

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO II

LARISSA MARIA DE MORAES LEAL

ROBERTO SENISE LISBOA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito civil contemporâneo II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Larissa Maria de Moraes Leal; Roberto Senise Lisboa – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-593-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO II

Apresentação

Esta coletânea reúne artigos científicos que, por conexão das matérias, foram divididos em quatro grupos.

Inicialmente, o Grupo de Trabalho em Direito Civil Contemporâneo apresenta três artigos que tratam, de modo direto, da temática que é o atual pano de fundo de boa parte das chamadas transformações do direito: a sociedade da informação. A prática de "sharenting", a preocupação com a privacidade na era do Big Data e as discussões mais recentes sobre o Marco Civil da Internet e suas implicações conformam esse grupo de abertura.

No segundo grupo, a obra traz questões que vão resgatar discussões jurídicas, como a dicotomia público-privado (aqui, com especial destaque para a função social da propriedade) e as múltiplas faces que a responsabilidade civil tem apresentado como desafios no campo das obrigações. Da proposta de uma responsabilidade civil imputada sem a comprovação, ou mesmo a existência de dano, até as questões de reparação "in natura" nos casos de danos ambientais, os artigos aprovados estão em sintonia com os debates postos na academia e instigam o leitor à tomada de decisão opinativa.

No terceiro conjunto de artigos são tratadas questões de família e a propriedade, ou não, de regulação dessas questões pelo direito. O resgate de perspectivas históricas, feito na maioria dos artigos deste grupo, ressalta a metodologia de trabalho do direito civil contemporâneo e oferece densidade aos textos, também provocativos e de inegável atualidade.

Por fim, no quarto grupo, a obra oferece dois artigos que ocupam-se em investigar interessantes questões acerca da atividade notarial e de registro no Brasil: a relevância da atividade notarial para a garantia da dignidade da pessoa humana e o registro de negócio jurídico anulável, como forma de garantir direitos.

A obra encontra conexão entre todos os escritos.

Na urgência dos temas tratados e na metodologia aplicada por seus autores, a coletânea justifica-se e, ao mesmo tempo, qualifica-se no âmbito da pesquisa jurídica de qualidade.

Profa. Dra. Larissa Maria de Moraes Leal - UFPE

Prof. Dr.Roberto Senise Lisboa - FMU

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL SEM DANO E O ACESSO À JUSTIÇA: REFLEXOS PERCEBIDOS NO CASO DAS AÇÕES DO CADASTRO POSITIVO

THE THEORY OF CIVIL LIABILITY WITHOUT DAMAGE AND THE ACCESS TO JUSTICE: REFLEXES PERCEIVED IN THE CASE OF ACTIONS OF THE POSITIVE REGISTER

Karin anneliese pupp ¹

Resumo

RESUMO: O presente artigo pretende apresentar o movimento defensor da responsabilidade civil sem dano e alguns argumentos críticos apontados pela doutrina, que permitam estabelecer uma base reflexiva sobre as repercussões do movimento no tocante ao acesso à justiça. Para tanto, finaliza-se o artigo contextualizando as premissas ideológicas e doutrinárias no caso das ações do cadastro positivo.

Palavras-chave: Responsabilidade civil, Dano, Acesso à justiça

Abstract/Resumen/Résumé

The present article intends to present the advocate movement of civil responsibility without damage and some critical arguments pointed by the doctrine, that allow to establish a reflexive base on the repercussions of the movement with respect to the access to justice. For this, the article ends by contextualizing the ideological and doctrinal premises in the case of actions of the positive register.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Civil liability, Harm, Access to justice

¹ Graduada pela PUCRS; Pós-graduada pela UFRGS ; Mestranda pela UFSC; Analista Jurídica e chefe de Cartório Cível pelo TJSC

1 Introdução

Consabido que a responsabilidade civil é um instituto que trata das vicissitudes da vida em sociedade e que, portanto, seu progresso acompanha o evoluir social a fim de atender aos seus anseios, torna-se lógica a conclusão de que as transformações deste instituto podem ser constantes. O rompimento de balizas de sua estrutura, resultantes do progresso evolutivo, pode causar reflexos que transcendem a todo sistema jurídico, o que motiva um debate crítico sobre a matéria. É este o principal alerta das análises críticas sobre o movimento, na medida em que ele representa uma alteração da base teórica do instituto, o que causa repercussões.

O presente artigo tem, portanto, como tema central, reflexões sobre a responsabilidade civil na contemporaneidade, questionando se o movimento da responsabilidade civil sem dano causa impactos ao acesso à justiça. Os volumosos números de demandas indenizatórias apresentados nos últimos relatórios da Justiça em Números justificam a necessidade de análises mais apuradas, a fim de estudar as causas deste contingente, identificar o problema e abrir caminhos de melhoria.

Assim, se a responsabilidade civil é, nas palavras de Antônio Chaves (GOLÇALVES, 2002, p. 17), “imenso, profundo e misterioso como o mar”, e a sociedade se encontra em constantes mutações, mostra-se imperioso estar sempre atento as diretrizes deste instituto para que se alcance seus propósitos.

