

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS AGENTES PÚBLICOS EM TEMPOS DE COVID-19:  
ANÁLISE DO JULGAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO PEDIDO CAUTELAR  
NA ADI Nº 6421 E OUTRAS**

*CIVIL LIABILITY OF PUBLIC AGENTS IN TIMES OF COVID-19: ANALYSIS OF THE  
JUDGMENT OF THE SUPREME FEDERAL COURT IN THE PRECAUTIONARY APPLICATION  
IN ADI Nº 6421 AND OTHERS*

Antonio dos Reis Junior <sup>i</sup>

**RESUMO:** O presente artigo tem por escopo analisar, sob viés crítico e propositivo, o julgamento do Supremo Tribunal Federal no pedido cautelar formulado no bojo das ADI nº 6421 e Outras. Em especial, haverá o destaque aos sinais emitidos pela Suprema Corte em torno das diretrizes hermenêuticas adotadas para a aferição dos critérios de responsabilização dos agentes públicos, no contexto das ações públicas no enfrentamento dos efeitos da pandemia da covid-19. Com dedicada atenção às funções preventiva e de precaução, buscar-se-á, com estas linhas, assumindo o papel da doutrina, auxiliar o intérprete e aplicador do direito na correta identificação dos elementos que norteiam a responsabilidade civil dos agentes públicos na crise sanitária, propondo-se, ao final, uma reflexão sobre o papel ambivalente da culpa e a importância de um itinerário para a sua identificação.

**Palavras-chave:** Responsabilidade civil. Agentes públicos. Função Preventiva. Culpa. Análise de julgado.

**ABSTRACT:** The goal of this article is to analyze, under a critical and purposeful bias, the judgment of the Supreme Federal Court in the precautionary request formulated within the scope of ADI nº 6421 and Others. In particular, there will be emphasis on the signals issued by the Supreme Court around the hermeneutic guidelines adopted to gauge the criteria of accountability of public agents, in the context of public actions to face the effects of the covid-19 pandemic. With dedicated attention to preventive and precautionary functions, we will seek, with these lines, assuming the role of doctrine, to assist the interpreter and enforcer of the law in the correct identification of the elements that guide the civil liability of public agents in the health crisis, proposing, at the end, a reflection on the ambivalent role of fault and the relevance of an itinerary for its identification.

**Keywords:** Tort law. Public agents. Preventive function. Fault. Judgment analysis.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução: apresentação do caso. 2. O voto do ministro relator Luís Roberto Barroso. 3. O protagonismo da função preventiva e de precaução. 4. A responsabilidade subjetiva especial dos agentes públicos: da gradação da culpa à culpa normativa. 5. Notas conclusivas. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO: APRESENTAÇÃO DO CASO

<sup>i</sup> Doutor e Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em Direito Privado Europeu, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC-PT). Professor de Direito Civil do IBMEC-RJ e da UCAM-RJ. Professor dos Programas de Pós-Graduação da PUC-RJ, CEPED (UERJ) e EMERJ. Diretor Adjunto do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil – IBERC. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6597-1201>

Em 13 (treze) de maio de 2020 – pouco mais de dois meses após a declaração da pandemia do novo coronavírus pela Organização Mundial da Saúde (OMS), o Poder Executivo editou a Medida Provisória nº 966, com a finalidade de regular a “*responsabilização dos agentes públicos por ação ou omissão em atos relacionados com a pandemia de covid-19*”.

A referida medida provisória foi gerada em contexto de crescente crise política e institucional, cujo último capítulo judicial relevante para fins de gestão da crise sanitária havia sido a decisão colegiada unânime do Supremo Tribunal Federal, exarada nos autos da ADI nº 6341, datada de 15 de abril de 2020, que confirmou a medida liminar concedida pelo Ministro Relator Marco Aurélio Mello, em 24 de março de 2020, “*para tornar explícita, no campo pedagógico e na dicção do Supremo, a competência concorrente*” entre União, Estados e Municípios para legislar sobre saúde pública (art. 23, II, da Constituição Federal).<sup>1</sup>

A partir daí, sucedeu-se verdadeira miríade de decisões administrativas para o enfrentamento da pandemia. As deliberações, não raro antagônicas, partiam de todas as esferas do Executivo. Enquanto a União – na figura do Presidente da República e em contrariedade ao que indicava o então Ministro da Saúde – prescrevia, em rede nacional, a calma e o combate à “histeria”, a fim de manter a rotina socioeconômica da população, via-se boa parte dos Estados e Municípios já adotando medidas restritivas de locomoção e funcionamento do comércio, com determinação de distanciamento social. Inaugurou-se mais uma disputa política (com potencial de causar sérias repercussões jurídicas), com troca de acusações sobre quem estaria – no exercício da gestão pública sanitária – infringindo direitos fundamentais.

Foi nesta ambiência, na qual o executivo nacional passou a conviver com grande questionamento – por boa parte da mídia tradicional – acerca do acerto técnico e da juridicidade de suas decisões, que sobreveio a aludida Medida Provisória nº 966, de 13 de maio de 2020, que foi de pronto atacada por diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (nº 6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6428 e 6431).

