3. A visão do Supremo Tribunal português sobre o tema e a análise comparativa; 4. Conclusão; Referências.

1. INTRODUÇÃO

No julgamento do Recurso Especial n. 1.877.375, o Superior Tribunal de Justiça do Brasil condenou um escritório de advocacia e seus sócios ao pagamento de uma indenização sob o fundamento da perda de chance processual.

O escritório teria sido contratado para atuar numa ação de prestação de contas em favor dos seus clientes, no entanto se quedou inerte durante três anos, o que implicou condenação dos seus clientes no pagamento de aproximadamente.

A tese da indenização por perda de uma chance processual também está sendo analisada em Portugal, tendo havido recente julgado do Supremo Tribunal de Justiça Português.

Este estudo pretende objetivamente analisar os fundamentos para compreensão da extensão da tese, especialmente diante dos requisitos para configuração da responsabilidade civil no Brasil, que veda a fixação de dano hipotético.

Para tanto, no primeiro capítulo de conteúdo, este trabalho analisará o REsp 1.877.375 e quais os fundamentos que foram utilizados como base para a condenação.

No segundo capítulo de conteúdo, este estudo tratará sobre o precedente português acerca do tema, proferido recentemente pelo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal,

numa perspectiva comparada, evidenciando que se trata de um dano concreto e não abstrado, cuja reparação é arbitrada.

2. O ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO BRASIL SOBRE A PERDA DE UMA CHANCE PROCESSUAL POR ATO DE ADVOGADO

Não existem dúvidas sobre a responsabilidade dos advogados em relação aos atos que pratica no exercício de sua profissão¹.

O próprio Estatuto da Advocacia, disciplinado pela Lei n. 8.806 de 1994², prevê, em seu artigo 32, que “o advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa” e que “em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria”.

A questão sobre o qual este estudo se debruça é a perda de uma chance processual e os elementos para sua aplicação.

No julgamento do Recurso Especial n. 1.877.375, o Superior Tribunal de Justiça do Brasil condenou um escritório de advocacia e seus sócios ao pagamento de uma indenização sob o fundamento da perda de chance processual.

No referido caso, que ganhou repercussão nacional, a eminente relatora, Ministra Nancy Andrighi, destacou, em seu voto, que teria havido a completa ausência de acompanhamento processual por parte do aludido escritório de advocacia por anos.

No caso concreto, o escritório teria sido contratado para atuar numa ação de prestação de contas, no entanto se ficou inerte durante três anos, o que implicou condenação dos seus clientes no pagamento de aproximadamente R\$1.000.000,00 (um milhão de reais).

A Terceira Turma entendeu que a má prestação dos serviços por parte dos advogados impossibilitou que os seus clientes tivessem chances de obterem um resultado

¹ Segundo Gagliano e Pamplona Filho: “O importante é perceber, todavia, que, embora exercendo uma atividade com potencial risco de dano, a responsabilidade será sempre subjetiva (CDC, art. 14, par. 4º, e Lei n. 8.906/94 – Estatuto da Advocacia – art. 32), distribuindo-se o ônus da prova do elemento culpa em função da natureza da obrigação avançada e geradora do dano, em benefício do consumidor do serviço” (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil. Volume III. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 269).

² BRASIL. Lei de n. 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 11 mar. 2023.

mais favorável. Em razão deste fato, o Superior Tribunal de Justiça reformou o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que condenava o escritório apenas em danos morais, fixados na ordem de R\$150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), por entender que não teria restado configurada hipótese de perda de uma chance processual. Neste particular, entendeu o Superior Tribunal de Justiça:

Na hipótese sob julgamento, não se está diante de defesa tempestiva, porém deficiente, mas sim de total ausência de defesa. A chance de se defender e de ver mitigados os seus prejuízos, tomada como bem jurídico, é que foi subtraída dos autores. Nesse sentido, não há necessidade de apurar se o objetivo final – vitória na ação de prestação de contas – foi ou não tolhido por completo, pois o que importa ressaltar é que a chance de disputar, de exercer o direito de defesa, lhes foi subtraída³.

E, ainda, foi ponderado que:

Assim, partindo do arcabouço fático-probatório delineado pelas instâncias ordinárias, é forçoso concluir que, na espécie, encontram-se cristalizados os requisitos indispensáveis à configuração da responsabilidade civil pela perda de uma chance, máxime porque a incontroversa desídia dos réus – que deixaram a ação de prestação de contas tramitar por quase três anos sem qualquer intervenção, culminando com a condenação dos autores ao pagamento de R\$947.904,20 (novecentos e quarenta e sete mil, novecentos e quatro reais e vinte centavos) - retirou destes a chance real e séria de obterem uma prestação jurisdicional que lhes fosse mais favorável, o que caracteriza dano material suportado pelos autores⁴.

A questão evidentemente não orbita no resultado, pois – como atividade meio – a advocacia não pode e nem deve garantir o resultado de uma demanda. No entanto, a advocacia tem o dever de conduzir de forma diligente o processo, valendo-se dos instrumentos legalmente admitidos.

A não atuação por três anos foi vista como uma atuação negligente por parte dos advogados contratados.

Ademais, diante do desafio de se definir em quais circunstâncias esta atuação negligente poderia resultar na condenação em indenização por danos materiais, a Terceira Turma buscou elementos já definidos em julgamento anterior do próprio Superior Tribunal

³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.877.375 – RS*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Plenário. Julgado em 8 de mar. de 2022. Disponível em: <http://stj.jus.br>. Acesso em 6 mar. 2023.

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.877.375 – RS*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Plenário. Julgado em 8 de mar. de 2022. Disponível em: <http://stj.jus.br>. Acesso em 6 mar. 2023.

de Justiça, no Recurso Especial 1.254.141, em que se analisou um caso de tratamento de câncer, tendo fixado os requisitos para aplicação da teoria da perda de uma chance:

- a) a existência de chance concreta, real, com alto grau de probabilidade de obter um benefício ou sofrer um prejuízo;
- b) o nexo causal entre a ação ou omissão do defensor e a perda da oportunidade de exercer a chance (sendo desnecessário que esse nexo se estabeleça diretamente com o objeto final);
- c) a necessidade de atentar para o fato de que o dano não é o benefício perdido, porque este é sempre hipotético (risco de subjetivismo).

Ainda sobre o caso concreto analisado no REsp 1.877.375, a Terceira Turma entendeu que, mesmo contratados, os advogados não se habilitaram, não recorreram da decisão de primeiro grau sobre a apresentação de contas e não apresentaram a impugnação pertinente.

E, ainda, dentro da moldura fática delineada no acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, teria restado comprovado que os clientes tinham documentos de quitação que deveriam ser apresentados na ação de prestação de contas e que implicariam modificação do resultado do processo.

Clara, portanto, a existência de uma chance concreta e real de obter resultado processual mais favorável que, no entanto, restou obstruída pela omissão do defensor. E, como o dano não é o benefício perdido, foi arbitrado o valor da indenização por danos materiais, em R\$500.000,00 (quinhentos mil reais), levando em consideração o grau de culpa do escritório no comportamento omissivo e a probabilidade de êxito.

Sobre a questão das perspectivas em torno de uma chance perdida, esclarecem Pablo Stolze e Pamplona Filho⁵:

Na busca do diagnóstico da conduta do advogado que perpetrou um dano ao seu cliente, inevitável é a ocorrência de situações em que a lesão ao patrimônio jurídico do cliente tenha se dado por uma conduta omissiva do profissional.

A casuística é infindável: falta de propositura de ação judicial; recurso ou ação rescisória; não formulação de pedido; omissão na produção de provas; extravio de autos, ausência de contrarrazões ou sustentação oral; falta de defesa etc.

Como se trata da perda de uma chance, jamais se poderá saber qual seria o resultado do julgamento se o ato houvesse sido validamente realizado.

Nessas situações, há hipóteses extremas em que fatalmente se reconhecerá que uma ação ajuizada é fadada à procedência ou à rejeição como uma aventura

⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil*. Responsabilidade Civil. Volume III. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 269-270.

processual. A imensa gama de situações intermediárias, porém, impõe admitir que *só há possibilidade de responsabilização se for sobejamente demonstrado o nexo de causalidade e a extensão do dano.*

Tentando estabelecer alguns parâmetros para essa questão tão complicada, Sergio Novais Dias, em pioneira obra, traz alguns baremas de razoabilidade:

“Em casos cuja decisão envolve interpretação legal, em relação à qual o entendimento encontra-se sumulado pelo Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça, a probabilidade é de que o julgamento se faça no mesmo sentido da súmula, a não ser que se demonstre estar ela superada pela própria jurisprudência do tribunal.

Não sendo matéria sumulada, será considerado provável todo resultado que decorrer de uma interpretação razoável da norma legal, na esteira da Súmula 400 do STF. Tendo, porém, a jurisprudência do STF e STJ já definido, dentre as interpretações razoáveis, respectivamente das normas constitucionais e das normas federais inconstitucionais, qual a interpretação considerada correta, será provável o resultado que estiver em sintonia com essa jurisprudência dominante, uma vez que, mesmo se o tribunal de segunda instância adotasse interpretação razoável, porém dissonante daquela pacificação nas instâncias extraordinárias, era previsível que a parte vencida fizesse o processo chegar à terceira instância, mediante a interposição de recurso adequado, de maneira que o julgamento último esperado do caso seria de acordo com essa interpretação. Quando a questão envolver a valoração de matéria fática ou de prova, será provável o resultado que decorrer de uma avaliação razoável da questão.

Considerando este panorama, não se pode deixar de falar que, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, é vedada a reparação por dano hipotético.

Nesta linha, eventual ação, para que logre êxito, deve estar relacionada a probabilidade de que a chance seria realizada e a certeza de que o cerceamento desta chance resultou em um prejuízo a ser arbitrado.

Ou seja, as demandas que se apoiam nesta teoria da perda de uma chance devem ser resolvidas a partir da análise das possibilidades reais do êxito do postulante, que restaram comprometidos por ato omissivo ou comissivo do advogado.

E mais: entende o Superior Tribunal de Justiça do Brasil que “a chance de vitória terá sempre valor menor que a vitória futura, o que refletirá no montante da indenização” (REsp 1308719/MG, Segunda Turma, julgado em 25/06/2013, DEJ 01/07/2013).

3. A VISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL PORTUGUÊS SOBRE O TEMA E A ANÁLISE COMPARATIVA

Numa perspectiva comparada, o Código Civil português não trata expressamente sobre a responsabilidade civil decorrente da perda de chance processual, em que pese aborde de forma específica sobre alguns casos de responsabilidade civil.

Assim como no direito brasileiro, a ausência de previsão expressa e específica não impede a responsabilização civil pela perda de uma chance processual decorrente de fato omissivo ou comissivo.

Até mesmo porque o art. 483 do Código Civil de Portugal prevê, de forma genérica, que “aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação”, sendo que “só existe obrigação de indemnizar independentemente de culpa nos casos especificados na lei”⁶.

O Código Civil Português, em seu artigo 486, ainda prevê que “as simples omissões dão lugar à obrigação de reparar os danos, quando, independentemente dos outros requisitos legais, havia, por força da lei ou de negócio jurídico, o dever de praticar o acto omitido”.

Além disso, em seu artigo 487, o referido Código Civil prevê também que “é ao lesado que incumbe provar a culpa do autor da lesão, salvo havendo presunção legal de culpa” e que “quando a responsabilidade se fundar na mera culpa, poderá a indemnização ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação econômica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem”.

Sobre a questão da indenização, decorrente da responsabilidade civil contratual no sistema português, entendem Jorge de Seabra Leite-Pereira e Gonçalo Rosas que “o prejuízo causado compreende o lucro cessante e o dano emergente, ou seja, que deixa de ganhar e o que se perde, não podendo resultar desta responsabilidade civil danos não patrimoniais, uma vez que não estão em causa direitos absolutos”.⁷

Nesta linha, buscando compreender a extensão do tema da perda de uma chance processual no sistema jurídico português, um recente precedente proferido pelo Supremo

⁶ PORTUGAL. *Código Civil de Portugal*. Disponível em: <https://www.codigocivil.pt/>. Acesso em 3 mar. 2023.

⁷ LEITE-PEREIRA, Jorge; ROSAS, Gonçalo. *A Responsabilidade Civil no Ordenamento Jurídico Português*. Universidade Católica Portuguesa. Disponível em www.cld.pt; Acesso em 1 mar. 2023. P. 17.

Tribunal de Justiça Português clarifica esta situação. Neste importante julgado, foi entendido que:

Acórdão n.º 2/2022. O dano da perda de chance processual, fundamento da obrigação de indemnizar, tem de ser *consistente e sério*, cabendo ao lesado o ónus da prova de tal consistência e seriedade.⁸

O referido precedente traz dois elementos importantes que evidenciam o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal sobre o tema da perda de uma chance processual: (i) o dano ser consistente e sério; e (ii) o ónus do lesado de comprovar tal consistência e seriedade.

Estes elementos podem ser vistos, de certa forma, em outros julgados sobre danos decorrentes da responsabilidade contratual pelo Supremo Tribunal de Justiça Português, a saber:

06-11-2018⁹

Revista n.º 2789/16.6T8GMR.G1.S1 - 1.ª Secção

Alexandre Reis (Relator)

Pedro Lima Gonçalves

Cabral Tavares

I - Pelo contrato de mandato forense o advogado não se obriga a ganhar a causa mas constitui-se, incontornavelmente, no dever de tratar com o maior empenho e zelo a questão, utilizando para o efeito todos os recursos da sua experiência, saber e actividade – em suma, diligência profissional –, em vista a lograr tal almejado resultado.

II - Com o seu comportamento omissivo – traduzido, nomeadamente, na falta de junção aos autos de procurações pelos co-réus seus representados, do rol de testemunhas e de certos documentos, bem como em duas faltas à audiência de julgamento sem que tenha informado o seu cliente dessas omissões e sabendo das respectivas consequências - infringiu o réu, mandatário forense, *de forma altamente grave e censurável os deveres profissionais em que se achava constituído, descuidando a prática de relevantes actos processuais absolutamente exigíveis por um patrocínio diligente*, conforme às regras estatutárias e deontológicas aplicáveis ao exercício do seu múnus.

III - Para que a indemnização do dano de perda de chance processual tenha lugar *não basta que, em abstracto, os termos da pretensão se apresentem com*

⁸ PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. *Acórdão n. 2.2022*, Relator: Barateiro Martins. DR-18/2022, Série I de 2022-01-26. Disponível em: <http://www.stj.pt>. Acesso em 6 mar. 2023.

⁹ PORTUGAL. *Supremo Tribunal de Justiça*. Os danos não patrimoniais na Jurisprudência das Secções Cíveis do Supremo Tribunal de Justiça. Sumário de Acórdãos de 2016 a dezembro de 2021. Disponível em: <https://www.stj.pt/>. Acesso em 10 fev. 2023.

condições de viabilidade, mas antes, e bem diferentemente, que, passando por idóneo suporte probatório, se evidencie o elevado grau de probabilidade ou verosimilhança de tal pretensão; de que não fora a chance perdida e o patrocinado muito provavelmente obteria – ao menos em certa medida – a procedência dessa mesma pretensão.