Optou-se pela utilização do método dedutivo, partindo da teoria geral (posicionamentos doutrinários favoráveis e contrários) para, então, analisar o problema através da análise das repercussões em um caso específico.

2 Pressuposto, motor e núcleo da Tese da Responsabilidade Civil sem dano: a Sociedade Contemporânea e seu novo paradigma – necessidade de transformação e manutenção do justo frente ao risco

O Estado liberal foi o campo fértil para o estabelecimento do princípio geral da responsabilidade civil subjetiva, pois atendia ao paradigma do individualismo, pautando na liberdade dos indivíduos com a mínima atuação do Estado (MEDEIROS; USTÁRROZ, 2017).

O sistema subjetivo da responsabilidade foi resultado de um longo processo evolutivo, iniciado no Direito Romano pela *Lex Aquilia* e consolidado no Código

Napoleônico, como resultado dos estudos dos juristas. Fixam-se no Estado Moderno os pressupostos tradicionais da responsabilidade civil, exigindo a análise da conduta culposa, do nexo de causalidade e da presença de um dano. É nesse momento histórico que a doutrina aponta ter ocorrido a substancial bifurcação da análise da antijuridicidade, conectando a responsabilidade civil cada vez mais à preocupação pela reparação de um dano, relegando ao direito penal o caráter punitivo (CARRÁ, 2015; FACCHINI NETO, 2003; TARTUCE, 2010; ZULIANI, 2006).

A revolução industrial promoveu um acelerado progresso social que, junto com a formação do Estado Social, desencadeou um processo de revisitação dos preceitos estabelecidos, em especial, por dois fatores: a mecanização das hipóteses ensejadoras de danos e a valorização da pessoa humana. Assim, ante a dificuldade de identificação de uma conduta culposa frente a danos provocados pela máquina e ao mesmo tempo a necessidade cada vez maior de proteção às vítimas de dano, em especial no pós-segunda guerra, promoveram a alteração do foco da responsabilidade civil (NORONHA, 2013).

Abre-se o caminho para um novo paradigma, o da objetivação da responsabilidade civil, flexibilizando não só o elemento da culpa como também o nexo causal, o que representou, conforme percebe Flávio Tartuce um importante aspecto material do acesso à justiça, na medida em que equaliza o desequilíbrio percebido nas situações por ela abrangidas. Como observa o doutrinador “com certeza, afastada a responsabilidade objetiva, muito difícil seria, pela deficiência geral observada na grande maioria dos casos, uma vitória judicial em uma ação promovida por um particular contra o Estado, ou de um consumidor contra uma grande empresa” (TARTUCE, 2010, p. 309).

Ocorre que a revolução industrial acompanhada da revolução tecnológica promoveu o aumento das possibilidades de risco de danos, infligindo na sociedade contemporânea a preocupação não mais com a reparação de um dano, mas com a prevenção e precaução de risco de danos (CARRÁ, 2015).

Quando se percebe que as situações de risco se ampliam pelos avanços da ciência, tecnologia e da medicina, por exemplo, o efeito é a produção de insegurança na sociedade que não sabe mais quais danos podem decorrer da circulação de um novo medicamento ou do uso de uma antena de TV ou da circulação em redes informatizadas de seus dados pessoais (LOPEZ, 2010).

Neste viés, a fim de (re)estabelecer uma igualdade entre o potencial lesante e os potenciais lesionados, crescem os movimentos que sustentam a imprescindibilidade

do elemento do dano. Lado outro, eclodem movimentos preocupados com a gestão da responsabilidade civil, que não para de se avolumar frente as novas potencialidades lesivas e novas atribuições de funções ao instituto.

Percebe-se, assim, que o movimento da responsabilidade civil sem dano tem como pressuposto a existência de um novo paradigma, pretendendo, por isso, atribuir um novo critério de imputação da responsabilidade civil, a fim de que ela atenda ao perfil da sociedade contemporânea pautada no risco (HIRONAKA, 2008). E o motor de tal movimento reside no ideal de manutenção do que se entende como justo, encontrando nas palavras de João Baptista Villela (1991, p. 489), por exemplo, motivação ao referir que “na teoria da responsabilidade civil, o que se procura obter, em última análise, é a restauração de uma igualdade destruída; qualquer que seja o fundamento que se lhe dê – culpa ou risco – é a um resultado igualitário que se objetiva”.

Com base nisto é o raciocínio construído por Giselda Hironaka (2008, p. 37) em sua tese denominada responsabilidade pressuposta, pontuando que

há um novo sistema a ser construído, ou, pelo menos, há um sistema já existente que reclama transformação, pois as soluções teóricas e jurisprudências até aqui desenvolvidas, e ao longo de toda a história da humanidade, encontram-se em crise, exigindo revisão em prol da manutenção do justo.