Em seu conteúdo normativo, destacam-se (i) a limitação da responsabilidade civil e administrativa dos agentes públicos às hipóteses de ação ou omissão *dolosa* ou sob *erro grosseiro*, pela prática de atos relacionados, direta ou indiretamente, com as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública e de combate aos efeitos econômicos e sociais decorrentes da pandemia de covid-19 (art. 1º, *caput* e incisos I e II); (ii) a limitação da responsabilidade do agente pela opinião técnica às hipóteses de dolo ou erro grosseiro, ou de conluio entre os agentes, não se estendendo, de forma automática, a responsabilidade ao decisor que a adotar (art. 1º, §1º, I e II); (iii) a previsão expressa da responsabilidade subjetiva

---

<sup>1</sup> O Tribunal, por maioria, a partir de voto divergente do Min. Edson Fachin, referendou a medida cautelar deferida pelo Ministro Marco Aurélio (Relator), acrescida de interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei nº 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do art. 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais, vencidos, neste ponto, o Ministro Relator Marco Aurélio e o Ministro Dias Toffoli (Presidente), e, em parte, quanto à interpretação conforme à letra b do inciso VI do art. 3º, os Ministros Alexandre de Moraes e Luiz Fux.

(art. 1º, §2º); (iv) a conceituação legal de *erro grosseiro* (art. 2º); e (v) os critérios para aferição do *erro grosseiro* (art. 3º).

Em geral, as ações diretas de inconstitucionalidade questionam a limitação da responsabilidade civil e administrativa dos agentes públicos às hipóteses de “*erro grosseiro*” e de “*dolo*”, promovidas pelo art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e pela Medida Provisória nº 966/2020.<sup>2</sup> Argumentam que tais restrições violam os artigos 37, §§ 4º, 5º e 6º da Constituição Federal, o princípio republicano e o princípio da probidade e da eficiência administrativa.

Ao levar o julgamento da medida cautelar a plenário, o Supremo Tribunal Federal, além de reafirmar a importância do colegiado, deu os primeiros sinais hermenêuticos sobre como tornar compatível com a Constituição o novo sistema de responsabilidade subjetiva especial dos agentes públicos.

## **2. O VOTO DO MINISTRO RELATOR LUÍS ROBERTO BARROSO**

Em seu voto condutor, que foi acompanhado pela maioria, o Ministro Relator Luis Roberto Barroso destaca que os requerentes alegam, em seu conjunto, a inconstitucionalidade formal da MP nº 9.666/2020, por ausência de relevância e urgência.

No que tange ao argumento da inconstitucionalidade material do conjunto normativo impugnado pela via controle abstrato, afirmam que: (i) a Constituição exige tão-somente culpa ou dolo para a configuração da responsabilidade subjetiva do agente público (art. 37, §§ 4º, 5º e 6º, CF/88), ao passo que o “*erro grosseiro*”, previsto nas normas antes aludidas, limitaria tal responsabilidade à hipótese de culpa grave; (ii) de acordo com o princípio republicano (art. 1º, CF), as autoridades públicas, justamente porque lidam com bens coletivos que não lhes pertencem, sujeitam-se à responsabilidade reforçada perante a sociedade e não podem gozar de regime mais brando do que aquele a que se submetem os demais cidadãos, passíveis de responsabilização por mera culpa simples; (iii) a norma minimiza a responsabilidade dos agentes por danos financeiros decorrentes de atos de improbidade, em desacordo com a jurisprudência do Tribunal de Contas de União (TCU) (Acórdãos 5547/2019 e 2391/2018), e em desrespeito aos princípios da moralidade e da eficiência da administração pública (art. 37, caput, CF). Há, igualmente, alusões ao comprometimento do direito constitucional à indenização em caso de dano (artigo 5º, V, X, XXIV, XXV e LXXV, CF), bem como à garantia da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF), à separação dos poderes (art. 2º, CF), ao devido processo legal

---

<sup>2</sup> Conforme relatado no voto condutor, trata-se de sete ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs 6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6428 e 6431), com pedido de medida cautelar, propostas, respectivamente, por Partido Rede Sustentabilidade, Partido Cidadania, Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, Partido Comunista do Brasil, Associação Brasileira de Imprensa – ABI, Partido Democrático Trabalhista – PDT e Partido Verde - PV. A primeira ação tem por objeto: a Medida Provisória (MP) nº 966/2020, o art. 28 do Decreto-Lei 4.657 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro ou LINDB), com a redação dada pela Lei 13.655/2018, e, ainda, os artigos 12 e 14 do Decreto 9.830/2019, que regulamentaram o último dispositivo. A sexta ação, proposta pelo PDT, tem por objeto a MP nº 966/2020 e a LINDB. Todas as demais ações têm por objeto apenas a MP nº 966/2020.

(art. 5º, LIV, CF) e à autonomia federativa (art. 18, CF); por fim, competiria a Estados e Municípios legislar sobre regime jurídico aplicável aos agentes públicos (art. 39, CF).