IV - Tal evidenciação da exigida probabilidade pressupõe a realização do chamado “juízo dentro do juízo” relativamente ao qual o lesado deve fornecer os elementos para prova de qual teria sido o resultado do processo frustrado, enquanto ao tribunal cumpre fazer uma apreciação ou prognose póstuma sobre o resultado desse processo *frustrado*.

V - No caso presente, posto que não se possa ter por completamente excluída a probabilidade de o ora autor haver logrado evitar o prejuízo resultante da acção, não fora a conduta negligente assumida pelo réu, não vai tal probabilidade além disso, ou seja, não se apresenta dotada do requisito de elevada probabilidade ou verosimilhança, indispensável para que a chance ou oportunidade como tal perdida se perfile susceptível de fundadamente assegurar àquele uma indemnização.

VI - Pode, contudo, ser fixada uma indemnização pelos danos não patrimoniais comprovadamente sofridos pelo ora autor com a negligente conduta do seu mandatário, a qual se mostra adequado ser fixada em € 10 000,00, por resultar provado que o autor: (i) sofreu, nomeadamente, ansiedade, nervosismo e estado depressivo após ter tido conhecimento das condutas do réu; (ii) vive num estado de desespero e inquietação por causa do agravamento da sua situação financeira, o que afectou a sua vida profissional e familiar e; (iii) em consequência das penhoras entretanto efectuadas sobre os seus imóveis teve dificuldade em renegociar empréstimos junto da sua instituição bancária e teve de recorrer à ajuda de amigos e familiares.

No caso acima, foi destacado que, para condenação decorrente da perda de uma chance processual, é imprescindível que se evidencie o elevado grau de probabilidade da pretensão.

Já no caso abaixo, foi destacada como condição para condenação na indenização em decorrência da perda de uma chance que o lesado detenha a oportunidade, com grande probabilidade, de alcançar certo resultado vantajoso, a saber:

17-06-2021¹⁰

Revista n.º 15017/14.0T2SNT.L1.S1 - 2.ª Secção

¹⁰ PORTUGAL. *Supremo Tribunal de Justiça*. Os danos não patrimoniais na Jurisprudência das Secções Cíveis do Supremo Tribunal de Justiça. Sumário de Acórdãos de 2016 a dezembro de 2021. Disponível em: <https://www.stj.pt/>. Acesso em 10 fev. 2023.

Rosa Tching (Relatora)

Catarina Serra João Cura Mariano (Acórdão e sumário redigidos ao abrigo do novo Acordo Ortográfico)

I - Condição da indemnização em sede de perda de chance é que se mostre que *o lesado detinha na sua esfera jurídica a oportunidade de (com grande probabilidade, pois tudo gira ao redor de situações eivadas de um certo grau de aleatoriedade, de incerteza) alcançar certo efeito que lhe seria vantajoso, mas que acaba por não ser alcançado devido a facto do autor da lesão.*

II - A harmonização do direito do perito à remuneração pelo serviço prestado com o direito de acesso aos tribunais impõe alguma contenção na fixação dessa remuneração, não sendo de atender necessariamente ao padrão ditado pelas regras de mercado ou do jogo da livre concorrência.

III - Exigindo a perícia conhecimentos especiais e tendo os peritos despendido 567 horas para a sua realização (o que equivale a cerca de 70 dias de trabalho), revelar-se-ia adequada uma remuneração não excedente a € 12 000,00 a cada perito.

IV - Tendo o advogado que representava a parte deixado, ilícita e culposamente, de impugnar o despacho judicial que determinava a obrigação de pagamento dos honorários reclamados pelos peritos no montante de € 19 600,00 a cada, perdeu a parte a chance de obter uma decisão que, com elevada probabilidade, iria determinar a redução dos honorários para € 12 000,00 a cada perito.

V - Constituiu-se a partir daí um dano por perda de chance que deve ser objeto de reparação.

VI - A tal dano acresce o dano decorrente do pagamento das taxas de justiça despendidas posteriormente pela parte com vista a neutralizar (sem sucesso, por haver transitado em julgado) os efeitos do dito despacho que determinou o pagamento, bem como acresce o dano não patrimonial sofrido pela parte em decorrência da situação criada por quem os patrocinava.

Observa-se, por meio destes precedentes, que o Supremo Tribunal de Justiça Português, assim como o Superior Tribunal de Justiça do Brasil, exige a presença de elementos para responsabilização decorrente da perda de uma chance, a saber: (i) que a chance seja real e concreto, com alto grau de probabilidade; (ii) que exista nexo entre a ação e a omissão e a perda de oportunidade de exercer a chance; (iii) que o dano seja consistente e sério, sabendo que este não se confunde o benefício perdido, devendo ser arbitrado.

Tais elementos necessariamente deverão estar presentes para configuração da responsabilidade decorrente da perda de uma chance, já que o sistema português também não admite a reparação por dano hipotético.

Nesta linha, eventual ação, para que logre êxito, deve estar relacionada a probabilidade de que a chance seria realizada e a certeza de que o cerceamento desta chance resultou em um prejuízo a ser arbitrado, já que este não deve corresponder ao benefício perdido.

4. CONCLUSÃO

A responsabilidade civil pela perda de uma chance processual é reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça do Brasil e pelo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal.

Em recente precedente judicial, o Superior Tribunal de Justiça listou quais seriam os requisitos para aplicação da perda de uma chance processual, a saber: a) *a existência de chance, concreta, real, com alto grau de probabilidade*; b) o *nexo causal* entre a ação ou omissão do defensor e a perda da oportunidade de exercer a chance (sendo desnecessário que esse nexo se estabeleça diretamente com o objeto final); c) a necessidade de atentar para o fato de que *o dano não é o benefício perdido* (risco de subjetivismo).

Numa perspectiva comparada, analisando os precedentes do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, foi possível observar que estes requisitos também estão presentes no sistema português, sendo que, em relação ao dano, eles entendem que este deve ser “consistente e sério”.

Nesta perspectiva, este estudo esclareceu que, ao tratar sobre o tema, não há se falar em dano hipotético, mas sim em dano concreto, que deverá ser arbitrado, já que este não deve corresponder ao benefício perdido.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei de n. 8.906, de 4 de julho de 1994. *Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 11 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.877.375 – RS*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Plenário. Julgado em 8 de mar. de 2022. Disponível em: <http://stj.jus.br>. Acesso em 6 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.254.141 - PR*. Relatora: Ministra Nancy Andrichi. Plenário. Julgado em 4 de dez. de 2012. Disponível em: <http://stj.jus.br> . Acesso em 6 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1308719/MG. Segunda Turma*. Plenário. Julgado em 25.06.2013. DJE 01.07.2013. Disponível em: <http://stj.jus.br> . Acesso em 6 mar. 2023.

LEITE-PEREIRA, Jorge; ROSAS, Gonçalo. *A Responsabilidade Civil no Ordenamento Jurídico Português*. Universidade Católica Portuguesa. Disponível em www.cld.pt; Acesso em 1 mar. 2023.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil. Volume III*. São Paulo: Saraiva, 2011.

PORTUGAL. *Código Civil de Portugal*. Disponível em: <https://www.codigocivil.pt/>. Acesso em 3 mar. 2023.

PORTUGAL. *Supremo Tribunal de Justiça*. Os danos não patrimoniais na Jurisprudência das Secções Cíveis do Supremo Tribunal de Justiça. Sumário de Acórdãos de 2016 a dezembro de 2021. Disponível em: <https://www.stj.pt/>. Acesso em 10 fev. 2023.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. *Acórdão n. 2.2022*, Relator: Barateiro Martins. DR-18/2022, Série I de 2022-01-26. Disponível em: <http://www.stj.pt> . Acesso em 6 mar. 2023.

PREVENÇÃO E PRECAUÇÃO: O PROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO CIVIL FRANCÊS COMO REFERÊNCIA PARA A RECONFIGURAÇÃO FUNCIONAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Rodrigo de Almeida Távora

Sumário: 1. Introdução; 2. O projeto de reforma da responsabilidade civil no Código Civil Francês; 3. O princípio da prevenção; 4. O princípio da precaução; 5. A análise dos princípios da prevenção e da precaução à luz da dogmática civil-constitucional brasileira; 6. Ampliação funcional da responsabilidade civil; 7. A aplicação dos princípios da prevenção e da precaução pelos tribunais no Brasil; 8. Conclusão; 9. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea é marcada pelo crescente dinamismo¹. As relações sociais, impulsionadas por um modelo econômico que busca incessantemente a eficiência e a produção gradual de riqueza, são cada vez mais complexas e não se enquadram inteiramente em padrões normativos preestabelecidos.

Novas tecnologias surgem rotineiramente e modificam substancialmente a vida em sociedade. Algumas inovações tecnológicas são inclusive absolutamente disruptivas e exigem um tratamento normativo igualmente inovador para que as relações jurídicas daí advindas sejam adequadamente disciplinadas.

Esse ambiente econômico de permanente inovação tecnológica e crescente desenvolvimento acarreta, por sua vez, a ampliação de riscos. Conforme assinala Ulrich

¹ Zygmunt Bauman qualifica essa sociedade de “líquido-moderna”. Conforme assinala o Autor *numa sociedade líquido-moderna, as realizações individuais não podem solidificar-se em posses permanentes porque, em um piscar de olhos, os ativos se transformam em passivos, e as capacidades, em incapacidades. As condições de ação e as estratégias de reação envelhecem rapidamente e se tornam obsoletas antes de os atores terem uma chance de aprendê-las efetivamente.* BAUMAN, Zygmunt. *Vida líquida*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

Beck, *a produção social de riqueza é acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos*².

Nesse cenário, ganha relevo a análise dos princípios da prevenção e precaução. Esses princípios, ao lado da regulação estatal, constituem ferramentas dogmáticas úteis e necessárias ao enfrentamento dos riscos gerados pela sociedade contemporânea, pois pressupõem um atuar igualmente dinâmico do direito de forma a mitigar a ocorrência de danos.

Com o propósito de fomentar o debate sobre a aplicação dos princípios da prevenção e precaução no cenário nacional e a perspectiva de ampliação funcional da responsabilidade civil, o presente ensaio buscará examinar o projeto de reforma do Código Civil francês que, dentre outras inovações, abriga a prevenção dentre os princípios que regem a responsabilidade civil.

Serão igualmente examinados alguns aportes teóricos da doutrina francesa sobre os princípios da prevenção e precaução para, a seguir, promover a sua análise à luz da dogmática civil constitucional brasileira, sugerindo-se, ao final, a ampliação funcional da responsabilidade civil.

2. O PROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO CIVIL FRANCÊS

Tramita no Senado francês o Projeto de Lei n.º 678 que tem por objeto a reforma da responsabilidade civil³. Mais precisamente, esse projeto, registrado na Presidência do Senado em 29 de julho de 2020, busca reformar o Código Civil francês de forma a conferir um tratamento mais amplo e sistemático à responsabilidade civil.

Conforme se extrai da exposição de motivos do projeto, os dispositivos existentes no Código Civil não mais retratam com exatidão o regime da responsabilidade civil atualmente aplicável pelos tribunais. Esse regime foi substancialmente aprimorado pela jurisprudência consolidada ao longo de dois séculos de forma a melhor assegurar a reparação de danos, destacando-se, nesse ponto, o papel de relevo da Corte de Cassação⁴.

² BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 23.

³ FRANÇA. Projeto de Lei n.º 678 (Senado). Disponível em: < <https://www.senat.fr/leg/pp119-678.html>>. Acesso em: 15 mar. 2023.

⁴ (...) *ce régime, enrichi par plus de deux siècles de jurisprudence des juridictions judiciaires et, notamment, de solutions prétorienne de la Cour de cassation, a connu des changements profonds destinés à mieux assurer la réparation des victimes de dommages. Il en résulte un corpus de règles écrites qui ne reflète plus, aujourd'hui, la réalité de la responsabilité civile organisée par le droit français*. FRANÇA. Exposição de

As modificações veiculadas no Projeto de Lei n.º 678, por outro lado, foram precedidas de intensas reflexões no próprio Parlamento sobre a reforma do regime da responsabilidade civil. Destacam-se nesse ponto o denominado “avant-projet Catala” de 2005, coordenado pelos Professores Pierre Catala e Geneviève Viney, e o denominado “avant-projet Terré” de 2008, coordenado pelo Professor François Terré, que resultaram posteriormente em 28 (vinte e oito) recomendações apresentadas pelo Senado para a reforma da responsabilidade civil.

O Projeto de Lei n.º 678 incorpora os temas mais consensuais propostos para a reforma do regime da responsabilidade civil⁵, sugerindo-se, com isso, uma significativa reforma do texto do Código Civil com a inserção de inúmeros dispositivos em um subtítulo renomeado de forma a conferir tratamento específico e sistemático à responsabilidade civil⁶.

No que diz respeito mais especificamente ao exame do tema proposto no presente ensaio, destacam-se 3 (três) novos dispositivos que o projeto busca introduzir no Código Civil: (i) art. 1235 que consagra a distinção entre dano e prejuízo; (ii) art. 1236 que reconhece ser objeto de tutela o dano futuro; e, (iii) art. 1268 que disciplina medidas para a prevenção do dano.

O art. 1235, com a redação sugerida pelo projeto, dispõe que é objeto de reparação todo prejuízo certo resultante de um dano e consistente na lesão de um interesse lícito, patrimonial ou extrapatrimonial⁷. Esse dispositivo consagra no direito positivo a distinção preconizada pela doutrina entre a lesão ocorrida no campo fático e a sua consequência prejudicial. Conforme evidencia a exposição de motivos do projeto, o objetivo foi distinguir o dano, que emerge do fato, do prejuízo, que revela uma violação aos interesses patrimoniais ou extrapatrimoniais⁸.

motivos do Projeto de Lei n.º 678 (Senado). Disponível em: < <https://www.senat.fr/leg/pp119-678.html>>. Acesso em: 15 mar. 2023.

⁵ *Les rapporteurs ont entendu dégager les axes les plus consensuels de la réforme, écartant certains sujets bloquants.* FRANÇA. Exposição de motivos do Projeto de Lei n.º 678 (Senado). Disponível em: < <https://www.senat.fr/leg/pp119-678.html>>. Acesso em: 15 mar. 2023.

⁶ *2º Le sous-titre II du même titre III est ainsi modifié : a) L'intitulé du sous-titre II est ainsi rédigé : « La responsabilité civile »;* FRANÇA. Exposição de motivos do Projeto de Lei n.º 678 (Senado). Disponível em: < <https://www.senat.fr/leg/pp119-678.html>>. Acesso em: 15 mar. 2023.

⁷ Art. 1235. – *Est réparable tout préjudice certain résultant d'un dommage et consistant en la lésion d'un intérêt licite, patrimonial ou extrapatrimonial.* FRANÇA. Projeto de Lei n.º 678 (Senado). Disponível em: < <https://www.senat.fr/leg/pp119-678.html>>. Acesso em: 15 mar. 2023.

⁸ *L'article 1235 définit le préjudice réparable en consacrant la distinction entre dommage et préjudice, longtemps suggérée par la doctrine. Ainsi, en 2003, dans son rapport sur l'indemnisation du dommage corporel, le groupe de travail dirigé par Yvonne LAMBERT-FAIVRE, professeur émérite à l'Université Jean Moulin (Lyon III), distinguait le dommage qui « relève du fait, de l'événement qui est constatable, objectif,*

O art. 1236, por sua vez, amplia o espectro da responsabilidade civil de forma a alcançar prejuízos futuros. O dano futuro é reparável quando é a extensão certa e direta de um estado atual de coisas⁹. E o art. 1268, em subseção intitulada “a prevenção de dano e a cessação de ilicitude”, prescreve medidas que podem ser adotadas pelos juízes para prevenir a ocorrência de danos ou para cessar a situação de ilicitude a que o ofendido está exposto¹⁰.