Assim, entendendo que a responsabilidade civil estaria em crise, buscam estabelecer um novo perfil, que a descortina por meio de um critério que a fundamente e justifique. E tal seria o critério que reduziria ao máximo o número de danos irressarcíveis, tornando o número de vítimas cada vez menor, fazendo com que o direito cumpra seu papel mais extraordinário, ou seja, “o papel de responsável pela viabilização da justiça e da paz social” (HIRONAKA, 2008, p. 38).

3 O critério de imputação pautado no risco e novas funções – síntese das propostas

Com isso, o movimento altera o foco do instituto, que deixa de ter no dano seu único critério de imputabilidade, acrescentando a potencialidade de risco de dano como critério de imputação da responsabilidade.

A responsabilidade não estaria, assim, a derivar de um dano, mas do risco decorrente de uma conduta humana na vida social. O núcleo da responsabilidade civil seria, assim, a conduta eventual e potencialmente lesiva, onde a configuração ou não de um dano restaria irrelevante (FERNANDEZ JUNIOR; ROSA, 2016).

Neste entender, a responsabilidade civil assume novas funções, na medida em que passa a prevenir danos, natureza também externada através de sanções dissuasórias e punitivas, trazendo um caráter educativo da reprimenda no fito de estacar condutas potencialmente geradoras de risco (FERNANDEZ JUNIOR; ROSA, 2016).

A ideia clássica de que sem dano não há responsabilidade é substituída pela ideia de que a responsabilidade civil também possui natureza preventiva. Considerando que a eficácia jurídica propriamente dita da responsabilização seria a tutela preventiva e inibitória da causação do dano, flexibilizam a premissa histórica de que o instituto teria cunho apenas indenizatório. Desta forma, dois tipos de responsabilidade coexistiriam: a responsabilidade com dano e sem dano (FERNANDEZ JUNIOR; ROSA, 2016).

Frente a isto, propõem seus defensores a ampliação do número de vítimas tuteladas, dos danos reparáveis e das formas de reparação, através da “flexibilização dos meios de prova, da diluição da antijuridicidade, da desnaturalização e do abandono da culpa, da relativização do nexa causal, e a sua conseqüente substituição pela ideia de causação jurídica”. Além de fomentar os princípios da precaução e prevenção, a fim de densificar as garantias fundamentais da pessoa humana, na medida em que “a mera possibilidade de sua verificação em potencial já acionaria o dever de reparar por parte daquele que possa vir a causa-lo”, concretizando o que se entende por responsabilidade civil sem dano (SCHREIBER, 2009; MORAES, 2009 apud BARROSO; FROTA, p.146).

Portanto, tal como ocorreu com o estabelecimento do paradigma da responsabilidade subjetiva, partindo do pressuposto de que o sistema atual estaria em crise, a ponto de reclamar por uma transformação, buscam o estabelecimento de um novo critério de imputação, sob o discurso de se manter o justo. A fim de equalizar as situações sociais de risco, para reduzir o número de vítimas irressarcidas, atribuem a responsabilidade ao potencial lesante, dispensando, com isso, a ocorrência de um dano efetivo.

4 Considerações críticas e ponderações desfavoráveis à tese

O movimento não tem passado despercebido pela crítica, com especiais considerações que refletem nos aspectos de garantia do acesso à justiça.

Um primeiro ponto que milita em desfavor da tese refere-se a própria evolução histórica da responsabilidade civil e seus limites epistêmicos. No tocante são

as considerações de Bruno Leonardo Câmara Carrá (2016, p. 1), que em sua análise crítica resgata o progresso evolutivo do instituto desde o direito romano, a fim de demonstrar que a indenização civil se vocacionou ao longo dos séculos para a “repreensão do dano e não para sua prevenção direta”. Defende que o seu papel é de recompor o equilíbrio causado pela lesão praticada contra o patrimônio ou integridade de um indivíduo, sem lançar o ofensor ao âmbito do Direito Penal.

Na sociedade primitiva e no direito romano o antijurídico era analisado de forma unitária, de modo que qualquer transgressão as normas gerava uma sanção. Foi a partir da introdução do dano aquiliano (*damnum injuria datum*) estabelecido pela *Lex Aquilia* que a noção de dano se sobrepõe às demais forma delitivas e começa a ser a base da reparação (CARRÁ, 2015).

Isso porque exigia “a destruição ou alteração da substancia de um objeto físico, com a decorrente perda ou diminuição de sua funcionalidade”, a qual “precisava derivar de um ato humano imediato, ou seja, decorrer de um contato direto do ofensor com o objeto”. Tem-se, com isso, não apenas a introdução da noção da culpa, mas uma delimitação da ilicitude civil, posto que não basta a mera transgressão da norma, exigindo a presença efetiva de um dano (CARRÁ, 2015, p. 129). Com preleção Carrá

Desse modo, sedimentou-se a ideia de não mais se punir o ofensor pelo ato e sim por suas consequências nocivas. O corolário é de automática dedução: para a aplicação da reparação, não basta a perspectiva do dano, ele já deve ter operado seus efeitos jurídicos. Logo, não há espaço lógico para a concepção de sanções que evitem os danos no seio da Responsabilidade civil, que por definição se destina a repará-los (CARRÁ, 2015, p. 161).