Atrai a atenção do Ministro Relator, em derradeiro, o argumento de que a edição da Medida Provisória nº 966/2020 é grave, porque ocorre contexto de forte resistência de algumas autoridades públicas a seguir recomendações científicas e sanitárias expedidas por organizações nacionais e internacionais, que as imunizaria de responsabilidade, a produzir os piores incentivos quanto à não proteção da saúde da população e ao desvio de verbas imprescindíveis para o combate aos efeitos da pandemia.

Inicialmente, o Ministro Relator vota pelo não acolhimento do pedido cautelar relacionado à suspensão da vigência do art. 28 da LINDB, incluídos pela Lei nº 13.655/2018, ante a carência do requisito do perigo da demora. Para isso, constata que a lei já está em vigor “há pelo menos dois anos”, citando precedentes da Corte neste sentido. O objeto e o alcance da decisão, portanto, passa a ser a análise, em sede cautelar, dos pedidos de suspensão de eficácia dos dispositivos legais da Medida Provisória nº 966/2020.

Neste ponto, após afastar a alegação de inconstitucionalidade formal, o voto exarado entende que a pretensão cautelar é dotada de parcial plausibilidade do direito alegado, bem assim de perigo da demora, que “*está presente dado o contexto da pandemia e a relevância de se criar uma estrutura adequada de incentivos para a atuação dos agentes públicos*”.

Na análise da probabilidade do direito (plausibilidade do direito invocado), sustenta que a crise gerada pela pandemia da covid-19 apresenta múltiplas dimensões: sanitária (na qual a única medida eficaz até agora comprovada é a diretriz de isolamento social), econômica (pela forte retração inevitável da atividade econômica), social (ante o risco iminente de quebra sequencial de empresas e desemprego em massa) e fiscal (pela pressão sobre os já combalidos cofres públicos). Diante deste cenário, aponta que existem *dois temas centrais* na definição de políticas públicas que precisam ser adotadas durante o ciclo da pandemia: (i) a tensão entre as medidas de distanciamento social necessárias para reduzir o ritmo de contágio pela covid-19 e a necessidade de retomar a economia brasileira; e (ii) a recomendação para utilização de determinados medicamentos, de eficácia ou segurança ainda controvertidas na comunidade científica.

Em seguida, reflete que o desiderato buscado pela edição da Medida Provisória nº 966/2020 – dar segurança aos agentes públicos que têm competências decisórias – não foi alcançado pelo texto legal, a par de passar a impressão de que “*se estava querendo proteger coisas erradas*”. Tal segurança só poderia ser alcançada “*se houvesse desde logo um monitoramento quanto à aplicação desses recursos, por via idônea, em tempo real ou pouco tempo depois dos eventos*”, considerando que o controle dos atos da Administração Pública sobrevém muitos anos depois dos fatos relevantes, perdendo-se o registro da situação de dramaticidade do momento decisório.

Deixando claro que o ato normativo atacado *não serve à criação de imunidade contra atos criminosos ou de improbidade administrativa*, regulados por lei especial própria, concentra-se nos parâmetros que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem adotado nas questões

relacionadas à proteção da vida e da saúde. Nestes casos, a Corte tem orientado que a conduta dos agentes deve “observar standards técnicos e evidências científicas sobre a matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente conhecidas, salientando que a Organização Mundial da Saúde é autoridade abalizada para dispor sobre tais *standards*. Na mesma direção aponta a Lei nº 13.979/2020, que dispõe sobre medidas para o enfrentamento da pandemia de covid-19, ao prescrever que as medidas de combate aos efeitos da pandemia devem ser determinadas “*com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde*”.

Observa, por oportuno, que a jurisprudência da Corte reconhece 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.<sup>3</sup>

Com base nestes fundamentos, passa a concluir que, à vista de tais considerações, não se vislumbra um problema no texto, em si, da Medida Provisória, a exigir uma intervenção invalidatória, em sede cautelar, que suprima da ordem jurídica algumas de suas passagens. A questão que se põe é conferir a adequada qualificação do que seja *erro grosseiro*, numa interpretação conforme à Constituição. E assim o fez nos seguintes moldes:

“(…) o art. 2º da MP 966/2020, que dispõe sobre a figura do erro grosseiro, deve receber interpretação conforme a Constituição, a fim de que se estabeleça que, na análise de ocorrência de erro grosseiro, deve-se levar em consideração a observância, pelas autoridades: (i) de *standards*, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades reconhecidas nacional e internacionalmente; bem como (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. Na mesma linha, deve-se conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 1º da MP 966/2020, para explicitar que, para os fins de tal dispositivo, a autoridade competente deve exigir que a opinião técnica com base na qual decidirá trate expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades reconhecidas nacional e internacionalmente; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção.”

O referido voto foi acompanhado pelos Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Luiz Fux, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes. Vencidos os Ministros Alexandre de Moraes e Carmen Lúcia, que concediam a medida cautelar em maior extensão. Vencido o Ministro Marco Aurélio Mello, que votou pela suspensão da eficácia da Medida Provisória até o julgamento final do feito. Ausente o Ministro Celso de Mello.