Da análise conjunta desses três dispositivos, observa-se que o Projeto de Lei n.º 678 pressupõe o reconhecimento do princípio da prevenção no novo regime de responsabilidade civil proposto. Embora a prevenção não seja qualificada textualmente como princípio no art. 1268, o comando normativo ali estabelecido, ao estatuir abstratamente a adoção de medidas preventivas a um número indistinto de situações concretas, de forma a evitar a ocorrência de danos ou cessar um quadro fático de ilicitude, reconhece indiscutivelmente o princípio da prevenção no seio da responsabilidade civil.

Essa premissa é reforçada ao se constatar que esse novo regime de responsabilidade civil dissocia os momentos caracterizados pela lesão ocorrida no campo fático e pela respectiva consequência prejudicial (art. 1235), assim como estabelece a plena reparação de danos futuros (art. 1236). Essas modificações permitem que a responsabilidade civil discipline todas as situações atuais e futuras que possam ensejar a ocorrência de danos, legitimando ainda mais a adoção das medidas preventivas estabelecidas no art. 1268. Ao lado da clássica função de reparação do dano, o novo regime da responsabilidade civil pressupõe igualmente que sejam adotadas medidas com o objetivo de evitar a própria ocorrência do dano.

A sistematização proposta pelo Projeto de Lei n.º 678 revela-se mais consentânea com a necessidade de disciplina normativa das inúmeras situações de risco geradas pela sociedade contemporânea e que impõem um atuar preventivo em sede de responsabilidade civil e alinha-se à busca de pleno respeito à integridade dos direitos, especialmente os de

qui appartient au domaine du fait et non du droit », du préjudice qui « relève quant à lui du droit en ce qu'il exprime une atteinte aux intérêts patrimoniaux ou extrapatrimoniaux du demandeur ». Exposição de motivos do Projeto de Lei n.º 678 (Senado). Disponível em: < <https://www.senat.fr/leg/pp119-678.html>>. Acesso em: 15 mar. 2023.

⁹Art. 1236. – Le préjudice futur est réparable lorsqu'il est la prolongation certaine et directe d'un état de choses actuel. FRANÇA. Projeto de Lei n.º 678 (Senado). Disponível em: < <https://www.senat.fr/leg/pp119-678.html>>. Acesso em: 15 mar. 2023.

¹⁰ Art. 1268. – En matière extracontractuelle, indépendamment de la réparation du préjudice éventuellement subi, le juge peut prescrire les mesures raisonnables propres à prévenir le dommage ou faire cesser le trouble illicite auquel est exposé le demandeur. FRANÇA. Projeto de Lei n.º 678 (Senado). Disponível em: < <https://www.senat.fr/leg/pp119-678.html>>. Acesso em: 15 mar. 2023.

natureza não patrimonial. Além disso, a sistematização proposta confere maior unidade ao sistema jurídico ao evitar a dispersão de várias normas numa multiplicidade de valores singulares e desconexos, permitindo que sejam reconduzidas aos princípios considerados fundamentais¹¹.

3. O PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO

O item precedente teve por escopo evidenciar o acolhimento do princípio da prevenção no novo regime de responsabilidade civil proposto pelo Projeto de Lei n.º 678. Como demonstrado, algumas inovações veiculadas pelo referido projeto resultam de orientações consolidadas na jurisprudência, com destaque para a atuação da Corte de Cassação. O princípio da prevenção, em particular, foi reconhecido em alguns precedentes da Corte, destacando-se os casos em que dito princípio orientou a resolução de demandas envolvendo ameaças à vida privada e à concorrência.

Amparados no preceito estabelecido no artigo 9º do Código Civil¹², que estabelece a possibilidade de adoção de medidas preventivas para impedir ou cessar a prática de atos atentatórios à vida privada, os juízes que integram a Corte de Cassação admitem que a tutela jurisdicional ocorra mesmo em hipóteses em que não haja a demonstração efetiva do prejuízo, que pode ser apenas virtual¹³. Da mesma forma, na esfera do direito de concorrência, admite-se a intervenção jurisdicional mesmo sem a efetiva demonstração do prejuízo, presumindo-se a sua ocorrência para fazer cessar um ato de concorrência desleal¹⁴.

¹¹ Vide sobre o ponto CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3.ed. Trad. António Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 279-280: “As características do conceito geral do sistema são a ordem e a unidade. Eles encontram a sua correspondência jurídica nas ideias da adequação valorativa e da unidade interior do Direito. (...) A função do sistema na Ciência do Direito reside, por consequência, em traduzir e desenvolver a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica”.

¹² Article 9. Chacun a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée : ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé. FRANÇA. Código Civil. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006070721/>>. Acesso em: 15 mar. 2023.

¹³ Nesse sentido é o magistério de Christophe Quézel-Ambrunaz: *La jurisprudence repare parfois un préjudice qui n'apparaît que virtuel ou impersonnel. Ainsi, la Cour de cassation admettrait que l'indemnisation pour atteinte à la vie privée se fasse sans préjudice, peut-être dans une optique de peine privée*. QUÉZEL-AMBRUNAZ, Christophe. *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*. Paris: Dalloz, 2010, p. 250.

¹⁴ Conforme assinala Christophe Quézel-Ambrunaz: *De même, en matière de concurrence, il est admis “qu’un trouble commercial s’infère nécessairement d’un acte de concurrence déloyale”. Il ne s’agit pas ici*

Em apoio aos precedentes judiciais acima citados, parte da doutrina francesa desenvolveu expressiva construção teórica que permite a compreensão do princípio da prevenção no âmbito da responsabilidade civil. Dentre os aportes teóricos existentes, sobressai inicialmente a obra da Professora Geneviève Viney, intitulada *Le déclin de la responsabilité individuelle*, que evidencia o processo de profunda modificação do regime da responsabilidade civil, acarretando o declínio da responsabilidade individual e a ascensão da socialização na reparação de danos.

Nessa relevante obra do direito francês, a Professora Geneviève Viney, ao investigar as causas da transformação da responsabilidade civil, aponta, de um lado, o prodigioso desenvolvimento de técnicas de produção e de exploração de riquezas naturais¹⁵. E, de outro, constata que as atividades humanas são dominadas pela crescente influência de corpos coletivos dentro dos quais o indivíduo tende a se identificar com uma engrenagem anônima¹⁶.

Essas mesmas causas, originariamente identificadas no processo da crescente socialização na reparação dos danos, encontram-se atualmente presentes em escala ainda mais acentuada, justificando, por semelhantes razões, a adoção de um novo paradigma funcional para a responsabilidade civil. Conforme apontado na introdução do presente ensaio, o ambiente econômico de permanente inovação tecnológica e crescente desenvolvimento acarreta a ampliação de riscos. E esses riscos já não são satisfatoriamente mitigados apenas com a socialização dos riscos, impondo-se, adicionalmente, a adoção de medidas inibitórias orientadas pelo princípio da prevenção.

Em outra obra que se tornou referência sobre responsabilidade civil no direito francês, a Professora Geneviève Viney igualmente destaca que a gravidade e a natureza quase irreversível dos danos advindos de determinados riscos, a exemplo daqueles

em réalité d'absence de préjudice, mais de présomption de préjudice. Lorsque le préjudice est présumé, il est déduit de la faute; tout se passe comme si le fait défectueux contenait à la fois le préjudice et la causalité. QUÉZEL-AMBRUNAZ, Christophe. *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*. Paris: Dalloz, 2010, p. 250/251.

¹⁵ *Certaines expliquent la socialisation dans son acception la plus générale qui n'est pas propre à la responsabilité. Se rangent parmi elles le développement prodigieux des techniques de production et d'exploitation des richesses naturelles, l'approfondissement des connaissances humaines et leur utilisation pratique que engendre tout naturellement l'association sans laquelle la réunion des moyens nécessaires demeurerait impossible.* VINEY, Geneviève. *Le déclin de la responsabilité individuelle*. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1965, p. 4.

¹⁶ *L'ensemble des activités humaines se trouve ainsi dominé par l'influence grandissante des corps collectifs au sein desquels l'individu tend à s'identifier à un rouage anonyme.* VINEY, Geneviève. *Le déclin de la responsabilité individuelle*. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1965, p. 4.

associados ao meio ambiente e à saúde, acentuaram o papel central da prevenção¹⁷. Aponta, inclusive, que há Autores críticos da própria primazia da função indenizatória no âmbito da responsabilidade civil, elevando a prevenção ao centro do direito da responsabilidade, afastando, assim, a aceção que relega à prevenção uma função unicamente acessória¹⁸.

Outra interessante obra busca evidenciar que o direito positivo francês já comporta sanções preventivas no âmbito da responsabilidade civil¹⁹. O regime de responsabilidade civil positivado já apresentaria, sob essa ótica, inúmeras prescrições com o intuito de prevenir a ocorrência de danos. E a atuação preventiva se justificaria nessas hipóteses apenas em decorrência da existência do risco de dano²⁰.

As premissas extraídas dessas obras revelam a premência de se reconhecer um campo próprio de incidência do princípio da prevenção de modo a amplificar funcionalmente o espectro da responsabilidade civil e, com isso, possibilitar a criação de instrumentos aptos ao enfrentamento dos riscos gerados pela sociedade contemporânea e a consequente mitigação dos danos deles advindos.

Essa perspectiva inovadora, no entanto, encontra resistência dentre os doutrinadores mais apegados à origem conceitual da responsabilidade civil que a associa de forma indissociável à função de reparação de danos. Ao abordarem as teorias tradicionais sobre responsabilidade civil, esclarecem Geneviève Viney e Patrice Jourdain que a importância do dano varia de acordo com o fundamento que se reconheça à responsabilidade, sendo secundária para os defensores da responsabilidade fundada na

¹⁷ *La prise de conscience, à la suite de certaines catastrophes qui ont profondément marqué l'opinion publique française, de la gravité et du caractère quasiment irréversible des conséquences de certains dommages, notamment des atteintes à l'environnement ou à la santé humaine, a mis l'accent sur le rôle essentiel de la prévention, qui fait d'ailleurs l'objet de réglementations de plus en plus détaillées et contraignantes émanant tant des autorités nationales que communautaires.* VINEY, Geneviève. *Introduction à la responsabilité*. Paris: LGDJ, 2019, p. 170.

¹⁸ (...) *cette vision des choses a été remise en cause par un auteur qui, se réclamant d'un courant philosophique dont l'initiateur a été Hans Jonas, a vertement critiqué cette primauté qui, constate-t-elle, fait de la responsabilité un instrument uniquement "curatif", tourné vers le passé et, par conséquent, inadapté à la lutte contre les grandes catastrophes entraînant des conséquences irréversibles. Elle a donc préconisé de placer la prévention au centre du droit de la responsabilité (...).* VINEY, Geneviève. *Introduction à la responsabilité*. Paris: LGDJ, 2019, p. 170-171.

¹⁹ *Les sanctions préventives existent en droit positif. Les qualifier ainsi et les penser au sein du droit de la responsabilité civile amène à reconceptualiser ce dernier à partir de ses effets et sous l'égide d'une théorie de la mise en effet des normes.* SINTEZ, Cyril. *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile: contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes*. Paris: Dalloz, 2011, p. 451.

²⁰ *En la seule présence d'un risque de dommage, il existe de nombreuses hypothèses où l'illicéité du fait potentiellement à l'origine d'un dommage n'a pas à être rapportée. Par exemple, il s'agit d'anticiper le dommage qui résulterait de la publication future d'un livre qui contiendrait des propos diffamants.* SINTEZ, Cyril. *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile: contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes*. Paris: Dalloz, 2011, p. 451.

culpa e mais acentuada para os que estruturam a responsabilidade no risco. Mas, em ambos os casos, o dano é apontado como necessário por fazer surgir um dever de reparação com base nas regras de responsabilidade civil²¹.

É necessário, assim, suplantar essa resistência doutrinária de forma a construir dogmaticamente um novo padrão funcional para a responsabilidade civil. A nova realidade social, que produz inúmeros riscos cujas consequências não são satisfatoriamente tuteladas pelos instrumentos repressivos tradicionais da responsabilidade civil, revela ser necessária a modificação de paradigma com a adição de medidas preventivas que busquem evitar ou mitigar a própria ocorrência do dano. Conforme assinala Catherine Thibierge, essa alteração de paradigma permitirá que a responsabilidade jurídica alcance a plenitude do termo *responsabilidade*²². E o Projeto de Lei n.º 678, como visto, oferece suporte adequado para essa quebra de paradigma.

4. O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

O direito francês também apresenta relevantes reflexões sobre o princípio da precaução que, no entanto, não encontra abrigo explícito no projeto de reforma do regime da responsabilidade civil (Projeto de Lei n.º 678). A despeito da falta de perspectiva de sua inserção formal no bojo do Código Civil, o exame do princípio da precaução também se faz necessário para a compreensão mais abrangente da perspectiva de prevenção de danos que deve constituir o novo paradigma funcional que se pretende reconhecer para a responsabilidade civil.

Inicialmente, mostra-se relevante a apresentação da distinção conceitual entre prevenção e precaução. E, para tanto, será examinado o relatório específico sobre o

²¹ *L'importance relative accordée au dommage parmi les conditions de la responsabilité civile varie en fonction du fondement que chacun assigne à cette institution. À la différence des partisans de la responsabilité pour faute qui font au préjudice une place relativement secondaire, le considérant davantage une "occasion" de responsabilité que comme l'une de ses "données fondamentales", ceux qui fondent la responsabilité sur le "risque" ou la "garantie" le placent au premier rang. Néanmoins, les auteurs s'accordent sur la nécessité d'un dommage pour faire apparaître une dette de réparation sur le fondement de règles de responsabilité civile.* VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de Droit Civil: les conditions de la responsabilité*. Paris: Lextenso éditions, 2013, p. 5.

²² *Il s'agit de répondre à l'émergence de nouveaux dommages et de dépasser les limites actuelles de notre responsabilité civile, non par une remise en cause des fondements antérieurs, mais par une extension de ceux-ci, selon la dynamique du changement de paradigme qui permettra à la responsabilité juridique de recouvrir la plénitude du terme "responsabilité".* THIBIERGE, Catherine. Livres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile?). *Revue Trimestrielle de Droit Civil* 3. Paris. Junho/setembro/1999.

princípio da precaução elaborado pelos Professores Philippe Kourilsky e Geneviève Viney e que foi endereçado ao Primeiro Ministro francês com recomendações para, dentre outras medidas, promover modificações no regime jurídico da responsabilidade civil²³.

De acordo com esse relatório, muito embora os princípios da prevenção da precaução sejam duas facetas da prudência que deve ser observada em situações que possam causar danos, a prevenção se mostra presente em situações em que seja possível antever riscos e os danos a eles associados enquanto a precaução se opera no universo da incerteza. Mais precisamente, enquanto a prevenção se direciona para a disciplina de riscos concretos e conhecíveis, a precaução objetiva limitar riscos ainda hipotéticos ou potenciais²⁴.