Desta forma sustenta o autor que a inclusão na responsabilidade civil de instrumentos destinados a prevenir os danos e não a compensá-los, com a tutela inibitória, tem como consequência sistêmica o esvaziamento da diferença entre dano e ilicitude, diferença que permite, por exemplo, estabelecer a responsabilidade administrativa pela infração de trânsito independente da civil, que somente nasceria frente a ocorrência de um dano. Com isso, argumenta que outros ramos jurídicos possuem o *locus* próprio para aplicar diretamente medidas preventivas, inibitórias e punitivas, devendo ser respeitados os limites epistêmicos da responsabilidade civil, sob pena de seu desaparecimento (CARRÁ, 2015, p. 162).

O dano seria o elemento aglutinador e limitador da responsabilidade civil, pensamento que também é compartilhado por Rui Stoco ao lembrar que é a reponsabilidade penal que “pode ensejar sanção ainda que não ocorra dano efetivo, como ocorre nos crimes de mera conduta ou simples atividade” e dessa maneira não

se pode olvidar que “a responsabilidade civil distingue-se da responsabilidade penal”, sendo certo para o autor que o dano é “pressuposto da obrigação de reparar e circunstância elementar da responsabilidade civil” (2017, p.176 -177).

Ademais, já lecionava Pontes de Miranda (1966, p. 66) que “do ilícito outros efeitos podem decorrer”, que não a reparação, ou seja, o ilícito nem sempre caracteriza responsabilidade civil. Como exemplo, tem-se as previsões da manutenção da posse, as ações cominatórias e a própria legítima defesa da posse. E no movimento da responsabilidade sem dano todos esses efeitos distintos da reparação ficariam remetidos à responsabilidade civil, gerando “uma expansão extraordinária e pouco controlável da responsabilidade civil” (ALBUQUERQUE JÚNIOR, p.98).

Dentro desta expansão, nasce outra preocupação dos críticos, ante a abertura para o oferecimento de demandas consideradas oportunistas, pois o critério da reparação de um dano afasta outros elementos externos de valoração do quantum indenizatório. Em nome da função punitiva tem-se a possibilidade de fixar uma indenização para além da função compensatória, o que é apontado por alguns autores como uma forma de enriquecimento sem causa (SCHREIBER, 2015).

Acompanhando as críticas de Rui Stoco (2017, p. 177), outro limite que se pode apontar está no próprio sistema normativo em vigor no Brasil, posto que pressupõe um dano. É o que se percebe da leitura do artigo 186 do Código Civil, do qual se conclui que “não basta a violação de um direito; impõe-se que essa violação cause dano”. O mesmo com relação ao disposto no artigo 187 do Código Civil, na medida em que “o excesso cometido tem como consequências um detrimento, quer dizer, um prejuízo (material ou moral)”, portanto, ““exceder os limites’ traz como consequências um prejuízo”.

Em uma análise mais específica quanto ao uso de dados pessoais nas relações creditícias, Maria Cláudia Cachapuz conclui que o exercício arbitrário do gestor de banco de dados caracteriza o ilícito do artigo 187 do CC, todavia, para que haja dever de indenizar não basta esse ilícito, na medida em que o artigo 927 do CC exige a configuração de um dano. A autora sustenta que pelo artigo 187 o que se dispensa é a culpa, não sendo a ilicitude uma fonte, por si só, originária da obrigação indenizatória, pois “para fins indenizatórios, imprescindível é que seja identificado, em face do caso concreto, um dano inequívoco a ensejar a pretensão indenizatória” (CACHAPUZ, 2013, p. 268).

Trabalham, assim, os autores com argumentos que limitam o campo da responsabilidade civil, seja de ordem evolutiva, epistêmica ou normativa, especialmente por perceber que a teoria da responsabilidade civil sem dano traz por consequência a

ampliação da própria noção de responsabilidade civil, que passa a ser chamada para atuar em situações que até então lhe eram estranhas. Isso repercute diretamente no volume de demandas indenizatória que podem ser opostas perante o Judiciário.

Sérgio Cavaliere Filho (2015, p. 215) também perfilha deste entendimento ao destacar que o sistema brasileiro da responsabilidade civil deixou de ser simples. Antes se resumia a apenas um único artigo e, com a evolução ao longo do século XX, os seus domínios “foram ampliados na mesma proporção em que se multiplicaram os inventos e outras conquistas da atividade humana”.

prova disso é a grande produção legislativa, tanto no plano da lei ordinária quanto no constitucional, a vastíssima leitura jurídica editada no mundo sobre o inesgotável tema da responsabilidade civil e a frequência com que a Justiça, em todas as instâncias, é chamada a decidir conflitos de interesses decorrente de danos provados por atos ilícitos. Acompanhando as estatísticas, pode constatar-se que grande parte dos casos que hoje chegam aos tribunais, principalmente nos Juizados Especiais, envolve de alguma forma responsabilidade civil, o que evidencia a desmensurada ampliação das questões sobre a matéria (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 2).