Passa-se, assim, à análise do julgado sob o foco da *responsabilidade civil* dos agentes públicos que detêm poder executivo decisório, deixando-se de lado eventuais debates sobre a responsabilidade administrativa ou por atos de improbidade administrativa, que não serão objeto deste comentário de jurisprudência.

---

<sup>3</sup> Vale destacar o seguinte excerto do voto: “Havendo qualquer dúvida científica acerca da adoção da medida sanitária de distanciamento social – o que, vale reiterar, não parece estar presente – a questão deve ser solucionada em favor da saúde da população. Em português mais simples, significa que, se há alguma dúvida, não pode fazer. 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”.

### 3. O PROTAGONISMO DA PREVENÇÃO E PRECAUÇÃO DE DANOS: DE PRINCÍPIO A STANDARD DE CONDUTA

O primeiro ingrediente de relevo na decisão colegiada que ora se analisa repousa na consagração da *tutela preventiva e precaucional* dos danos como (i) finalidade a ser perseguida pelo gestor público, na tomada de decisões em meio ao ambiente incerto e dramático da pandemia da covid-19; (ii) critério para aferição da conformidade do comportamento do agente público com a ordem jurídica civil-constitucional.

A ideia de reconhecer uma função preventiva autônoma à responsabilidade civil é produto do que a realidade da expansão quantitativa e qualitativa dos danos ocasionou à esfera jurídica pessoal daqueles envolvidos no contexto da sociedade dos riscos.<sup>4</sup> Por outro lado, é consequência da evolução da dogmática no sentido da passagem do valor do “patrimônio” ao valor da “pessoa”, como núcleo central de tutela do ordenamento jurídico civil, na legalidade constitucional.<sup>5</sup>

Em termos gerais, a função preventiva, em sentido estrito, é aquela que indica a absorção, pela responsabilidade civil, de uma intencionalidade atuante sobre o comportamento dos agentes que, pelo exercício de suas atividades, podem causar danos a outrem.<sup>6</sup> O horizonte de sua atuação é sempre anterior ao dano que se quer obliterar. O seu campo de incidência não pode se confundir com as medidas que se busca adotar após a ocorrência da lesão ao interesse juridicamente protegido.<sup>7</sup>

Nos ordenamentos de tradição romano-germânica reconhece-se a necessidade de aperfeiçoamento da responsabilidade civil, pela via da tutela positiva preventiva, como acolhimento de um princípio ou padrão de prevenção (e de precaução), que teriam raízes

---

<sup>4</sup> Já apontava ALVINO LIMA que “é preciso vencer o dano, o inimigo comum, fator de desperdício e de insegurança, lançando mão de todos os meios preventivos e reparatórios sugeridos pela experiência, sem desmantelar e desencorajar as atividades úteis” (Da culpa ao risco. *Revista Forense*, São Paulo: Forense, v. 84. n. 445, jul. 1940, p. 385).

<sup>5</sup> “enquanto o Código Civil [1916] dá prevalência e precedência às relações patrimoniais, no novo sistema do Direito Civil fundado pela Constituição a prevalência é de ser atribuída às relações existenciais, ou não-patrimoniais, porque à pessoa humana deve o ordenamento jurídico inteiro, e o ordenamento civil em particular, assegurar tutela e proteção prioritárias” (BODIN DE MORAES, Maria Celina. O direito civil-constitucional. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. [1991]. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 31).

<sup>6</sup> “O primeiro impulso do sistema de responsabilidade civil reside na busca constante em prol da minimização dos danos causados a outrem, isto é, de uma prevenção dos fatos danosos”. É a tradução livre de “*l’impulsion première du système de responsabilité civile, (...), réside dans sa constante recherche d’une minimisation des dommages causés à autrui, c’est-à-dire d’une prévention des faits dommageables*” (VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil: introduction à la responsabilité*. Paris: LGDJ, 2008, p. 155). É a mesma ideia geral da vertente da análise econômica do direito, que busca “*réaliser le caractère optimal de la prévention*” (MAITRE, Grégory. *La responsabilité civile à l’épreuve de l’analyse économique du droit*. Paris: LGDJ, 2005, p. 115).

<sup>7</sup> Como bem destaca JEAN CARBONNIER, ao contrário da eficácia preventiva natural das sanções punitivas, a prevenção, em sentido estrito, coloca-se como “antevisão” da sanção, cuja eficácia depende de medidas preventivas administrativas: “*les criminalistes connaissent bien la dialectique prévention/sanction, mais ils ne manquent pas d’observer que la sanction, par son exemplarité, exerce aussi un rôle préventif, tandis que la prévention, par les contraintes qu’elle suppose, est souvent sentie avec un avant-goût de sanction (la prévention civile, pour être efficace, appelle des mesures de police administrative)*” (*Droit civil*. T. II. Paris: PUF, 2017, p. 2259).

valorativas, no sentido de reconhecer o valor da intangibilidade da esfera jurídica pessoal como núcleo central de proteção da ordem jurídica.<sup>8</sup> Neste sentido, é marcante a justificação segundo a qual, na responsabilidade civil, “*devem ser consideradas juridicamente relevantes também aquelas situações que o ordenamento orienta em direção à realização da pessoa em termos positivos e fisiológicos*”.<sup>9</sup> Assim, evitar o dano é oportunizar a satisfação plena da pessoa humana, não apenas no perfil patológico.