O relatório igualmente identifica a origem dos debates sobre o princípio da precaução na década de 80 por ocasião das discussões associadas aos riscos ambientais, consagrando-se posteriormente na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento realizada na cidade do Rio de Janeiro no ano de 1992 (Rio 92). Aponta, de igual sorte, que a França foi o primeiro país a acolher o princípio da precaução no âmbito do direito positivo, mais precisamente por intermédio de dispositivo acrescido ao Código Rural que estabelece a possibilidade de adoção de medidas destinadas à prevenção de danos graves e irreversíveis ao meio ambiente²⁵.

O princípio da prevenção também encontra abrigo expresso no Código de Meio Ambiente francês²⁶ e na Carta do Meio Ambiente (Lei Constitucional de 1ª de março de

²³ KOURILSKY, Philippe; VINEY, Geneviève. *Le principe de précaution*. Rapport au Premier Ministre. Paris, 1999. Disponível em: < <https://www.vie-publique.fr/rapport/26392-le-principe-de-precaution-rapport-au-premier-ministre>>. Acesso em: 15 mar. 2023.

²⁴ *La précaution vise à limiter les risques encore hypothétiques, ou potentiels, tandis que la prévention s'attache à contrôler les risques avérés. Précaution et prévention sont deux facettes de la prudence qui s'impose dans toutes les situations susceptibles de créer des dommages. La précaution se distingue de la prévention du fait qu'elle opère en univers incertain, ce qui exige des modalités particulières.* KOURILSKY, Philippe; VINEY, Geneviève. *Le principe de précaution*. Rapport au Premier Ministre. Paris, 1999. Disponível em: < <https://www.vie-publique.fr/rapport/26392-le-principe-de-precaution-rapport-au-premier-ministre>>. Acesso em: 15 mar. 2023.

²⁵ *Le principe de précaution est apparu au cours des années 1980, à l'occasion de débats relatifs aux problèmes internationaux d'environnement, avant de recevoir une consécration publique en 1992, à l'occasion de la Conférence de Rio. La France est le premier pays à l'avoir inscrit dans son droit interne. La loi du 2 Février 1995, dite loi Barnier, em fournit une définition, insérée à l'article L.200-1 du code rural qui dispose que "l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable.* KOURILSKY, Philippe; VINEY, Geneviève. *Le principe de précaution*. Rapport au Premier Ministre. Paris, 1999. Disponível em: < <https://www.vie-publique.fr/rapport/26392-le-principe-de-precaution-rapport-au-premier-ministre>>. Acesso em: 15 mar. 2023.

²⁶ Article L110-1, II, 1º. Le principe de précaution, selon lequel l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et

2005)²⁷ e, a partir da sua consolidação nesses textos normativos, diversos precedentes o apresentam como elemento central para a resolução de conflitos envolvendo matéria ambiental²⁸.

Interessante caso em que o princípio da precaução foi abordado fora da área ambiental foi julgado pela Corte de Cassação no ano de 2006. O caso envolveu a análise da conduta de um laboratório farmacêutico que, diante da possibilidade de um dos seus produtos causar riscos à saúde, ainda que em caráter meramente potencial, manteve a sua comercialização.

Tratava-se, mais especificamente, do medicamento denominado “distilbène”, que foi prescrito regularmente na França entre 1940 e 1977 para mulheres grávidas a fim de prevenir partos prematuros. Descobriu-se mais tarde, no entanto, que esse produto poderia causar câncer de útero ou de vagina. Muito embora no momento de comercialização do produto ainda não houvesse trabalhos científicos que atestassem de forma irrefutável a correlação entre a utilização do medicamento e a ocorrência de câncer²⁹, informações associadas a experimentos com animais e o aumento do número de casos de câncer

proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable; Disponible em: < https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000043975398>. Acesso em: 15 mar. 2023.

²⁷ Article 5. Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en oeuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage. Disponible em: < <https://www.legifrance.gouv.fr/contenu/menu/droit-national-en-vigueur/constitution/charte-de-l-environnement>>. Acesso em: 15 mar. 2023.

²⁸ Cite-se, dentre outros precedentes, o seguinte: “Selon l'article L.110-1 II 1° du code de l'environnement le principe de précaution est celui selon lequel l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable. Il s'ensuit qu'une cour d'appel a pu exclure la faute des propriétaires d'un forage en retenant à bon droit que dès lors que le risque de pollution d'un captage d'eaux minérales par ce forage situé en aval avait été formellement exclu par l'expert judiciaire, le principe de précaution ne pouvait trouver application”. Pourvoi n° 08-19.108. Troisième chambre civile. Cour de Cassation, 3 de março de 2010.

²⁹ O laboratório tenta, em seu recurso, circunscrever a aplicação do princípio da precaução a situações em que existam informações científicas claras sobre a existência do risco, tese essa rechaçada pelo Tribunal ao reconhecer um dever de vigilância na hipótese dadas as demais informações existentes no momento de comercialização do medicamento. Veja-se a respeito o seguinte trecho: *que le principe de précaution qui impose d'anticiper et de prévenir les risques d'un produit suppose un contexte d'incertitude scientifique et une représentation scientifique suffisante des risques potentiels; que la responsabilité d'un laboratoire, fabricant et distributeur de médicaments, pour défaut de vigilance dans sa gestion du risque découlant du principe actif du produit, suppose à tout le moins que les connaissances scientifiques de l'époque aient fait apparaître l'existence d'un risque pour l'homme scientifiquement plausible c'est-à-dire admis par une partie significative de la communauté scientifique*. Pourvoi n° 04-16.179, Première chambre civile, Cour de Cassation, 7 de março de 2006.

revelaram, segundo a Corte de Cassação, um estado de dúvida que exigia uma atuação preventiva do laboratório associada a um dever de vigilância³⁰.

A despeito de sua origem associada aos riscos ambientais, o princípio da precaução revela, assim, uma capacidade de expansão do seu campo de incidência, podendo ser igualmente aplicável em outras situações envolvendo riscos ainda hipotéticos ou potenciais. Conforme apontam os Professores Philippe Kourilsky e Geneviève Viney, o princípio da precaução pode ser aplicado em temas envolvendo, por exemplo, alimentação e saúde³¹, e, para além de melhorar a segurança, pode constituir um pilar para o desenvolvimento econômico sustentável³².

De fato, o desenvolvimento econômico sustentável pressupõe o desejável equilíbrio entre inovação e conservação. E, conforme acentua Mireille Delmas-Marty, o princípio da precaução permite a existência desse equilíbrio de forma dinâmica e gradual e não apenas de maneira estática³³. Como descreve Émilie Gaillard, o princípio da precaução reforça o dever de prudência e de vigilância e se insere como elemento necessário no âmbito do processo de metamorfose do direito da responsabilidade causado pela sociedade de risco³⁴.

³⁰ *En l'état de doutes portant sur l'innocuité d'un produit, d'études expérimentales et d'observations cliniques qui contre-indiqueraient son utilisation, la société qui le fabriquait et qui n'avait pris aucune mesure devant des résultats discordants quant aux avantages et inconvénients, a manqué à son obligation de vigilance.* Pourvoi n° 04-16.179, Première chambre civile, Cour de Cassation, 7 de março 2006.

³¹ *Toutefois, le contenu de cet énoncé n'est pas exclusivement applicable aux questions d'environnement. Le principe de précaution d'ailleurs est de plus en plus solvante invoqué à l'occasion de problèmes relatifs à l'alimentation et à la santé.* KOURILSKY, Philippe; VINEY, Geneviève. *Le principe de précaution.* Rapport au Premier Ministre. Paris, 1999. Disponível em: < <https://www.vie-publique.fr/rapport/26392-le-principe-de-precaution-rapport-au-premier-ministre>>. Acesso em: 15 mar. 2023.

³² *Le principe de précaution a connu un succès d'opinion si notable que son usage en est devenu parfois incantatoire. Il est considéré par certains comme une avancée majeure du droit qui, non seulement est susceptible d'améliorer la sécurité, mais peut encore constituer un pilier du développement économique durable et servir de rempart contre les débordements de la technique et du productivisme.* KOURILSKY, Philippe; VINEY, Geneviève. *Le principe de précaution.* Rapport au Premier Ministre. Paris, 1999. Disponível em: < <https://www.vie-publique.fr/rapport/26392-le-principe-de-precaution-rapport-au-premier-ministre>>. Acesso em: 15 mar. 2023.

³³ (...) *il faut concilier l'esprit d'innovation et l'esprit de conservation. Telle est précisément la fonction du principe dit de précaution quand il fonctionne comme un régulateur, par ajustement et réajustement, afin de rendre possible un équilibre non pas statique mais dynamique.* DELMAS-MARTY, Mireille. *Le principe de précaution et le paradoxe de l'anthropocène.* In: D'AMBROSIO, Luca; GIUDICELLI-DELAGE, Geneviève; MANACORDA, Stefano. (Org.). *Principe de précaution et métamorphoses de la responsabilité.* Paris: Mare & Martin, 2018, p. 16.

³⁴ *L'avènement du principe de précaution {conduit} à un renforcement du devoir de prudence et de vigilance pesant sur les producteurs comme sur toute personne. Il relève d'un processus de métamorphose du droit de la responsabilité intimement lié à l'entrée dans la société du risque.* GAILLARD, Émilie. *Le principe de précaution en droit civil français: dynamiques systémiques de métamorphoses.* In: D'AMBROSIO, Luca; GIUDICELLI-DELAGE, Geneviève; MANACORDA, Stefano. (Org.). *Principe de précaution et métamorphoses de la responsabilité.* Paris: Mare & Martin, 2018, p. 126-127.

Não obstante essa leitura mais transversal do princípio da precaução, há significativa resistência por parte da doutrina francesa em associar dito princípio ao regime da responsabilidade civil, uma vez que a obrigação de reparação não se mostra presente e determinável em tais situações³⁵.

Essa crítica, no entanto, não deve subsistir, uma vez que a incorporação do princípio da precaução no âmbito da responsabilidade civil não tem o condão de desnaturar os seus pressupostos. Assim como sugerido em relação ao princípio da prevenção, o princípio da precaução também deve ser inserido em um contexto funcional mais amplo da responsabilidade civil de modo a permitir o enfrentamento dos riscos produzidos pela sociedade contemporânea.

Encerrado o breve percurso de investigação no direito francês, que revela um caminho promissor para o desenvolvimento dos princípios da prevenção e da precaução, busca-se no tópico seguinte avaliar tais princípios à luz da dogmática civil constitucional brasileira.

5. A ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO E DA PRECAUÇÃO À LUZ DA DOGMÁTICA CIVIL-CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

A Constituição da República, centrada no princípio da dignidade humana, pressupõe a construção de uma sociedade livre, justa e solidária que busque a redução das desigualdades sociais e elimine todas as formas de discriminação³⁶. O princípio constitucional da solidariedade impõe, de forma ampla, deveres sociais em prol da construção de uma sociedade menos desigual e mais inclusiva, possibilitando que todos os indivíduos desfrutem de *igual dignidade social*³⁷.

³⁵ *Cette sanction du principe de précaution pose problème: la responsabilité civile produit une obligation de réparation. Or, cette obligation n'apparaît guère déterminable, ni dans son montant, ni dans les parties au rapport obligatoire, lorsque l'existence d'un préjudice n'est pas encore acquise. À défaut de causalité avérée, les situations de précaution ne contiennent qu'un "risque de causalité". Le principe de précaution semble donc incompatible avec la responsabilité civile.* QUÉZEL-AMBRUNAZ, Christophe. *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*. Paris: Dalloz, 2010, p. 407.

³⁶ BRASIL. [Constituição (1988)]. Art. 1º, Inciso III, e Art. 3º, Incisos I, II e IV. In: _____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2020. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/566968/CF88_EC105_livro.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2023.

³⁷ Conforme esclarece Perlingieri, *os princípios da solidariedade e da igualdade são instrumentos e resultados da atuação da dignidade social do cidadão e uma das interpretações mais avançadas é aquela que define a noção de igual dignidade social como o instrumento que confere a cada um o direito ao 'respeito' inerente à qualidade de homem, assim como a pretensão de ser colocado em condições idôneas a*

Os deveres decorrentes do princípio da solidariedade são aqueles que devem orientar a prática de todos os atos e negócios jurídicos que possam, em alguma medida, acarretar impactos sociais significativos sobre a vida das pessoas. A cooperação social advinda do princípio da solidariedade envolve, por outro lado, o compromisso entre gerações distintas de forma a possibilitar o desenvolvimento sustentável das pessoas no âmbito da sociedade³⁸. Não se compreende mais uma concepção de curto prazo pautada exclusivamente na busca da satisfação de interesses individuais que não estejam em sintonia com a realidade que lhes é subjacente³⁹.

A visão que outorga amplo espaço ao exercício discricionário e ilimitado da autonomia da vontade, fruto principalmente das construções doutrinárias surgidas a partir do século XIX, cede espaço à concepção moldada pelo atual projeto civil-constitucional que identifica a dignidade humana como epicentro axiológico do sistema jurídico, funcionalizando institutos de direito privado de forma a assegurar existência digna às pessoas⁴⁰. A autonomia privada não se revela mais irrestrita. O ordenamento jurídico a funcionaliza de forma a legitimar ações que tenham como pressuposto a realização de valores constitucionais que apresentem a pessoa como elemento central⁴¹. Ao lado da

exercer as próprias aptidões pessoais, assumindo a posição a estas correspondentes. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.37.

³⁸ Nesse sentido destaca Monteiro Filho que *a partir do substrato da solidariedade, estabelece-se não só o direito de respeito à coletividade, como também o dever de cooperação entre as gerações presentes para com as gerações futuras.* MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Lesão ao tempo: configuração e reparação nas relações de consumo. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 43, n. 141, p. 87-113, 2017. Disponível em:

<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-AJURIS_141.04.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2023.

³⁹ Barboza e Almeida, após invocarem a lição de Miguel Reale de que é preciso recolocar o direito no “mundo real”, assinalam que o direito deve se voltar *para as pessoas reais existentes no mundo dos fatos, e não mais sujeitos ideais, titulares abstratos de direitos equitativamente atribuídos e assegurados, com base numa igualdade formal* (BARBOZA; ALMEIDA, 2017). BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. A tutela das vulnerabilidades na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor. (Org.). *Da dogmática à efetividade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional (IV Congresso do IBDCIVIL)*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 37-50.

⁴⁰ Ao discorrer sobre a autonomia privada, Perlingieri, reconhecendo a atual hierarquia constitucional dos valores, assevera que *a liberdade não se identifica com a iniciativa econômica: a liberdade da pessoa, e a consequente responsabilidade, ultrapassa e subordina a si mesma a iniciativa econômica.* PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.17.

⁴¹ Ao discorrer sobre a funcionalização dos institutos de direito civil, esclarece Tepedino que a reflexão sobre o tema *interfere diretamente na teoria dos atos e negócios jurídicos, no sentido de superar a abordagem meramente estática de seus elementos estruturais – forma e conteúdo – , para se alcançar a função – o porquê e para quê – em modo a se identificar a legitimidade objetiva da alteração propiciada pela autonomia privada nas relações jurídicas pré-existentes.* TEPEDINO, Gustavo. Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 8-37, jul/set. 2014, p.12. Disponível em: <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/129/125>>. Acesso em: 15 mar. 2023.

função protetivo-repressiva, deve ser conferida crescente relevância à função promocional do ordenamento⁴².