No Estado clássico liberal o sistema da culpa funcionou para assegurar as relações privadas, de forma que o Judiciário para fixar o dever reparatório tinha que identificar no caso os três elementos estruturantes da responsabilidade. Com a denominada por Anderson Schreiber (2015) “erosão dos filtros”, no Estado Social, a objetivação e solidariedade trouxeram novo paradigma e buscaram equalizar a relação entre Estado-indivíduo, consumidor-fornecedor flexibilizando o ônus probatório, a análise da culpa e do nexo causal, até chegar na flexibilização do próprio dano.

Introduz-se como critério de imputação da responsabilidade o risco, de forma a atribuir o ônus da potencialidade lesiva de atividades econômicas lícitamente exercitadas ao agente econômico, sob mote de que com isso novamente se estaria equalizando a relação e preenchendo o aspecto material do acesso à justiça.

É tempo, assim, de analisar as repercussões desse movimento no que toca ao acesso à justiça e verificar se de fato mantém com isso o seu argumento motor: a manutenção do justo.

5 Reflexos percebidos no Acesso à Justiça: o que as ações do Cadastro Positivo podem demonstrar

O último relatório da Justiça em Números comprova que as demandas indenizatórias se encontram no topo do ranking dos assuntos mais demandados no

Judiciário, tendo atingido no último levantamento o total de 554.922 processos. Tais números vão ao encontro do argumento de que os braços da responsabilidade civil não param de se alargar, buscando cada vez mais atender aos anseios da sociedade (CNJ, 2017).

Ocorre que tamanha proporção tem desafiado o Poder Judiciário, onde a equação: elevado número de entrada de demandas, sem a proporcional estrutura de pessoal, aporte financeiro e estrutural, resulta no congestionamento do trâmite processual, prejudicando a prestação de uma justiça célere e efetiva.

O caso das ações do cadastro positivo, por sua vez, é a demonstração concreta de que a insegurança provocada pelo risco tem sido projetada para dentro de pleitos indenizatórios. Essas ações foram ajuizadas face à insegurança dos indivíduos frente ao mecanismo de análise de crédito, novo aos olhos da população. Sem conhecer mais detidamente a sistemática e com a então recente publicação da Lei 12.414/2011, denominada Lei do Cadastro Positivo, argumentou-se que o uso dos dados pessoais para a avaliação do crédito seria uma hipótese de violação dos direitos à intimidade e privacidade. Assim, mesmo sem se ter sofrido uma negativa de negociação ou violação de dados sensíveis da pessoa (atinentes à raça, cor, endereço, idade, etc) diversas demandas foram ajuizadas perante o Judiciário, sob a alegação genérica de violação dos direitos fundamentais do indivíduo.

O NURER (Núcleo de Recursos Repetitivos e Repercussão Geral) registrou o número de 80 mil ações ajuizadas só no âmbito do Poder Judiciário do Rio Grande do Sul. Perante o Juizado Especial Cível do município de Florianópolis, a partir de 2013 ingressaram aproximadamente 150 mil ações repetitivas contra a empresa SERASA, questionando situação jurídica idêntica. Somente no mês de janeiro de 2014 foram distribuídas 73 mil destas ações repetitivas (NURER, 2016)

Pela leitura das iniciais, percebe-se que muitas destas ações foram oferecidas sem que o demandante sequer soubesse que seu nome estava ou não incluído no cadastro positivo, por que o argumento central era a própria existência do sistema, inexistindo preocupação com a prova do dano, com a não obtenção do crédito por uma avaliação equivocada, com dados incorretos ou sensíveis, por exemplo. Atacava-se a ilicitude e abusividade do método de avaliação, com alegações genéricas de violação à privacidade. Portanto, a mera possibilidade de estar no cadastro e de seu perfil poder sofrer uma avaliação foi motivo suficiente para que se buscasse o acesso à justiça por meio de uma ação indenizatória.

Ademais, tendo em vista fatores de facilitação do acesso aos Juizados Especiais e dos pressupostos para concessão da gratuidade da justiça, que pela lei requer apenas a declaração do postulante, ou seja, com que a ausência de ônus sucumbenciais, contribuíram para que a dúvida sobre eventual ganho de causa militasse a favor do ajuizamento das ações, as quais foram oferecidas em massa.

Essas ações são, portanto, um exemplo notório da tentativa do estabelecimento da responsabilidade civil sem a necessidade da comprovação de um dano. Esta postura por parte dos litigantes e seus procuradores fomentam a preocupação quanto à possibilidade de configuração de enriquecimento indevido. Percebe-se que o potencial uso do nome da pessoa para análise do crédito, foi suficiente para motivar parcela da população a angariar uma indenização, sob o argumento de abusividade da conduta e potencial violação à intimidade pelo uso de dados pessoais, de forma que pleito indenizatório estaria mais motivado a cunhos sancionatórios do que ressarcitórios.