Em caminho semelhante, também se justifica a necessidade de absorção do caráter preventivo da responsabilidade, como função primordial e prioritária, atendendo-se à perseguição de uma nova função anterior ao dano, em razão de sua gravidade e de suas consequências irreversíveis, designadamente aquele que afeta o meio ambiente e a saúde humana.<sup>10</sup> Nestes casos, a exposição da coletividade a algumas atividades, que potencializam os riscos da verificação destes danos, deve atrair regime regulamentar que torne eficazes medidas que impedem a realização das perdas. Trata-se de uma perspectiva de fundamentação mais associada à proteção dos interesses difusos ou coletivos, que atraíram, na mesma medida, a atenção da tutela positiva dos interesses protegidos, a evitar a implementação do dano.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> A inclusão do aspecto da prevenção como função da responsabilidade civil não é trajetória unívoca na doutrina, havendo vozes importantes no sentido de que se faz necessário concentrar-se novamente na função reparatória originária, deixando à tutela penal os aspectos preventivos, pois neste âmbito a sanção de natureza penal seria mais eficaz para dissuadir o agente ofensor: “*Nowadays, we are witnessing a process of reviewing this approach and returning once again some attention to the function of reimbursement which must be assigned to remedies against the wrongdoing (...). Accident prevention can certainly be achieved more effectively through the pressures exerted by penal sanction*” (FLEMING, John G. *The law of torts*. 3. ed. Sydney: The Law Book Co., 1965, p. 9).

<sup>9</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 767. Destaca o autor que “a tendência, um tempo dominante, que se propõe esgotar a problemática dos chamados direitos da personalidade no momento patológico da violação ou da lesão, e, portanto, no ressarcimento do dano, leva em consideração apenas as atitudes subjetivas e as situações que visam impedir, ou, de toda sorte, dificultar, a realização do bem. (...) A tutela do momento patológico demonstra justamente que o interesse é relevante também do ponto de vista substancial: reconhecer o dever de não interferência de terceiros significa que a pessoa é considerada pelo ordenamento como interesse protegido. (...) A tutela da pessoa nem mesmo pode se esgotar no tradicional perfil do ressarcimento do dano. Assume consistência a oportunidade de uma tutela preventiva: o ordenamento deve fazer de tudo para que o dano não se verifique e seja possível a realização efetiva das situações existenciais” (*op. cit.*, pp. 767-768).

<sup>10</sup> Neste sentido, GENEVIEVE VINEY identifica o momento da passagem da função preventiva como finalidade acessória da responsabilidade para uma posição de destaque e primazia: “*Toutefois, jusqu'à une époque très récente, si on admettait bien que la responsabilité civile avait une fonction accessoire de prévention, liée à sa fonction normative, on ne contestait guère la primauté de sa fonction indemnitaire. Or, récemment, 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 (la principe de responsabilité, une éthique pour la civilisation technologique [trad. Jean Greisch], 1990) 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*” (VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil: introduction à la responsabilité*, cit., p. 151).

<sup>11</sup> Por sua vez, pouco explorada é a perspectiva da chamada “Análise Econômica do Direito”, que desenvolve núcleo duro de seu modelo de pensamento, também, em torno da função preventiva da responsabilidade civil (Cf. (CALABRESI, Guido. *The future of law and economics: essays in reform and recollection*. New Haven: Yale University Press, 2016, *passim*). Os economistas costumam descrever lesões não abarcadas por acordos privados como externalidades. “*Externalidade é o impacto das ações de uma pessoa sobre o bem-estar de outras que não participam daquelas ações, se o impacto sobre o terceiro é adverso, é denominado externalidade negativa. Se é benéfico é chamado externalidade positiva*” (MANKIWI, N. Gregory. *Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia*. Tradução de Alan Vidigal. 6. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2014, p. 184). A finalidade econômica da responsabilidade civil seria, portanto, induzir as partes envolvidas a internalizarem os custos das lesões que podem vir a ocorrer no exercício de suas atividades. A essência da responsabilidade civil (aquiliana), segundo a teoria

De uma maneira ou de outra, percebe-se que são vários os caminhos para se justificar a chamada função preventiva, assim como são múltiplas as formas de se pensar o modo mais eficaz para a sua implementação. Inicialmente, partiu-se de uma percepção principiológica, a incidir em todos os campos de atuação da responsabilidade civil.<sup>12</sup> Posteriormente, avançou-se sobre a ideia de prevenção ou precaução como padrão de comportamento desejado, com vistas evitar o resultado danoso.