Nesse contexto, observa-se claramente que os institutos jurídicos deverão ser funcionalizados de forma a evitar a ocorrência de danos que atentem contra direitos fundamentais. A função promocional preconizada pelo projeto civil-constitucional impõe que sejam avaliadas preventivamente todas as situações de risco de forma a evitar a ocorrência de danos, assim como a cooperação social advinda do princípio da solidariedade exige que as atividades econômicas não sejam desenvolvidas apenas sob uma perspectiva individual, devendo, ao revés, ser orientadas em favor do desenvolvimento sustentável.

O regime da responsabilidade civil, em particular, não pode se revelar refém de conceitos que impeçam a expansão da capacidade protetiva desse relevante segmento do direito. Ao lado da função que objetiva a recomposição patrimonial, a responsabilidade civil deve incorporar progressivamente os princípios da prevenção e da precaução de forma a desempenhar uma nova função que busque mitigar ou mesmo evitar a ocorrência de danos, destacadamente quando esses danos atingem direitos fundamentais⁴³.

As medidas protetivas do regime da responsabilidade civil devem alcançar todas as situações que possam acarretar violações a interesses juridicamente protegidos, ainda que haja apenas a configuração de uma ameaça associada a riscos potenciais. E essa ampliação funcional da responsabilidade civil ganhará ainda mais relevo quando se tratar de violação a direitos inerentes à pessoa⁴⁴.

Observa-se, assim, que o projeto civil-constitucional brasileiro revela a necessidade da atuação preventiva na tutela de direitos fundamentais no âmbito do regime de

⁴² Ao abordar a função promocional do ordenamento, Bobbio destaca que *a técnica do encorajamento visa não apenas a tutelar, mas também a provocar o exercício dos atos conformes, e, a introdução da técnica do encorajamento reflete uma verdadeira transformação na função do sistema normativo em seu todo e no modo de realizar o controle social*. BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. São Paulo: Manoele, 2007, p.15.

⁴³ Em sentido similar é o magistério de Thaís Goveia Pascoaloto Venturi: *Logo, torna-se necessário descobrir novos contornos que se prestem a fundamentar a aplicação da responsabilidade civil sob perspectivas sensivelmente distintas daquelas até então observadas, sobretudo no que diz respeito ao seu aspecto preventivo; não sendo aceitável, diante de uma sociedade globalizada e hiperexposta a danos graves e irreversíveis, que se restrinja a aplicação do instituto exclusivamente pelo seu viés reparatório*. VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *Responsabilidade civil preventiva: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 47.

⁴⁴ Conforme anota Pietro Perlingieri, uma vez considerada a personalidade humana como um interesse juridicamente protegido e relevante para o ordenamento, a responsabilidade civil se estende também a todas as violações dos comportamentos subjetivos nos quais pode se realizar a pessoa. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 766.

responsabilidade civil, o que poderá ser satisfeito com a progressiva incorporação dos princípios da prevenção e precaução.

6. AMPLIAÇÃO FUNCIONAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Pietro Perlingieri evidencia que o fato jurídico *deve ser estudado nos dois perfis que concorrem para individuar sua natureza: a estrutura (como é) e a função (para que serve)*. Esclarece ainda *na identificação da função dever-se-á considerar os princípios e valores do ordenamento que a cada vez permitem proceder à valoração do fato*⁴⁵.

Evidenciado o projeto civil-constitucional brasileiro no item precedente, com destaque para a dignidade da pessoa como epicentro axiológico do sistema jurídico e a solidariedade como princípio que pressupõe o compromisso entre gerações distintas de forma a possibilitar o desenvolvimento sustentável das pessoas no âmbito da sociedade, a responsabilidade civil não deve ter como função exclusiva a de reequilibrar os interesses lesados pelo evento danoso.

A responsabilidade civil deve também servir como instrumento que possibilite evitar ou mitigar a própria ocorrência de violações a interesses juridicamente protegidos. E o caminho dogmático indicado para uma proposta de efetiva mitigação de danos associa-se à adesão aos princípios da prevenção e da precaução, o primeiro aplicável às hipóteses em que seja possível delimitar a extensão dos riscos envolvidos e o segundo observável quando essa tarefa ainda não se revelar factível.

A incidência dos preceitos normativos centrais que orientam o projeto civil-constitucional brasileiro sobre o contexto fático atual, dotado de elevada complexidade e onde se observa um aumento exponencial de riscos, impõe a ampliação funcional da responsabilidade civil de forma que esse importante segmento do direito não mais se circunscreva à reparação de danos. Conforme assinala Nelson Rosenvald, o sistema de responsabilidade civil não pode manter uma neutralidade perante valores juridicamente relevantes em um dado momento histórico e social⁴⁶.

No que se refere especificamente ao princípio da prevenção, há mesmo quem reconheça um papel ainda mais amplo no âmbito da responsabilidade civil. Nesse sentido,

⁴⁵ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 642-643.

⁴⁶ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 99.

Thaís Goveia Pascoaloto Venturi afirma que, além da já mencionada ampliação funcional, o princípio da prevenção teria a aptidão de refundar o regime de responsabilidade civil, legitimando-o no contexto da sociedade contemporânea⁴⁷.

Teresa Ancona Lopes, por sua vez, apresenta os princípios da prevenção e da precaução dentro do que seria a função preventiva, em sentido lato, da responsabilidade civil. A responsabilidade civil passaria, assim, a apresentar 3 (três) funções distintas: (i) compensatória; (ii) dissuasória; e, (iii) preventiva⁴⁸.

Os princípios da prevenção e da precaução, dentro dessa nova perspectiva funcional da responsabilidade civil, irão legitimar a adoção de mecanismos inibitórios com o objetivo de evitar ou fazer cessar uma situação lesiva, assim como deverão orientar a adoção de condutas preventivas pelos indivíduos que sejam aptas a diminuir a chance de ocorrência de danos.

Nessa última hipótese, há um significativo espaço de conformação dos princípios da prevenção e precaução no âmbito das relações contratuais, uma vez que, identificados os riscos concretos ou potenciais associados a uma determinada atividade econômica, abre-se a oportunidade de criação de mecanismos contratuais preventivos que busquem mitigar ou mesmo eliminar a ocorrência de danos.

As medidas contratuais associadas ao princípio da prevenção, de um lado, poderão ser mais facilmente delimitadas, pois vinculam-se a riscos identificáveis, havendo, inclusive, inúmeras regras existentes na esfera da regulação estatal, a exemplo da disciplina ambiental, que poderão ser facilmente amplificadas contratualmente de forma a criar mecanismos mais precisos de eliminação ou mitigação de danos.

As medidas associadas ao princípio da precaução, por outro lado, impõem um desafio ainda maior à estruturação dos contratos dada a impossibilidade de mapeamento objetivo de riscos. As medidas contratuais preventivas, nessa perspectiva, deverão revelar

⁴⁷ Nesse sentido afirma Thaís Goveia Pascoaloto Venturi que *objetiva-se sustentar a necessidade de uma possível sistematização da prevenção no direito da responsabilidade civil, que só se torna viável a partir do reconhecimento de que, muito mais que funcionalizar o instituto, a prevenção, na verdade, o refundamenta, legitimando-o no contexto da sociedade atual.* VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *Responsabilidade civil preventiva: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material.* São Paulo: Malheiros, 2014, p. 89.

⁴⁸ *O princípio da precaução, que tem por fundamento ético a prudência e jurídico a obrigação geral de segurança, deverá, doravante, fazer parte da responsabilidade civil, e esse ramo do direito passa a ter três funções: a função compensatória (reparação integral); a função dissuasória (deterrence), que aparece através das indenizações pesadas contra o autor do dano (essa função é chamada preventiva ainda hoje); a função preventiva, em sentido lato, englobando os princípios da precaução e da prevenção, pela qual haverá a antecipação de riscos e danos.* LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil.* São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 17.

uma preocupação sistêmica associada ao desenvolvimento da atividade econômica que constitui o objeto do contrato, uma vez que não se revela possível a atuação de forma casuística em razão da absoluta inexistência de um ponto focal de risco.

Apresenta-se como medida preventiva nesse ambiente, por exemplo, o fomento contratual à diversidade de raças e igualdade de gênero na configuração do quadro de recursos humanos como forma de mitigação de riscos associados a situações de discriminação racial e assédio⁴⁹. Da mesma forma, disposições contratuais que assegurem melhores condições econômicas aos integrantes da cadeia produtiva de fornecedores de produtos e serviços também poderão evitar riscos associados a práticas degradantes de trabalho, gerando efeitos econômicos sistêmicos que irão favorecer o respeito aos direitos sociais⁵⁰.

O próprio resultado advindo de tais práticas contratuais, por si só, já servirá de estímulo para a sua adoção, pois a mitigação de riscos é um dos objetivos reiteradamente perseguidos no desempenho de atividades econômicas de forma a elevar a sua atratividade e captação de recursos financeiros. No entanto, como elemento adicional de estímulo, deve ser reconhecida a possibilidade de se atenuar eventuais indenizações decorrentes dos danos ocorridos a despeito da efetiva adoção de medidas preventivas.

Mais precisamente, nas hipóteses em que houver a efetiva adoção de medidas preventivas e, mesmo assim, não for possível evitar a ocorrência do evento danoso, o *quantum* indenizatório deverá ser equitativamente reduzido com base no preceito estabelecido no parágrafo único do art.944 do Código Civil⁵¹, avaliando-se em concreto as despesas associadas às medidas preventivas adotadas. A dosimetria do *quantum*

⁴⁹ A partir de uma proposta que distingue regras de *compliance* e de sustentabilidade, Stavros Gadinis e Amelia Miazad evidenciam como uma intervenção mais sistêmica, associada por exemplo à representação das mulheres em funções de liderança, pode apresentar resultados associados à mitigação de riscos de assédio e discriminação. *Turning to gender in the workplace, compliance focuses on sexual harassment and discrimination, while sustainability looks at issues such as women's representation in leadership roles. In all these cases, the deeper motives are shared.* GADINIS, Stavros; MIAZAD, Amelia. *Corporate law and social risk*. Vanderbilt Law Review. Nashville, 2020. Disponível em: < <https://ssrn.com/abstract=3441375> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3441375>>. Acesso em: 15 mar. 2023.

⁵⁰ Conforme destaca Simone Faustini *quando a priorização da redução dos custos se sobrepõe a outros parâmetros, os aspectos sociais deixam de ser analisados na contratação dos fornecedores, gerando um ambiente de negócios que favorece a violação de direitos humanos, por falta de políticas e procedimentos de controle de redes complexas de fornecedores.* FAUSTINI, Simone. *Sustentabilidade na cadeia de valor: conceitos, estratégias e práticas*. Curitiba: Appris, 2006.

⁵¹ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização desenhovida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. BRASIL. Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 15 mar. 2023.

indenizatório de eventuais reparações supervenientes servirá, assim, de estímulo adicional à adoção de condutas preventivas em observância aos princípios da prevenção e da precaução. E, caso não tenham sido adotadas medidas preventivas, não haverá qualquer decréscimo do valor da indenização.

O parâmetro ora sugerido não tem o propósito de condicionar a reparação à verificação do grau de culpa daqueles que deixaram de adotar medidas preventivas, até mesmo porque existem hipóteses que ensejam a aplicação do regime da responsabilidade objetiva⁵². Em verdade, deverá ser empreendida uma avaliação da conduta específica sobre a adoção ou não de medidas preventivas de forma a avaliar a quantificação da reparação a ser fixada.

Com isso, os princípios da prevenção e da precaução, inseridos em uma nova perspectiva funcional que deve ser reconhecida à responsabilidade civil, poderão servir como instrumentos hábeis à efetiva mitigação de riscos e redução de danos.

7. A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO E DA PRECAUÇÃO PELOS TRIBUNAIS NO BRASIL

Os princípios da prevenção e da precaução já foram expressamente invocados em inúmeras oportunidades pelo Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal dentre os fundamentos normativos determinantes para a resolução de controvérsias envolvendo a existência de riscos associados a danos ambientais e à saúde.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a maior parte dos precedentes associa-se à incidência dos princípios da prevenção e da precaução de forma a justificar a atuação preventiva em matéria ambiental. Em hipótese envolvendo regularização fundiária em unidade de conservação, por exemplo, reconheceu o STJ que a *jurisdição ambiental realmente adequada não se exerce a um passo atrás, mas a um passo à frente da*

⁵² Ao comentar o preceito veiculado no parágrafo único do art.944 do Código Civil, esclarece Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho que *a interpretação contemporânea a ser dada à norma recomenda que se proceda à análise da “conduta” do ofensor, e não propriamente à análise do grau de sua culpa, para os efeitos do cálculo do quantum. Dessa forma, afasta-se o risco de uma contradição incompatível com a noção de unidade do sistema que representa o ordenamento jurídico: o paradoxo de o agente causador que agiu com culpa ser beneficiado com a redução ao passo que aquele que age sem qualquer culpa (ou em grau zero, como ora se propõe) vir a ser obrigado à reparação integral.* MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Artigo 944 do Código Civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral.* Rio de Janeiro: Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado, 2008, p. 81-82.

*deterioração ou destruição do meio ambiente e que, em matéria de meio ambiente, a atuação mais eficaz, efetiva e eficiente do Estado vem a ser chegar antes da perda ecológica, celeridade inspirada nos princípios da prevenção, precaução e in dubio pro natura*⁵³.

A prevenção igualmente orientou o julgamento realizado pelo STJ em que foi reconhecida a relevância da realização do denominado *recall* que, inspirado no preceito estabelecido no § 1º do art. 10 do Código de Defesa do Consumidor⁵⁴, objetiva *informar o consumidor sobre defeito em um produto ou serviço já introduzido no mercado de forma a minorar eventuais riscos que o defeito apresentado possa oferecer à saúde e vida dos consumidores*⁵⁵.

No Supremo Tribunal Federal, os princípios da prevenção e da precaução são reiteradamente invocados como elementos normativos para a resolução de questões envolvendo a proteção à vida, à saúde e ao meio ambiente. Em recurso onde se discutiu a possibilidade de imposição, ao concessionário de serviço público de distribuição de energia elétrica, de obrigação de reduzir o campo eletromagnético das linhas de transmissão em razão de eventuais efeitos nocivos à saúde da população, reconheceu o Tribunal que *o princípio da precaução é um critério de gestão de risco a ser aplicado sempre que existirem incertezas científicas sobre a possibilidade de um produto, evento ou serviço desequilibrar o meio ambiente ou atingir a saúde dos cidadãos, o que exige que o estado analise os riscos, avalie os custos das medidas de prevenção e, ao final, execute as ações necessárias, as quais serão decorrentes de decisões universais, não discriminatórias, motivadas, coerentes e proporcionais*⁵⁶.

Em julgamento mais recente, envolvendo a análise de constitucionalidade da Medida Provisória n.º 966/2020, que *dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos, por ação e omissão pertinentes a atos relacionados com a pandemia da COVID-19*, após reiterar que *em matéria de proteção à vida, à saúde e ao meio ambiente, as decisões adotadas pelo Poder Público sujeitam-se aos princípios constitucionais da prevenção e da precaução*, o Tribunal reconheceu que a conduta dos agentes público

⁵³ Agravo interno no Agravo em Recurso Especial n.º 1656657/MG, Segunda Turma, Relator o Ministro Herman Benjamin.