Foi nesse sentido que o Ministro Sanseverino, relator do Recurso Repetitivo nº 1.419.697-RS, considerou que o ponto central para o deslinde do caso era verificar a licitude da prática denominada *credit scoring*. Após aprofundar seu conhecimento sobre o funcionamento da prática comercial, através de entrevistas, audiências, etc., verificou que inexistia antijuridicidade ou ilicitude no uso do sistema matemático denominado *credit scoring*. Considerou que se trata de uma prática usual e lícita da relação negocial, consistindo em um método de avaliação de risco de concessão de crédito, a partir de modelos estatísticos e uso de dados.

De modo que, com base nos artigos 187 do Código Civil, somente restaria configurada hipótese lesiva no caso de comprovação de dano específico, ou seja, quando houvesse excesso na utilização do sistema, por constituir abuso no exercício direito.

Assim, restou constatado no precedente que “a simples circunstância” de atribuição de uma nota insatisfatória para determinada pessoa, “não acarreta, por si só, um dano moral”, mas se não forem oportunizadas “informações claras acerca dos dados utilizados nesse cálculo estatístico” ou “se a nota atribuída ao risco de crédito decorrer da consideração de informações excessivas ou sensíveis”, restará violada sua honra e privacidade, configurando dano moral “in re ipsa”. Em conclusão, pontuou o Ministro que, no mais, “para a caracterização de um dano extrapatrimonial, há necessidade de comprovação de uma efetiva recusa de crédito, com base em uma nota de crédito baixa por ter sido fundada em dados incorretos ou desatualizados” (BRASIL, 2014).

Com a decisão a matéria foi sedimentada, não se tendo mais notícias de novas insurgências quanto a sistemática com repercussão massificada, de forma a se permitir concluir que a decisão estancou a insegurança que na população então se manifestava.

Passa-se a conhecer a sistemática do método e também ao próprio conteúdo e proposta da lei do cadastro positivo, a qual contém mecanismo de tutela preventiva e remoção de ilícito no caso de equívoco ou incorreção de dados (artigo 5º, III).

Familiarizando-se com o método e com a própria noção da *Selbsbestimmung* que foi disciplinada pela lei, inicia-se a conscientização do indivíduo de que ele possui esse direito de autodeterminação do uso de seus dados, podendo além de determinar a extensão da circulação de seus dados (aceitando, controlando, exigindo correção ou cancelamento de seu cadastro), se beneficiar da finalidade idealizada pelo legislador, a do estabelecimento de uma relação de crédito responsável.

Desenvolvida no direito alemão, a *Selbsbestimmung* é traduzida como direito de autodeterminação informativa, pelo qual, confere, em síntese, ao indivíduo a capacidade de determinar sobre a exibição e uso de seus dados pessoais, mudando a forma de exercício do direito de privacidade e intimidade. Isso porque, conforme Wolfgang Hoffmann-Riem, não se trata de um direito de defesa privativo do indivíduo, que a opõe a sociedade, mas visa uma postura ativa, possibilitando a cada um a participação no processo de comunicação de dados pessoais (HOFFMANN-RIEM, 2010, p. 56).

Com revolução tecnológica as formas de circulação de dados pessoais se potencializaram e isto foi assimilado pelo legislador nacional, que introduziu na lei os desdobramentos do direito de autodeterminação informacional, por meio de instrumentos que viabilizam a transparência, a publicidade, a gestão dos dados pela correção e cancelamento. O legislador brasileiro buscou introduzir uma estrutura de gestão responsável, a fim de permitir o desenvolvimento da política econômica nacional, e ao mesmo tempo se preocupou em proteger os direitos dos consumidores.

E isto foi percebido pelo Ministro Sanseverino, que no desenvolver de seu voto resgatou a disciplina normativa e percebeu que houve essa assimilação da potencialidade lesiva por parte do legislador, pontuando que “fica claro” que “uma das principais preocupações da Lei n. 12.414/2011 é a tutela do consumidor em vários aspectos relevantes, inclusive a proteção da sua honra e privacidade”. E mais especificamente, quanto ao sistema de pontuação de crédito, salientou que

(...) devem ser fornecidas ao consumidor informações claras, precisas e pormenorizadas acerca dos dados considerados e as respectivas fontes

para atribuição da nota (histórico de crédito), como expressamente previsto no CDC e na Lei nº 12.414/2011, regulados tanto o dever de respeito à privacidade do consumidor (v.g. informações excessivas e sensíveis), como o dever de transparência nessas relações com o mercado de consumo (v.g. deveres de clareza, objetividade e veracidade) (BRASIL, 2014).