Costuma-se defender a natureza de *princípio* à prevenção e à precaução, tanto em razão de seu caráter genérico e abstrato, que agrega conteúdo de valor e fundamento do sistema da responsabilidade civil, como pelo seu caráter normativo, cujo descumprimento atrairá a reação sancionatória do direito.<sup>13</sup> Como “mandamento de otimização”,<sup>14</sup> também há quem defenda a natureza principiológica da prevenção e da precaução, na medida em que “realiza os valores do *neminem laedere*, da prudência e da segurança (outro princípio) e estabelece diretrizes normativas para que o pior não aconteça individual e socialmente”.<sup>15</sup>

---

econômica, consiste em tomar a responsabilização como forma de internalizar externalidades criadas por custos de transação elevados (aqueles que dificultam a relação contratual prévia): “*The economic essence of tort law is its use of liability to internalize externalities created by high transaction costs*” (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law & Economics*. 5. Ed. Boston: Pearson, 2008, p. 325). Desta forma, o direito dos danos internaliza esses custos imputando a alguém (normalmente, o causador do dano) o dever de indenizar a vítima. A consequência deste raciocínio – que constitui o âmago da teoria econômica do direito – é que os agentes, ao tomarem consciência do risco potencial de internalizarem os custos do dano que podem causar, assumam comportamentos que eleve o nível segurança a patamar suficiente a evitar o custo elevado do ilícito. Note-se, portanto, que, numa análise econômica do direito, é da essência da responsabilidade civil a atuação sobre o perfil preventivo do comportamento dos agentes. Na condução de suas atividades, os agentes ponderam os custos de transação (o valor gasto para a adoção de medidas preventivas, de segurança e cuidado) e de internalização das externalidades negativas (o valor gasto pelos danos efetivamente causados). Deste sopesamento, a conduta mais eficiente é a de assumir o risco que lhe gerará o menor custo. Se as despesas com as indenizações forem inferiores aos custos elevados para a adoção de medidas preventivas, o agente tenderá a optar pela assunção do risco de causar danos a terceiros. Se, pelo contrário, o custo em adotar medidas preventivas for menor que aquele resultante da implementação dos danos em potencial, tenderá a assumir o máximo de cautela possível. É que o modelo econômico da responsabilidade civil se baseia nos elementos mais simples: no custo do dano e no custo de se evitar o dano. Tomando-se como base o *homo economicus*, que age racionalmente e abstratamente conforme as escolhas mais eficientes, os agentes tenderiam a adotar as medidas mais eficazes de cautela se fossem incentivadas a obter benefícios com tais medidas (a fim de compensar os custos da prevenção), ou, simplesmente, se percebessem que o valor a arcar com eventual ocorrência do dano fosse muito elevado, ao ponto de não valer a pena assumir risco de tal envergadura. Finalmente, A própria doutrina civil law reconhece que a adoção da função preventiva como aspecto prioritário da responsabilidade é amplamente apoiada pelos partidários da Análise Econômica do Direito: “*Elle a donc préconisé de placer la prévention au centre du droit de la responsabilité et cette vision des choses est fortement appuyée par les partisans de l'analyse économique de droit pour qui la minimisation des coûts sociaux liés à la réparation des dommages doit être l'objectif essentiel de la responsabilité civile, ce qui les amène à placer au premier plan l'objectif de prévention*” (VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil: introduction à la responsabilité*, cit., p. 151).

<sup>12</sup> Destaca-se a visão de prevenção, em sentido amplo, conferida por NELSON ROSENVALD, CRISTIANO CHAVES DE FARIAS e FELIPE PEIXOTO BRAGA NETTO, no sentido de que “a prevenção, *lato sensu*, é um dos quatro princípios regentes da responsabilidade civil e inafastável consequência da aplicação de qualquer uma das três funções estudadas [reparatória, punitiva e precaucional]” (*Novo tratado de responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 85).

<sup>13</sup> Sobre o “papel normativo da responsabilidade civil” (*le rôle normatif de la responsabilité*), cf. VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil: introduction à la responsabilité*, cit., p. 86 e ss. Acerca das mais diversas conotações sobre o designativo “princípio”, cf. ALPA, Guido. *I principi generali*. Milano: Giuffrè, 1993, pp. 6-7.

<sup>14</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales* [1986]. Tradução de Ernesto Valdés. Madrid: Ed. Alemana, 1993, p. 87.

<sup>15</sup> LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 95.

A percepção de que a prevenção e a precaução seriam princípios norteadores do direito dos danos emana da ideia segundo a qual a tutela inibitória constitui o cerne da responsabilidade civil contemporânea.<sup>16</sup> Em contraposição a esta ideia, sem desmerecer a importância da atuação pretérita da ordem jurídica com vistas a evitar o momento lesivo, defende-se que a prevenção e a precaução seriam, simplesmente, padrões de conduta (*standards*) que se deve definir, funcionalmente, com o desiderato de atender à finalidade essencial da responsabilidade civil: garantir a incolumidade dos interesses dignos de tutela.<sup>17</sup> Não seriam a finalidade, em si, da responsabilidade, mas meios para alcançar, de modo mais efetivo, o escopo dissuasório da responsabilidade civil. Daí falar-se em função preventiva, em sentido amplo, de onde se extrai a noção, também, de função de precaução. Atender a tal desígnio é observar certos comportamentos que se revelem suficientes para evitar, razoavelmente, a ocorrência de danos, ainda que não se possa garantir sua não realização.