⁵⁴ § 1º O fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários.

⁵⁵ Recurso Especial n.º 1838184/RS, Quarta Turma, Relator o Ministro Luis Felipe Salomão.

⁵⁶ Recurso Extraordinário n.º 627189/SP, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Dias Toffoli.

durante o período da pandemia deve igualmente ser balizada pelos princípios da prevenção e da precaução. Mais especificamente, de acordo com o Tribunal, *se há alguma dúvida sobre o impacto real que uma determinada substância, um determinado produto, ou uma determinada atuação vai provocar na saúde e na vida das pessoas, o princípio da precaução e o princípio da prevenção recomendam a autocontenção*⁵⁷.

Esses precedentes revelam, de forma inquestionável, o acolhimento dos princípios da prevenção e da precaução como elementos normativos pelos Tribunais Superiores. Ainda que não se observe uma desejável sistematização desses princípios nos precedentes citados, o seu reconhecimento de forma abrangente reforça a legitimidade de uma leitura mais transversal de forma a inseri-los em uma nova perspectiva funcional que deve ser reconhecida à responsabilidade civil.

8. CONCLUSÃO

No presente ensaio, buscou-se apresentar uma reflexão crítica sobre os princípios da prevenção e da precaução no enfrentamento dos inúmeros riscos gerados pela sociedade contemporânea e que não são satisfatoriamente disciplinados pelo atual regime da responsabilidade civil.

Como proposição inicial para a realização dessa reflexão, examinou-se o projeto de reforma do Código Civil francês que busca conferir um tratamento mais amplo e sistemático à responsabilidade civil, abrigando a prevenção dentre os princípios que a regem. O projeto busca assegurar que a responsabilidade civil discipline todas as situações atuais e futuras que possam ensejar a ocorrência de danos. Dentre as inovações propostas, há a possibilidade de os juízes adotarem medidas com o propósito específico de prevenir a ocorrência de danos ou fazer cessar a situação de ilicitude, alinhando-se à busca de pleno respeito à integridade dos direitos.

Em seguida, foram apresentados alguns aportes teóricos franceses que permitem a melhor compreensão do princípio da prevenção no âmbito da responsabilidade civil. Essa produção teórica evidencia o processo de profunda modificação do regime da responsabilidade civil e a necessidade de adoção de um novo paradigma funcional que, por sua vez, poderá ser efetivado a partir do projeto de reforma do Código Civil examinado.

⁵⁷ ADI n.º 6421/DF, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Luís Roberto Barroso.

Empreendeu-se, a seguir, o exame do princípio da precaução. Embora não abrigado textualmente no projeto de reforma do Código Civil, foram também apresentadas reflexões da doutrina francesa sobre o tema, dada a conexão conceitual com o contexto funcional mais amplo da responsabilidade civil de modo a permitir o enfrentamento dos riscos produzidos pela sociedade contemporânea.

Encerrado o breve percurso de investigação dos princípios da prevenção e da precaução no direito francês, buscou-se contextualizar o tema no cenário jurídico brasileiro. Para tanto, examinou-se o projeto civil constitucional brasileiro e os valores centrais que o fundamentam, demonstrando-se, a partir desse exame, que os institutos jurídicos deverão ser funcionalizados de forma a evitar a ocorrência de danos que atentem contra direitos fundamentais.

Nesse esteio, ao lado da função que objetiva a recomposição patrimonial, a responsabilidade civil deve incorporar progressivamente os princípios da prevenção e da precaução de forma a desempenhar uma nova função promocional que busque mitigar ou mesmo evitar a ocorrência de danos, destacadamente quando se tratar de violação a direitos inerentes à pessoa.

Como última etapa do trabalho, foi sugerida a adoção de uma nova perspectiva funcional da responsabilidade civil a partir da gradual incorporação dos princípios da prevenção e da precaução. Essa nova perspectiva funcional busca, de um lado, instrumentalizar a responsabilidade civil de mecanismos inibitórios com o objetivo de evitar ou fazer cessar uma situação lesiva, e, de outro, pretende introduzir prescrições preventivas de comportamento que sejam aptas a diminuir a chance de ocorrência de danos.

Esse perfil inovador da responsabilidade civil encontra no Brasil o arcabouço jurídico necessário para o seu promissor desenvolvimento. A atuação preventiva se impõe como medida necessária para que sejam mitigados os atos atentatórios a interesses juridicamente protegidos, especialmente no cenário brasileiro, caracterizado por um quadro de profundas desigualdades socioeconômicas, de expressiva vulnerabilidade existencial e de exclusão.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. A tutela das vulnerabilidades na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado;

ALMEIDA, Vitor. (Org.). *Da dogmática à efetividade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional (IV Congresso do IBDCIVIL)*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida líquida*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. São Paulo: Manoele, 2007.

BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 15 mar. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Art. 1º, Inciso III, e Art. 3º, Incisos I, II e IV. In: _____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2020. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/566968/CF88_EC105_livro.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2023.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3.ed. Trad. António Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

DELMAS-MARTY, Mireille. Le principe de précaution et le paradoxe de l'anthropocène. In: D'AMBROSIO, Luca; GIUDICELLI-DELAGE, Geneviève; MANACORDA, Stefano. (Org.). *Principe de précaution et métamorphoses de la responsabilité*. Paris: Mare & Martin, 2018.

FAUSTINI, Simone. *Sustentabilidade na cadeia de valor: conceitos, estratégias e práticas*. Curitiba: Appris, 2006.

FRANÇA. Código Civil. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006070721/>>. Acesso em: 15 mar. 2023.

FRANÇA. Código de Meio Ambiente. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000043975398>. Acesso em: 15 mar. 2023.

FRANÇA. Carta do Meio Ambiente (Lei Constitucional de 1ª de março de 2005). Disponível em: < [https:// www. legifrance.gouv.fr/contenu/menu/droit-national-environneur/constitution/charte-de-l-environnement](https://www.legifrance.gouv.fr/contenu/menu/droit-national-environneur/constitution/charte-de-l-environnement)>. Acesso em: 15 mar. 2023.

FRANÇA. Projeto de Lei n.º 678 (Senado). Disponível em: < <https://www.senat.fr/leg/pp19-678.html>>. Acesso em: 15 mar. 2023.

KOURILSKY, Philippe; VINEY, Geneviève. *Le principe de précaution*. Rapport au Premier Ministre. Paris, 1999. Disponível em: < <https://www.vie-publique.fr/rapport/26392-le-principe-de-precaution-rapport-au-premier-ministre>>. Acesso em: 15 mar. 2023.

GADINIS, Stravos; MIAZAD, Amelia. *Corporate law and social risk*. Vanderbilt Law Review. Nashville, 2020. Disponível em: < <https://ssrn.com/abstract=3441375> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3441375>>. Acesso em: 15 mar. 2023.

GAILLARD, Émilie. Le principe de précaution en droit civil français: dynamiques systémiques de métamorphoses. In: D'AMBROSIO, Luca; GIUDICELLI-DELAGE, Geneviève; MANACORDA, Stefano. (Org.). *Principe de précaution et métamorphoses de la responsabilité*. Paris: Mare & Martin, 2018.

LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Lesão ao tempo: configuração e reparação nas relações de consumo. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 43, n. 141, p. 87-113, 2017. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-AJURIS_141.04.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2023.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Artigo 944 do Código Civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral*. Rio de Janeiro: Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

- QUÉZEL-AMBRUNAZ, Christophe. *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*. Paris: Dalloz, 2010.
- ROSENVOLD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SINTEZ, Cyril. *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile: contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes*. Paris: Dalloz, 2011.
- TEPEDINO, Gustavo. Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 8-37, jul/set. 2014. Disponível em: <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/129/125>>. Acesso em: 15 mar. 2023.
- THIBIERGE, Catherine. Livres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile?). *Revue Trimestrielle de Droit Civil* 3. Paris. Junho/setembro/1999.
- VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *Responsabilidade civil preventiva: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material*. São Paulo: Malheiros, 2014.
- VINEY, Geneviève. *Introduction à la responsabilité*. Paris: LGDJ, 2019.
- VINEY, Geneviève. *Le déclin de la responsabilité individuelle*. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1965.
- VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de Droit Civil: les conditions de la responsabilité*. Paris: Lextenso éditions, 2013.

O “QUASE” NA VISÃO DO DIREITO BRASILEIRO E ITALIANO: A CHANCE COMO BEM JURIDICO PASSÍVEL DE TUTELA

Simone Cohn Dana

Sumário: 1. Introdução; 2. Lesão à chance no Direito brasileiro; 2.1. Natureza jurídica do dano gerado pela lesão à chance; 2.1.1. Lesão à chance como novo dano ressarcível?; 2.1.2. A teoria dos efeitos da lesão; 2.2. Requisitos para a configuração da lesão; 3. Observatório jurisprudencial: a percentualização da chance em perspectiva do direito comparado; 4. Conclusão; 5. Referências bibliográficas.

“É o quase que me incomoda, que me entristece, que me mata trazendo tudo que poderia ter sido e não foi. Basta pensar nas oportunidades que escaparam pelos dedos, nas chances que se perdem por medo, nas ideias que nunca sairão do papel por essa maldita mania de viver no outono”
(Westphal, SARAH).

1. Introdução

“Aquilo que poderia ter sido e não foi...”. Essa é a definição de *chance* no poema intitulado “Quase”, de Sarah Westphal. Perpassando ao âmbito da probabilidade e da estatística, nota-se a *chance* como a probabilidade de ocorrência de um evento dividida pela probabilidade da não ocorrência do mesmo evento. Já na análise da etimologia da palavra, o vocábulo *chance* vem da língua francesa “*chance*”, que significa sorte, risco, possibilidade; originário do francês antigo, “*cheance*”, que significa “queda dos dados”, “acidente” e influenciado pelo vocábulo em latim “*cadentia*”, que remonta “àquilo que cai”.

Diante dos múltiplos conceitos de “chance” em diferentes esferas, vem à tona a questão da tutela da chance pelo ordenamento jurídico brasileiro. Seria a chance, ou

melhor, a perda da chance, passível de tutela autônoma pelo ordenamento jurídico? Hipóteses como a de um paciente que, em vez de permanecer internado, recebe alta indevidamente e falece¹; um participante de um *reality show*, que, por erro do programa na contagem de pontos, é eliminado e deixa de concorrer ao prêmio final²; um investidor que tem suas ações vendidas antecipadamente, sem autorização, e perde a oportunidade de obter melhor vantagem³, dentre tantos outros casos, são passíveis de indenização na seara da responsabilidade civil?

Se não é possível determinar com certeza qual teria sido o resultado dos eventos dos quais se esperava a obtenção de vantagem, pode-se falar em dano certo e passível de indenização?

O ponto em comum a todos esses casos é que o incidente atingiu o interesse do demandante sobre um evento aleatório. A vítima tinha uma expectativa de obtenção de vantagem ou de afastamento de prejuízo e essa expectativa foi frustrada por fato imputável ao ofensor.

Como não era possível, contudo, afirmar inequivocamente que, sem o ato do ofensor, a vantagem seria obtida, o Direito ignorava o dano diverso da perda da vantagem em si, em outras palavras, a perda da oportunidade de obter aquela vantagem, a perda da chance.

Ao Brasil a teoria chegou na década de 1990, diante de julgado de relatoria do Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Junior, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul⁴. O caso tratou de ação indenizatória de danos decorrentes de erro médico em que o Tribunal, embora tenha reconhecido a aplicabilidade ao ordenamento pátrio da teoria da perda da chance, negou-a no caso concreto.

No Superior Tribunal de Justiça, o primeiro e emblemático caso julgado pelo Tribunal foi o REsp 788.459/BA⁵, que trata do *Show do Milhão*.

¹ TJRJ, Apel. 0008480-50.2011.8.19.0042, 25ª Câmara Cível, Rel. JDS Isabela Pessanha Chagas, j. 25.4.2018, DJe 26.4.2018.

² STJ, REsp 1.757.936/SP, 3ª T., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 20.8.2019, DJe 28.8.2019.

³ STJ, REsp n. 1.540.153/RS, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 17.4.2018, DJe 6.6.2018.

⁴ “Cirurgia seletiva para correção de miopia, resultando névoa no olho operado e hipermetropia. Responsabilidade reconhecida, apesar de não se tratar, no caso, de obrigação de resultado e de indenização por perda de uma chance” (TJRS, Ap.Civ. nº 598069996, rel. des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, julg. 12.6.1990).

⁵ “RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE. 1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que

Em suma, uma participante do programa *Show do Milhão*, transmitido pelo SBT, garantiu o direito à indenização após ter se recusado a responder à questão final, conhecida como a “pergunta do milhão”, por estar mal formulada e não haver alternativa certa.

A questão era a seguinte: “A Constituição reconhece direitos aos índios de quanto do território brasileiro?”. De acordo com os advogados da participante, a “pergunta do milhão” foi extraída da Enciclopédia Barsa, mas não da Constituição Federal, como afirmava o programa televisivo.

No caso, o Tribunal de Justiça da Bahia havia mantido a decisão de primeira instância que condenara a empresa responsável pelo programa ao pagamento no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) – valor que a participante teria ganhado complementarmente se acertasse a pergunta final.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, contudo, o acórdão foi reformado pela Quarta Turma, valendo-se da aplicação da teoria da perda da chance. Na ocasião, entendeu-se, acertadamente, que, na realidade, a participante não perdeu o valor total do prêmio, mas a *chance* de ganhar o prêmio. Isso porque não se pode garantir que, fosse outra a pergunta formulada, a participante teria indicado a alternativa correta. Por essa razão, o colegiado reduziu o *quantum* indenizatório a R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais), o que corresponde à probabilidade de a participante acertar a alternativa correta (1/4 do prêmio total).

O caso exposto foi um divisor de águas na jurisprudência brasileira e trouxe diversos debates no Superior Tribunal de Justiça a respeito da aplicabilidade da teoria da perda da chance no ordenamento jurídico brasileiro. Questões como a natureza da lesão à chance e os critérios para a caracterização da lesão são alvo de discussões na jurisprudência brasileira e italiana e serão estudadas neste trabalho.

2. Lesão à chance no Direito brasileiro

2.1. Natureza jurídica do dano gerado pela lesão à chance

A responsabilidade civil pela perda da chance teve sua origem do Direito francês e, posteriormente, passou a ser adotada nos demais ordenamentos como o italiano, outros

razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade. 2. Recurso conhecido e, em parte, provido” (STJ, REsp n. 788.459/BA, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4ª T., julg. 18.11.05, DJe 13.3.2006).

abrangidos pelo *Common Law* e o pátrio. No Brasil, a teoria encontrou resistência a ser reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência, adquirindo maior aplicabilidade especialmente após o multicitado caso do *Show do Milhão*. Assim, os tribunais pátrios passaram a aplicar a teoria, mesmo diante da ausência de dispositivo expresso admitindo a sua aplicação.

Note-se, contudo, que, embora esteja diante de crescente aceitação da teoria, os magistrados não têm aplicado o instituto de maneira uniforme, observando-se casos de responsabilidade civil pela perda da chance como modalidade de dano emergente, outros como lucros cessantes, outros como dano extrapatrimonial e, ainda, outros como modalidade autônoma de dano, inclusive sendo a posição adotada em diversos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça.