Assim, considerando que a informação como função integrativa da boa fé objetiva deve estar presente desde a fase pré-negocial, para a formação da confiabilidade entre as partes contratantes, estendeu o mecanismo protetivo já existente para a prática comercial de análise de crédito, ampliando o sistema de proteção ao consumidor, ao revés de ampliar os braços da responsabilidade civil para situações de mera potencialidade lesiva.

A partir da leitura do regramento jurídico posto com o precedente, tem-se que as ilicitudes dos gestores de bancos de dados configuram-se sem a necessidade de comprovação da culpa, conforme artigo 187 do Código Civil, podendo ser saneada através da tutela inibitória ou mandamental, para implementação dos mecanismos de controle e fiscalização (correção, exclusão, cancelamento de dados pessoais).

Por outro lado, caso a gestão tenha ultrapassado a ilicitude e causado lesão ao indivíduo, com base no artigo 927 do Código Civil, será possível buscar a tutela indenizatória mediante a comprovação do dano ou a perda de uma chance efetiva no mercado.

O caso demonstra que a ausência da comprovação de um dano possibilitou o ajuizamento de uma infinidade de demandas individuais repetitivas, avolumando de forma gigantesca as Varas Judiciais do país, sendo um fator que causa morosidade processual, afastando a desejada manutenção do justo. Vivenciava-se uma massificação do uso da ação indenizatória. Após a decisão de relatoria do Ministro Sanseverino, que considerou a necessidade da presença do dano para o implemento do pleito indenizatório, o contingente processual foi contido, o que (re)viabilizou a prestação jurisdicional.

Os pleitos indenizatórios genéricos e sem comprovação de dano foram extintos e o Judiciário passou a se concentrar na análise das ações nas quais o demandante alega um efetivo prejuízo.

6 Conclusão

As discussões atuais no tema da responsabilidade civil se concentram no sentido de manter o instituto em conexão com as necessidades decorrentes do progresso evolutivo social. Por tal razão, frente a crescente insegurança sobre os resultados dos avanços científicos, tecnológicos e informatizados, apontam os estudos que se estaria a vivenciar o estabelecimento de um novo paradigma, ao qual a responsabilidade civil precisaria dar vazão.

Neste contexto, cresceu o movimento que preleciona a desnecessidade da comprovação do dano para que o instituto da responsabilidade civil se implemente de forma a se evitar ou remover as potencialidades lesivas que supostamente deixam o homem contemporâneo inseguro.

Tal movimento tem o seu motor na manutenção do que se entende por justo, defendendo a dispensabilidade do dano em nome do reestabelecimento da igualdade entre os indivíduos sociais.

Estudos críticos apontam que esse movimento amplia de forma demasiada o instituto da responsabilidade civil, aumentando de forma drástica a possibilidade de ações indenizatórias. Neste contexto, apontam que existem fatores que delimitam o campo de atuação da responsabilidade civil, por razões de evolução histórica, epistêmica e normativa, de modo a concluir que sua função na contemporaneidade se mantém vinculada à reparação de um dano.

Quanto à equalização das relações sociais Anderson Schreiber (2015) propõe em sua obra a implementação de uma responsabilidade social, na qual haveria uma distribuição dos riscos por toda a sociedade, a fim de diluir os riscos, trabalhando em prol de uma sociedade mais solidária.

Já Bruno Carrá (2015, p. 104) propõe outra solução, defendendo que uma gestão conglobante entre os ramos jurídicos é suficiente para equacionar o problema, evitando a hipertrofia do instituto da responsabilidade civil, na medida em que a prevenção e a punição possuem seu locus específico e propício para aplicar diretamente a contenção, remoção ou punição de condutas potencialmente lesivas. Nas palavras do autor, “a gestão do dano na sociedade de risco não precisa ser realizada apenas por meio da Responsabilidade Civil”, de modo que “outros ramos do direito também possuem vocação para isso e só uma atuação coordenada e conjugada entre eles se revelaria capaz de dar algum efetivo alento às potenciais vítimas do progresso tecnológico”.

As ações do cadastro positivo, por sua vez, permitem concluir que a análise da imprescindibilidade do dano para caracterização da responsabilidade civil viabiliza uma prestação jurisdicional mais equânime.

Isso porque demonstram que a atribuição do critério do risco para imputação da responsabilidade propícia a massificação do número de demandas, congestionando as Varas Judiciais. Demonstram, ainda, que a decisão pautada na imprescindibilidade do elemento do dano para caracterização da responsabilidade civil descongestionou as Varas Judiciais, oportunizando uma análise mais célere para as ações nas quais há uma discussão da ocorrência de um dano efetivo.

Sem se ter notícias sobre novas ações ou recursos repetitivos acerca da temática de risco de dano no contexto da prática comercial de concessão de crédito pelo uso de dados pessoais, nota-se que após a decisão houve uma pacificação social e contensão da insegurança de risco perante a população.