Para não se imiscuir do enfrentamento, prefere-se, aqui, a última concepção, no sentido de que a prevenção é modelo de comportamento (*standards*) que se deve exigir para todo o conjunto de atividades de risco, cuja medida exata dependerá do grau de periculosidade da ação desenvolvida.<sup>18</sup> Considerar a prevenção como princípio seria aceitar que todo e qualquer comportamento deve ser controlado previamente por normas específicas de proteção, mesmo aquelas atividades que, a rigor não se enquadram em situações de risco relevante. Parece mais adequado considerar que a ordem jurídica consagra o princípio da incolumidade alheia (*neminem laedere*), sendo a prevenção uma medida de realização deste valor, para determinado nicho de atividades, por meio de adoção de modelos de comportamento legalmente exigíveis (*standards*).<sup>19</sup> Quer-se dizer que a função preventiva também pode ser realizada pela via de imposição de simples regras, de conteúdo fechado e posto sob a lógica antinômica. Portanto, atuando como meio, funcionalizado ao escopo de evitar danos, e não como fim em si mesmo. Apresentando-se, assim, como função preventiva, e não como princípio de prevenção.

Por outro lado, pode-se considerar, com mais clareza, a existência de um *princípio da precaução*,<sup>20</sup> em razão de sua conotação notadamente aberta e afeita à técnica da ponderação

---

<sup>16</sup> ROCHFELD, Judith. *Les grandes notions du droit privé*. Paris : PUF, 2001, pp. 488-489.

<sup>17</sup> Na compreensão de ANGELO FALZEA, o *standard* jurídico representa o fenômeno dos modelos gerais de comportamentos sociais juridicamente relevantes, que atuam como padrões de controle de comportamentos. (*Ricerche di teoria generalis del diritto e di dogmatica giuridica*. Milano: Giuffrè, 1999, pp. 369-371).

<sup>18</sup> Neste sentido, ainda que sem contrapor a ideia de princípio à de *standard*, ANDORNO, Roberto. El principio de precaución: un nuevo standard jurídico para la era tecnológica. *Diario La Ley*, Buenos Aires, jul. 2002, *passim*.

<sup>19</sup> Destacando as variadas formas regulatórias e coercitivas para o cumprimento da função preventiva, VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil: la responsabilité – effets*. Paris : LGDJ, 1988, pp. 15-21. De forma ainda mais analítica, cf. EWALD, François. Philosophie politique du principe de précaution. *Le principe de précaution*. Paris: PUF, 2001, pp. 46-56.

<sup>20</sup> O princípio da precaução consiste “em ordenar que todos os tomadores de decisão, principalmente tomadores de decisões públicas, não negligenciem a possibilidade de riscos, mesmo que ainda não estejam cientificamente comprovados no exato momento, uma vez que eles podem causar danos sérios e irreversíveis”. É a tradução livre de “consiste à commander à l'ensemble des décideurs, principalement aux décideurs publics, de ne pas négliger, dans le prise de leurs décisions, l'éventualité de risques, même s'ils ne sont pas encore démontrés scientifiquement à ce moment précis, dès lors qu'ils sont de nature à provoquer des dommages graves et irréversibles” (VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil: introduction à la*

com os demais valores do ordenamento.<sup>21</sup> É que, ao contrário da prevenção, que busca evitar riscos certos e já conhecidos, a precaução se associa à criação de instrumento de defesa em face do desconhecido (riscos incertos, mas potencialmente existentes). De uma maneira ou de outra, trata-se de debate menos prático que puramente dogmático. Seja qual for a qualificação dada à prevenção e à precaução, é preciso compreender qual o conteúdo delimitado de cada uma dessas figuras.

A função preventiva da responsabilidade civil, como se viu, exprime uma intencionalidade funcional do sistema jurídico no sentido de propor uma tutela positiva dos interesses dignos de proteção. A rigor, o cumprimento desta função resulta em salvaguarda de determinados interesses contra possível/provável violação, em virtude de atividades específicas que as expõem a riscos fora da normalidade. De outra parte, garante o pleno desenvolvimento dos interesses protegidos, fomentando-os, em alguma medida.<sup>22</sup>

Faz-se pela via de instrumentos normativos, tais como (i) imposição de normas de conduta previamente estabelecidas com o desiderato exclusivo de prevenir a ocorrência do dano em potencial;<sup>23</sup> (ii) aperfeiçoamento da tutela processual inibitória, consagrando-se a eficácia de medidas judiciais que obriguem certos agentes “não fazerem” determinadas condutas, ou a tomarem certas atitudes que contribuirão para evitar dano iminente;<sup>24</sup> (iii) estipulação de sanções civis cujo objetivo é a dissuasão (*deterrence*) do agente que, porventura, descumpra com o feixe de obrigações preventivas que deve cumprir, em razão da natureza de sua atividade. Esta última medida, quando existente, não deixa de ter, também, caráter de tutela negativa, aproximando-se da conhecida e polêmica função punitiva.<sup>25-26</sup>

Não obstante haja alguns exemplos pontuais de aplicação da função preventiva em sentido estrito, portanto a riscos conhecidos (regras de trânsito, de restrição de uso de cigarros

---

responsabilité, cit., p. 153).

<sup>21</sup> LOPEZ, Tereza Ancona Lopes. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*, cit., pp. 123-131.