De modo a ilustrar as diferenças entre as categorias, imagine-se o seguinte exemplo hipotético: suponha que o corredor Ayrton Senna, logo antes de ser campeão mundial pela primeira vez, restando apenas três corridas para o alcance do feito, com uma probabilidade consagrada e efetiva de 81% de chance de conquistar o campeonato, houvesse sofrido um atropelamento por um sujeito logo após obtenção da probabilidade consumada.

Suponha ainda que haveria uma série de danos, uma vez que o atleta ficaria internado no hospital por dois meses, não podendo voltar a correr. No caso, evidente que haveria algumas lesões relacionadas à chance, e outras não. As despesas médicas, por exemplo, se caracterizam como *danos emergentes* – que em nada se relacionam com a chance.

Por sua vez, diante do percentual de 81% de chance de ser campeão, entende-se que haveria a perda de uma chance de ordem patrimonial, uma vez que o atleta deixaria de receber o prêmio de milhões de dólares, isto é, a lesão seria efetivamente de ordem patrimonial.

Em relação às questões extrapatrimoniais, suponha-se que Ayrton teria obtido uma cicatriz facial expressiva pelo resto da vida – o que pode ser uma questão específica atinente ao dano moral, além de o próprio fato de permanecer acamado por dois meses, o que atingiria a dignidade da pessoa humana.

Na esfera da chance do ponto de vista extrapatrimonial, inclusive, nota-se a chance que Ayrton teria de se consagrar mundialmente como campeão de *Fórmula 1*. Sendo o campeonato uma possibilidade de obtenção de elevado prestígio na carreira profissional, o acidente seria barreira expressiva que incorreria também em lesão na esfera

extrapatrimonial de Ayrton, pela perda da possibilidade de obtenção do prestígio e reconhecimento mundial em sua carreira.

A partir do exemplo em mente, buscar-se-á uma tentativa de sistematização da natureza jurídica da chance perdida, diferenciando-a (i) do dano emergente; (ii) dos lucros cessantes; (iii) dos danos extrapatrimoniais e (iv) de modalidade autônoma de dano, trazendo os principais argumentos doutrinários e jurisprudenciais para a classificação.

2.1.1. Lesão à chance como novo dano ressarcível?

“A teoria da perda de uma chance (perte d'une chance) visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro (...).” Esse foi o posicionamento levantado pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.190.180/RS, que tratou da perda da chance provocada por advogado⁶. Na ocasião, o relator Ministro Luis Felipe Salomão menciona o dano pela perda da chance como uma terceira modalidade entre lucros cessantes e dano emergente.

No mesmo sentido é o julgamento do REsp 1.210.732/SC⁷, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão. Trata-se de indenização pleiteada por advogado em face da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos por atraso na entrega de petição enviada por Sedex, em que foi reconhecida a perda da chance como modalidade intermediária entre as categorias de dano já consagradas pelo ordenamento jurídico.

Não obstante tal posicionamento do Superior Tribunal de Justiça em diversos julgados, o entendimento como terceiro gênero não se mostra consolidado em sua jurisprudência, em razão de, em muitos casos que envolvem a perda da chance na seara médica, o Tribunal atribuir indenização a título de danos morais⁸.

⁶ STJ, REsp n. 1.190.180/RS, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 16.11.2010, DJe 22.11.2010.

⁷ STJ, REsp n. 1.210.732/SC, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 2.10.2012, DJe 15.3.2013. Ainda no mesmo entendimento, confira-se STJ, 4ª T., REsp 1.540.153/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 17.4.2018, DJe 6.6.2018 e STJ, REsp 1.254.141, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 4.12.2012, DJe 20.3.2012. Ainda a respeito do entendimento proferido pelo STJ, confira-se o Informativo nº 456: “A teoria de perda de uma chance (perte d'une chance) dá suporte à responsabilização do agente causador, não de dano emergente ou lucros cessantes, mas sim de algo que intermedeia um e outro: a perda da possibilidade de buscar posição jurídica mais vantajosa que muito provavelmente alcançaria se não fosse o ato ilícito praticado. Dessa forma, se razoável, séria e real, mas não fluida ou hipotética, a perda da chance é tida por lesão às justas expectativas do indivíduo, então frustradas”.

⁸ A título de exemplo, v. STJ, 3ª T., Resp nº 1.291.247/RJ, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 19.8.2014, DJe 1.10.2014.

Além do posicionamento exarado pelo Tribunal em inúmeros julgados, há forte corrente doutrinária que identifica a perda da chance como terceiro gênero de indenização. À guisa ainda de exemplo na jurisprudência, a 20ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro assim se manifestou a respeito da teoria: “*é uma nova concepção de dano indenizável, pelo qual se admite a reparabilidade, independentemente da certeza de um resultado final, da subtração de uma oportunidade futura*”⁹.

Os defensores desse entendimento sustentam essa ser a maneira mais eficiente de resolver toda a perplexidade que a identificação do nexo causal pode suscitar¹⁰.

Note-se que Silvio de Savo Venosa também compreende a perda da chance como terceira espécie, para quem: “*a denominada ‘perda de chance’ pode ser considerada uma terceira modalidade nesse patamar, a meio caminho entre o dano emergente e o lucro cessante*”¹¹.

Com todo o respeito, não nos parece ser esse o entendimento mais acertado. Isso porque, conforme elucidado no capítulo anterior, a chance como interesse passível de tutela não ultrapassa as categorias de danos já delineadas no direito brasileiro (danos patrimonial e extrapatrimonial), mas trata da qualificação do dano em uma análise detida ao caso concreto à luz dessas categorias.

A bem da verdade, a lesão à chance pode ser vista como um prejuízo de natureza patrimonial ou extrapatrimonial, como entendem Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho e Vynicius Pereira Guimarães:

Com efeito, deve-se reconhecer que é possível identificar na chance perdida ora um prejuízo de natureza patrimonial, que, por ser desprendido ao dano final, será identificado sempre como dano emergente; ora um dano de cunho existencial. Tal fenômeno pode ser melhor compreendido sob a perspectiva da identificação do dano como efeito da lesão, na chamada teoria dos efeitos da lesão, segundo a qual o dano traduz efeito da lesão e sua qualificação decorre das consequências

⁹ TJRJ, Apel. 00042206220068190087, 20ª Câmara Cível, Rel. Des. Teresa de Andrade Castro Neves, j. 4.8.2010, DJe 12.8.2010.

¹⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*, 11ª ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 101.

¹¹ VENOSA, Silvio de Savo. *Direito civil: obrigações e responsabilidade civil*, 17. ed., São Paulo: Atlas, 2017. Esse também é o entendimento esboçado por Cristiano Chaves de Farias, que afirma: “A perda de uma chance, assim, e uma nova concepção de dano indenizável, pelo qual se admite a reparabilidade, independentemente da certeza de um resultado final, da subtração de uma oportunidade futura. E preciso cuidado, porém, para não confundir a perda de uma chance com os lucros cessantes (espécie de dano patrimonial, consistente na perda certa e incontroversa de um bem jurídico que iria se incorporar ao patrimônio do titular)” (FARIAS, Cristiano Chaves de. *A teoria da perda de uma chance aplicada ao direito de família: utilizar com moderação*. VI Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2007).

produzidas na vítima e não necessariamente da natureza do interesse juridicamente tutelado.¹²

Conclui-se, dessa forma, que, apesar de haver a possibilidade de enquadramento da chance perdida como cunho patrimonial ou extrapatrimonial, apenas a análise do caso concreto permitirá a classificação como uma das espécies de dano já consagradas no ordenamento, o que será melhor elucidado no próximo capítulo.

2.1.2. A teoria dos efeitos da lesão

A natureza do interesse lesado não condiciona a natureza do dano da chance perdida. Pela teoria dos efeitos da lesão, a chance perdida será caracterizada como dano de cunho material ou moral a partir do efeito produzido concretamente à vítima¹³.

Desse modo, a teoria dos efeitos da lesão propõe que a lesão à chance pode gerar dano material, dano moral ou até mesmo ambos. Verifique-se o entendimento de Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho:

Isto é, dizer-se dano=lesão é bem diferente de se afirmar dano=efeito da lesão. E, como a lesão pode suscitar variados efeitos, a vertente que ora se propõe – teoria dos efeitos da lesão – parece conduzir a uma definição mais técnica do que seja o dano extrapatrimonial.¹⁴

Na mesma perspectiva, assenta Gisela Sampaio da Cruz, ao ressaltar que a perda de uma chance configuraria “*uma nova situação lesiva da qual pode originar um dano patrimonial ou extrapatrimonial, a depender dos interesses em jogo*”¹⁵.

Note-se que o próprio Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.079.185/MG, reconheceu que a perda da chance se aplica tanto aos danos materiais quanto aos danos morais¹⁶.

¹² MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; GUIMARÃES, Vynicius Pereira. Teoria da responsabilidade civil pela perda da chance: natureza do dano e aplicabilidade à seara médica, *Revista IBERC*, v. 5, n.1, pp. 29-59, jan./abr. 2022.

¹³ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; GUIMARÃES, Vynicius Pereira. Teoria da responsabilidade civil pela perda da chance: natureza do dano e aplicabilidade à seara médica, *Revista IBERC*, v. 5, n.1, pp. 29-59, jan./abr. 2022.

¹⁴ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Responsabilidade contratual extracontratual: contrastes e convergências no direito civil contemporâneo*, Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 130.

¹⁵ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz, *Lucros Cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 125.

¹⁶ Confira-se a ementa do julgado: “(...) Não se trata, portanto, de reparar a perda de uma simples esperança subjetiva, nem tampouco de conferir ao lesado a integralidade do que esperava ter caso obtivesse êxito ao usufruir plenamente de sua chance. A perda da chance se aplica tanto aos danos materiais quanto aos danos morais. A hipótese revela, no entanto, que os danos materiais ora pleiteados já tinham sido objeto de ações

Retomando o exemplo do atleta Ayrton Senna elucidado anteriormente, ilustrativamente, a lesão à chance poderá originar um dano de caráter patrimonial, uma vez que o atleta deixou de receber o prêmio de milhões de dólares, bem como dano extrapatrimonial, diante da suposta cicatriz facial expressiva pelo resto da vida ou o próprio fato de ter ficado acamado por dois meses, o que atinge a dignidade da pessoa humana.

Ainda na esfera da chance do ponto de vista extrapatrimonial, inclusive, nota-se o dano extrapatrimonial pela lesão à chance que Ayrton teria de se consagrar mundialmente como campeão de Fórmula 1.

3. Requisitos para a configuração da lesão

Independentemente dos entendimentos exarados a respeito da natureza jurídica do instituto, é imprescindível uma aplicação ponderada da responsabilidade civil pela perda de uma chance no Direito brasileiro, levando-se em conta diversos fatores, notadamente para que haja uma correta quantificação do prejuízo a ser reparado.

Em primeiro lugar, atenta-se para a seriedade e certeza da chance a ser reparada. Somente haverá dano ressarcível se a chance perdida permitir ser um interesse juridicamente tutelável, isto é, que seja real e séria para ganhar contornos jurídicos a ponto de ser passível de tutela pelo ordenamento.

A doutrina e a jurisprudência são muito claras quanto a esse ponto. Fernando Noronha assim explica:

Não se admitem as expectativas incertas ou pouco prováveis, que são repudiadas pelo nosso direito. Com efeito, a chance a ser indenizada deve ser algo que certamente viria a ocorrer, mas cuja concretização restou frustrada em virtude do fato danoso.¹⁷

Sérgio Savi conclui em sua obra que “não é, portanto, qualquer chance perdida que pode ser levada em consideração pelo ordenamento jurídico para fins de indenização. Apenas naqueles casos em que a chance for considerada séria e real”¹⁸.

autônomas e que o dano moral não pode ser majorado por deficiência na fundamentação do recurso especial. (...)” (STJ, REsp n. 1.079.185/MG, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 11.11.2018, DJe 4.8.2009).

¹⁷ NORONHA, Fernando. Responsabilidade por perda de chances. Revista de Direito Privado, vol. 23, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set/2005, pp. 28-29.

¹⁸ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 60.

Ainda no mesmo sentido, posiciona-se Sergio Cavalieri Filho, para quem se faz “preciso que se trate de uma chance séria e real, que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada”¹⁹.

Destaque-se que o Superior Tribunal de Justiça, em seu informativo de nº 456, explicita que “*se razoável, séria e real, mas não fluida ou hipotética, a perda da chance é tida por lesão às justas expectativas do indivíduo, então frustradas*”.

Segundo Anderson Schreiber, para falar-se de chance perdida, é preciso verificar se a oportunidade realmente existiria não fosse a intervenção do ofensor. Nesse sentido:

Para se falar em perda da chance, é preciso demonstrar que ‘está em curso um processo que propicia a uma pessoa a oportunidade de vir a obter no futuro algo benéfico’, sendo de se provar, ainda, que ‘esse processo foi interrompido por um determinado fato antijurídico e, por isso, a oportunidade ficou irremediavelmente destruída’. A chance perdida integraria a esfera jurídica da vítima, não fosse o fato gerador da responsabilidade. Em outras palavras: o normal desenrolar dos fatos conduziria ao gozo da oportunidade, que não dependia de outras condições que não as que já estavam presentes no caso concreto.²⁰

É interessante destacar decisão, proferida pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em que se entendeu que “*a teoria da perda de uma chance incide em situações de responsabilidade contratual e extracontratual, desde que séria e real a possibilidade de êxito, o que afasta qualquer reparação no caso de uma simples esperança subjetiva ou mera expectativa aleatória*”²¹.

Além desse pressuposto, ressalta-se que a indenização pela lesão à chance deve sempre ser um valor inferior à vantagem que seria aferida. O ressarcimento deve ser fixado no valor da oportunidade perdida, mas não da vantagem em si esperada. Sobre a temática, afirma Rafael Peteffi Silva:

Esse tipo de chance perdida possui um valor próprio. Assim, um bilhete de loteria representa nada mais do que a chance de ganhar determinado prêmio, e não se questiona que ele tenha determinado preço. E verdade que nem sempre e

¹⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11ª ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 98. V, também: VAZ, Marcella Campinho. A reparação pela perda de uma chance, In: SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia (Coord.), *Controvérsias atuais em responsabilidade civil*, 1ª ed., São Paulo: Almedina, 2018, pp. 259-296.

²⁰ SCHREIBER, Anderson. *A perda da chance na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. In: SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 197.

²¹ STJ, REsp n. 614.266/MG, 3a T., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 18.12.2012, DJe 2.8.2013.

tão fácil de se determinar o valor da chance perdida, mas isso não pode ser motivo para se negar a indenização de um dano existente.²²

Desse modo, caberá ao aplicador do direito utilizar-se de critérios para a quantificação da lesão à chance de modo a não constituir enriquecimento ilícito à vítima, tampouco o suporte de dano injusto pelo ofendido, buscando o princípio da razoabilidade²³.

Uma vez constatada a chance séria e real, está presente o *an debeatur*. Em seguida, deve-se buscar a probabilidade de a chance ter produzido o resultado esperado para que seja extraído o *quantum debeatur*.