Assim, com tais considerações percebidas do caso e consciente de que é impossível eliminar de forma plena todas as possibilidades de risco de ocorrência de um dano quando se vive em sociedade, permite-se aqui concluir que o melhor cenário que se pode oferecer ao jurisdicionado é de uma Justiça acessível para que nos casos em que ocorra um dano esse possa ser reparado ou compensado da forma mais rápida possível, ao revés de uma Justiça que atida no combate à morosidade processual, se percebe em dificuldade na desejada manutenção do justo.

Por fim, o caso permite a reflexão, de que a sede dos esforços e estudos devam recair sobre a análise do dano, a fim de contornar os sentimentos de insegurança sobre sua ocorrência e permitir que a responsabilidade civil encontre sua medida e extensão na contemporaneidade. Instigante, neste sentido, são as palavras da doutrina de Rafael Peteffi da Silva (2013, p.73-74)

atualmente vive-se a era da incerteza. Ora, se o novo padrão solidarista do direito modificou o eixo da disciplina da culpa para a reparação do dano, é evidente que vários danos que até então não eram indenizados por serem incertos, intangíveis ou com efeitos puramente emocionais passam a ser reparados. Assim, prejuízos representados por quebras de expectativas ou confiança, quebra de privacidade, estresse emocional, risco econômico,

perda de uma chance e perda de escolha já são considerados plenamente reparáveis.

Com isso, espera-se aqui ter contribuído para fomentar os debates críticos concernentes à responsabilidade civil e ao acesso à justiça que em conjunto buscam a equalização das relações sociais, devendo, portanto, trilhar caminhos que sinalizam ao atendimento desta finalidade.

Referências

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. Notas sobre a Teoria da Responsabilidade Civil sem Dano. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 6, n. 3, jan./mar, 2016.

BARROSO, Lucas Abrei; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Obrigação de reparar por danos resultantes da liberação do fornecimento e da comercialização de medicamentos. In: BARROSO, Lucas Abreu (Org.). **A realização do direito civil: entre normas jurídicas e práticas**. Curitiba: Juruá, 2011. cap. 11.

BRASIL - Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.419.697- RS**. (2013/0386285-0). Recorrente: Boa Vista Serviços S/A. Recorrido: Anderson Guilherme Prado Soares. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 12 de novembro de 2014. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1419697&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 16 jan. 2018.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. Os bancos cadastrais positivos e o tratamento à informação sobre (IN)Adimplemento. *Revista AJURIS*, v. 40, n. 131, set. 2013a.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. Tratamento à informação sobre (in)adimplemento e Bancos de Cadastro Positivo: registro, esquecimento e ilicitude. *Revista RJLB*, Ano 3, n. 1, 2013b.

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade Civil sem dano: uma análise crítica: limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta**. São Paulo: Atlas, 2015.

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. É possível uma responsabilidade civil sem dano? **Revista Consultor Jurídico**, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mai-09/direito-civil-atual-possivel-responsabilidade-civil-dano-iv>>. Acesso em: 16 jan. 2018.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2017: ano-base 2016**. Brasília: CNJ, 2017.

FACCHINI NETO, Eugênio. Funções e Modelos da Responsabilidade Aquiliana no Novo Código. **Revista Jurídica**, v. 51, n. 309, 1, jul. 2003.

FERNANDEZ JUNIOR, Enio Duarte; ROSA, Renata Martins da. Por uma responsabilidade civil afeta a condutas e não às consequências – Sim, é possível uma responsabilidade civil sem danos. **Juris Plenun**, Caxias do Sul, v. XII, n. 71, set. 2016.

GOLÇALVEZ, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade Pressuposta Evolução de Fundamentos e de Paradigmas da Responsabilidade Civil na Contemporaneidade. **Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária**, v. 56, n. 364, fev. 2008.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Offene Rechtswissenschaft*, München: Mohr, 2010.

LOPEZ, Tereza Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MEDEIROS, Bruna Bessa de; USTÁRROZ, Daniel. As funções da Responsabilidade Civil Objetiva. **Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil**, v. XIX, n. 109, set./out. 2017.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsó, 1966.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2013.

NURER - Núcleo de Recursos Repetitivos e Repercussão Geral. Disponível em:<http://www.tjrs.jus.br/site/poder_judiciario/tribunal_de_justica/nugep/>. Acesso em: 10 jul. 2017; Disponível em:<<http://app.tjsc.jus.br/noticias/listanoticia!viewNoticia.action?cdnoticia=29457>>. Acesso em: 2 maio 2016).

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

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

STOCO, Rui. Responsabilidade civil sem dano: falácia e contradição. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 106, n. 975, p. 173-184, jan. 2017.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: direito das obrigações e responsabilidade civil. v. 2. 5. ed. São Paulo: Método, 2010.

VILLELA, João Baptista. Para além do lucro e do dano: efeitos sociais benéficos do risco. **Repertório IOB de Jurisprudência**, São Paulo, n. 22, nov. 1991.

ZULIANI, Ênio Santarelli. Responsabilidade civil e Reparação de Danos: Raízes Históricas – Função e Objetivo. **Revista IOB Direito Civil e Processual Civil**, v. VII, n. 40, mar./abril, 2006.