Se o caso tratar de hipótese em que há o indicativo do percentual aplicável à chance perdida – como foi o caso paradigmático do *Show do Milhão* -, o julgador projeta o valor sob o percentual alcançado.

Contudo, se o caso tratar de hipótese em que não seja possível essa mensuração, o cálculo será mais complicado. Sérgio Savi estabelece que, nesses casos, a liquidação do dano será feita por arbitramento²⁴. Por outro lado, Nuno Santos Rocha entende que, nessas situações, o tribunal julgará por meio da equidade²⁵.

Um último pressuposto, por vezes, indicado pela doutrina remete ao percentual superior a 50% de probabilidade de ocorrer a vantagem esperada – frustrada pela perda de uma chance. Sérgio Savi, inspirado na doutrina italiana, assevera que:

Somente será possível admitir a indenização da chance perdida quando a vítima demonstrar que a probabilidade de conseguir a vantagem esperada era superior a 50% (cinquenta por cento). Caso contrário, deve-se considerar não produzida a prova da existência do dano, e o juiz será obrigado a julgar improcedente o pedido de indenização. Assim, feita a prova de que a vítima tinha mais de 50% de chances de conseguir a vantagem esperada, demonstrado está o *an debeatur* faltando, somente, quantificar esse dano (*quantum debeatur*).²⁶

²² SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 14. No mesmo sentido, v. TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.), *Código Civil Comentado*, vol. 4, São Paulo: Atlas, 2008, p. 374.

²³ V. TEPEDINO, Gustavo. Teoria da interpretação e relações privadas: a razoabilidade e o papel do juiz na promoção dos valores constitucionais. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de. *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*, Belo Horizonte: Fórum, 2019.

²⁴ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 68.

²⁵ “O quantum de indenização resultará assim como ‘a utilidade econômica realizável diminuída de um coeficiente de redução proporcional ao grau de possibilidade de consegui-la’. Caso não seja possível proceder-se a esta operação, o tribunal julgará através do recurso à equidade”; ROCHA, Nuno Santos. A perda da chance como uma nova espécie de dano. Coimbra: Almedina, 2017, p. 67.

²⁶ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006, pp.101-102.

Parte da doutrina, contudo, não sustenta a aplicabilidade rígida desse percentual, conforme é o entendimento de Gisela Sampaio Da Cruz Guedes, o que nos parece mais acertado:

Chega-se a soluções nada equânimes, como, por exemplo, a de se admitir a indenização quando o lesado tem a seu favor 51% de chance de atingir o resultado final, negando-a, em caso idêntico, quando a vítima tem apenas 2% a menos, quer dizer, diante de 49% de chance de o lesado obter a vantagem esperada. Daí se vê que este critério é, no mínimo, bastante questionável.²⁷

Note-se, portanto, que esse critério, é no mínimo, bastante questionável. O Enunciado nº 444 da V Jornada de Direito Civil prevê que “*a chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos*”. Como bem nota a doutrina, a probabilidade deve ser avaliada *in concreto*, porque chances pouco prováveis podem gerar um dano a ser ressarcido, enquanto chances muito prováveis podem não ter valor jurídico relevante.

No que tange aos limites de aplicação da teoria, o ordenamento jurídico italiano também exige que a chance seja séria e real. Segundo Maurizio Bocchiola, os critérios estarão presentes se a probabilidade de obtenção da vantagem esperada for superior a 50% (cinquenta por cento)²⁸. Caso contrário, deve ser julgado improcedente o pedido indenizatório²⁹.

A Corte de Cassação italiana, em alguns julgados adotou a postura, considerando que o requisito que a vítima deveria provar que possuía, pelo menos, 50% de probabilidade de alcançar a vantagem esperada³⁰.

²⁷ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros Cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 120. No mesmo sentido, v. Anderson Schreiber: “Vale dizer: para que tenha aplicação a teoria da perda da chance, não é necessário que haja uma alta probabilidade de ganho, superior a 50% ou a qualquer outro patamar. Mesmo chances reduzidas de sucesso (25%, por exemplo) podem dar ensejo à indenização” (*A perda da chance na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. In: SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 197).

²⁸ Comparativamente ao Brasil, Rafael Peteffi da Silva afirma que “parece-nos bastante compreensível que o direito italiano tenha ficado isolado nesse entendimento, já que existem inúmeros casos em que se pode identificar, com razoável grau de certeza, que a vítima tenha perdido, por exemplo, 20%, 30% ou 40% das chances de alcançar determinado objetivo. Nessas hipóteses, não teríamos nenhum argumento sólido para negar o provimento destas ações de indenização” (SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 142).

²⁹ “La possibilità di risultato positivo possa dirsi dimostrata ai fini probatori suddetti solo ove il danneggiato dimostri che tale percentuale era superiore al 50%”. Em tradução livre, “a possibilidade de resultado positivo pode ser considerada demonstrada para os efeitos probatórios acima mencionados somente se o lesado provar que esse percentual foi superior a 50%”. (BOCCHIOLA, Maurizio. *Perdita di una chance e certeza del danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, 1, p. 100).

³⁰ CHINDEMI, Domenico. *II Danno da Perdita di Chance*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 2010, pp. 40-41.

Esse posicionamento rígido relacionado à demonstração da probabilidade superior a 50% (cinquenta por cento) de conseguir a vantagem esperada, contudo, não reflete o entendimento doutrinário e jurisprudencial italianos atualmente³¹.

É evidente que, no direito italiano contemporâneo, substituiu-se o critério do percentual arbitrário de 50% (cinquenta por cento) pela caracterização da chance como “séria, apreciável e consistente” – tal como no Direito brasileiro.

Essa mudança de paradigma na definição dos critérios aplicáveis à responsabilidade civil pela perda da chance ocorreu com a decisão da Corte de Cassação italiana, no ano de 2014, a partir do julgamento da Sentença n. 7195/2014, da Seção II. Civil, Suprema Corte de Cassação.

4. Observatório jurisprudencial: a percentualização da chance em perspectiva do direito comparado

De modo a tornar mais palpável e prática a aplicabilidade da teoria pela perda de uma chance no Direito brasileiro e no Direito italiano, far-se-á uma comparação especificamente quanto à necessidade – ou desnecessidade – da percentualização da chance. Em outros termos, a partir da análise de alguns julgados, será feito um comparativo a respeito dos requisitos da seriedade e expressividade da chance serem medidos em percentual.

Note-se que, em primeiro lugar, no Direito italiano, prevalecia o entendimento de que o requisito da seriedade é preenchido por uma chance acima de 50% (cinquenta por cento). Destaque-se, a título de exemplo, o julgado italiano Cass. civ., sez. lav., 19 dezembro 1985, n. 6506.

Na ocasião, um candidato, Baroncini, havia participado de dois concursos distintos realizadas pelo órgão intitulado Enel e, tendo passado no segundo, havia sido contratado.

Posteriormente, foi informado ao candidato o êxito na prova escrita do primeiro concurso. Contudo, teria sido proibido de participar da prova oral daquele concurso, porque já seria funcionário da Enel em razão da contratação após o segundo concurso.

³¹ OLIVA, Milena Donato; COSTA, André Brandão Nery. Notas sobre o dano da perda da chance, In: COELHO, Fábio Ulhoa; TEPEDINO, Gustavo; LEMES, Selma Ferreira (Coord.), *A evolução do Direito no século XXI. Seus princípios e valores (ESG, Liberdade, Regulação, Igualdade e Segurança Jurídica)*, Homenagem ao Professor Arnoldo Wald, São Paulo: Editora IASP, 2022, 3. vol, p. 426).

Baroncini havia requerido a condenação da Enel para indenizá-lo pelos danos sofridos pela exclusão ilegítima do concurso, argumentando que, em decorrência do comportamento ilegítimo da entidade, havia sofrido danos que poderiam ser compensados quanto à possibilidade “de alcançar um resultado útil”.

Na ocasião, a Corte entendeu que seria suficiente, para efeitos da prova exigida para obter a indenização, a comprovação de que a chance perdida era superior a 50% (cinquenta por cento), grau que foi alcançado pelo demandante, pois, no caso, 73% (setenta e três por cento) dos candidatos admitidos passaram no exame oral.

Faz-se necessário ressaltar, contudo, que, embora diversos julgados proferidos pelos Tribunais italianos defendam a aplicação do percentual acima de 50% (cinquenta por cento) como requisito para a seriedade da chance, nas decisões mais recentes da jurisprudência italiana, substituiu-se o critério do percentual arbitrário de 50% (cinquenta por cento) pela caracterização da chance como “séria, apreciável e consistente” – assim como no Direito brasileiro.

Alguns julgados mais recentes também têm defendido a aplicação do critério da equidade – diante de casos em que a chance seria inferior ao percentual de 50% (cinquenta por cento).

Ilustrativamente, tem-se a Sentença n. 7195/2014, da seção II. Civil, Suprema Corte de Cassação³². O julgado diz respeito a um paciente portador de patologia grave que, na sequência de uma intervenção médica incorreta, veio a falecer após dois anos. Dado o estado de saúde do paciente, era quase inevitável que a doença progredisse para o evento letal. No entanto, de acordo com estatísticas colhidas, foi estabelecido que o paciente teria cerca de 41% (quarenta e um por cento) de probabilidade de sobreviver por cinco anos se a cirurgia fosse realizada corretamente.

Nesse contexto, o cônjuge da ofendida ajuizou ação requerendo a indenização pela perda da chance de sobrevivência e/ou a aceleração da morte da esposa. Em primeira instância e na Corte de Apelação, entendeu-se que não havia que se falar em indenização pela perda da chance, uma vez que, diante da aplicação da regra “*più probabile che non*”, o paciente possuía menos de 50% (cinquenta por cento) de chance de maior expectativa de vida em razão do tratamento terapêutico correto.

³² Cass., 26 Marzo, 2014, n. 7195/2014.

Contudo, a Corte de Cassação entendeu em sentido contrário, afirmando que, no caso, o prejuízo alegado não foi representado pelo evento “morte do paciente”, mas pela perda da chance que tinha de sobreviver ou de evitar um morte prematura, reconhecendo-se o direito à indenização. A decisão incidiu sobre a noção de dano por perda da chance de sobrevivência no momento da determinação do dano e não na avaliação probabilística relativa à fase de identificação do nexo de causalidade.

No tocante ao Direito brasileiro, conforme demonstrado no item 3.2 do presente trabalho, um pressuposto também indicado, por vezes, remete ao percentual superior a 50% (cinquenta por cento) de probabilidade de ocorrer a vantagem esperada – frustrada pela perda de uma chance. Por outro lado, há quem entenda que o critério da seriedade da chance não pode ser aferido por percentuais – doutrina com a qual concordamos.

À guisa de exemplo, elucida-se o recente precedente do Superior Tribunal de Justiça – REsp 1.877.375/RS³³, julgado pela 3ª Turma, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, em que se considerou o percentual de probabilidade acima de 50% (cinquenta por cento) apenas para a fixação do *quantum debeat*, mas não do *an debeat*.

O caso tratava de responsabilidade civil por perda da chance em virtude de falha na prestação de serviços advocatícios caracterizada pela ausência de qualquer atuação em demanda de prestação de contas, culminando com a condenação dos clientes ao pagamento de vultosa quantia.

Na hipótese, concluiu-se que se encontrariam cristalizados os requisitos indispensáveis à configuração da responsabilidade civil pela perda de uma chance, porque a incontroversa desídia dos réus – que deixaram a ação de prestação de contas tramitar por quase três anos sem qualquer intervenção, culminando com a condenação dos autores ao pagamento de vultosa quantia – retirou a chance real e séria de obterem uma prestação jurisdicional que lhes fosse mais favorável.

Em seguida, para a fixação do *quantum indenizatório*, considerou-se: (i) o interesse jurídico lesado, (ii) o elevado grau de culpa dos réus, (iii) a probabilidade de 50% (cinquenta por cento) de sucesso na referida demanda, (iv) a demonstração do dano efetivo, consubstanciado na condenação dos autores ao pagamento de R\$ 947.904,20 (novecentos e quarenta e sete mil, novecentos e quatro reais e vinte centavos) em virtude da desídia dos causídicos.

³³ STJ, REsp n. 1.877.375/RS, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 8.3.2022, DJe 15.3.2022.

Nesse sentido, foi possível a análise da aplicabilidade no Direito italiano e Direito brasileiro do percentual como critério de seriedade e expressividade da chance.

5. Conclusão

Ao longo desse artigo, buscou-se elucidar, em primeiro lugar, a (in) aplicabilidade da lesão à chance como “novo dano” ou nova modalidade de dano no ordenamento jurídico. Em seguida, foram delineados os principais tópicos atinentes ao tema da responsabilidade civil pela perda de uma chance – distante do esgotamento de suas controvérsias.

Em perspectiva de comparação com o Direito italiano, demonstrou-se que a aproximação da perda de uma chance com as espécies de dano emergente e dano extrapatrimonial deve ser enxergada à luz da teoria dos efeitos da lesão, aduzindo que, em verdade, a lesão à chance pode advir tanto como dano emergente como quanto dano extrapatrimonial, a partir do efeito *in concreto* na vítima.

Por fim, de modo a tornar mais palpável as convergências entre Direito italiano e brasileiro, buscou-se analisar a percentualização como requisito de seriedade e expressividade da chance em análise detida ao caso concreto.

6. Referências bibliográficas

BOCCHIOLA, Maurizio. Perdita di una chance e certezza del danno, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, 1.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*, 11ª ed., São Paulo: Atlas, 2014.

CHINDEMI, Domenico. *II Danno da Perdita di Chance*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 2010, pp. 40-41.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *A teoria da perda de uma chance aplicada ao direito de família: utilizar com moderação*. VI Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2007.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz, *Lucros Cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Responsabilidade contratual extracontratual: contrastes e convergências no direito civil contemporâneo*, Rio de Janeiro: Processo, 2016.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; GUIMARÃES, Vynicius Pereira. Teoria da responsabilidade civil pela perda da chance: natureza do dano e aplicabilidade à seara médica, *Revista IBERC*, v. 5, n.1, pp. 29-59, jan./abr. 2022.

NORONHA, Fernando. Responsabilidade por perda de chances. *Revista de Direito Privado*, vol. 23, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set/2005, pp. 28-29.

OLIVA, Milena Donato; COSTA, André Brandão Nery. Notas sobre o dano da perda da chance, In: COELHO, Fábio Ulhoa; TEPEDINO, Gustavo; LEMES, Selma Ferreira (Coord.), *A evolução do Direito no século XXI. Seus princípios e valores (ESG, Liberdade, Regulação, Igualdade e Segurança Jurídica)*, Homenagem ao Professor Arnaldo Wald, São Paulo: Editora IASP, 2022, 3. Vol.

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

SCHREIBER, Anderson. *A perda da chance na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. In: SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 197.

SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.), *Código Civil Comentado*, vol. 4, São Paulo: Atlas, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. Teoria da interpretação e relações privadas: a razoabilidade e o papel do juiz na promoção dos valores constitucionais. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de. *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*, Belo Horizonte: Fórum, 2019.

VAZ, Marcella Campinho. A reparação pela perda de uma chance, In: SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia (Coord.), *Controvérsias atuais em responsabilidade civil*, 1ª ed., São Paulo: Almedina, 2018.

VENOSA, Silvio de Savo. *Direito civil: obrigações e responsabilidade civil*, 17. ed., São Paulo: Atlas, 2017.