<sup>22</sup> É a busca pelo ponto de equilíbrio, que é capaz de “derrubar os obstáculos entre os setores produtivos e a sociedade” (EWALD, François. *Philosophie politique du principe de précaution*, cit., pp. 53-54. Pense-se nas normas de proteção no ambiente de trabalho, que além de proteger o trabalhador de acidentes em potencial, desenvolve a profissão, estimulando o mercado de trabalho e atraindo profissionais qualificados, diminuindo o sentimento de retração por receio à assunção de certos riscos. A “ponderação” na instrumentalização do princípio da precaução é destacada por KOURILSKY, Philippe; VINEY, Geneviève. *Le principe de précaution*. St-Denis: Odile Jacob, 2000, pp. 21-22.

<sup>23</sup> LOPEZ, Tereza Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*, cit., pp. 141-142, destacando as “ações de fiscalização exercida pelos órgãos públicos, como ANVISA, PROCON, IBAMA, CADE, dentre outros”.

<sup>24</sup> Neste ponto, merece destaque o estudo detalhado de MATHILDE BOUTONNET, que busca potencializar a tutela inibitória, sugerindo, inclusive, a criação de uma “ação de responsabilidade civil preventiva” (*Le principe de précaution em droit de la responsabilité civile*. Paris: LGDJ, 2005, p. 297 e ss.).

<sup>25</sup> SUNSTEIN, Cass; KAHNEMAN, Daniel; SCHKADE, David. Assessing punitive damages (with notes on cognition and valuation in law). *Yale Law Journal*, v. 107, may. 1998, pp. 2082-2085.

<sup>26</sup> Por último, “costuma-se invocar a aplicação do princípio da prevenção, com maior intensidade, apenas a *posteriori*, quando já implementado o risco, não raro com a ocorrência de danos em massa ou verdadeiras catástrofes sociais. Neste caso, perde-se completamente o sentido da função, que existe precisamente para que o dano não aconteça, sucumbindo a razão de existir quando se passa a refletir sobre ela apenas no momento patológico do evento danoso. A sua atuação precisa ser, necessariamente, *ex ante*, no controle do risco e na implementação efetiva das normas regulamentares que instituem os deveres de cuidado específicos para determinadas atividades. (Cf. REIS JÚNIOR, Antonio dos. *Função promocional da responsabilidade civil: um modelo de estímulos à reparação espontânea do dano*. 2019. 247 f. (Doutorado em Direito Civil) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019, p. 125.

em locais fechados, de segurança na construção civil, de segurança no trabalho, etc.), bem como de aplicação real e efetiva no princípio da precaução, quanto a riscos incertos (tanto no direito ambiental, quanto nas normas restritivas a alimentos geneticamente modificados), ainda se mostra majoritária a tendência de se invocar a violação à função preventiva ou ao princípio da precaução tão somente após a ocorrência do dano. Tal realidade evidencia o quão distantes a administração pública e a jurisprudência estão da implementação da função preventiva, em sentido lato. E a dificuldade reside, especialmente, na correta compreensão acerca do seu real âmbito de incidência, bem como dos instrumentos que se deve valer a sociedade para controlar, previamente, as atividades de risco.

Na decisão exarada pelo Corte Suprema se pode visualizar três principais perspectivas aqui expostas para função preventiva *lato sensu*, no espectro da atuação de agentes públicos durante a pandemia de covid-19: (i) a qualificação da atividade de gestão pública de enfrentamento da tragédia sanitária, decorrente da pandemia da covid-19, como *atividade de risco especial*, a demandar maior atenção, cuidado e responsabilidade do agente público, a fim de evitar que a sua atuação (comissiva ou omissiva) contribua para amplificar os danos, aqui entendidos no aspecto coletivo (capacidade do Sistema Único de Saúde para suportar a demanda epidêmica e oferecer suporte adequado aos pacientes) e individual (atuar para evitar número excessivo e desproporcional de mortes em comparação a outros países); (ii) com forte atuação do princípio da precaução – orientada a evitar *riscos incertos* –, como mandado de otimização a ser perseguido pelo agentes públicos que detêm o poder decisório nas políticas públicas de enfrentamento aos efeitos da pandemia de covid-19; e (iii) o oferecimento de *critérios* para identificar o padrão de conduta (*standard*) esperado dos gestores, a partir da ótica precaucional de tutela dos interesses difusos vinculados à incolumidade da saúde pública.

Como remédios à disposição dos interessados na defesa de tais interesses, vislumbra-se não apenas a busca pela tutela negativa e reativa, no ambiente do pós-dano, mas, especialmente, os instrumentos de tutela processual inibitória. Consagra-se, assim, a eficácia de medidas judiciais que obriguem certos agentes a “*não fazerem*” determinadas condutas, ou a tomarem certas atitudes que contribuirão para evitar dano iminente (medidas cominatórias). Tudo com vistas a evitar a consolidação de danos futuros.

#### **4. A RESPONSABILIDADE SUBJETIVA ESPECIAL DOS AGENTES PÚBLICOS: DA GRADAÇÃO DA CULPA À CULPA NORMATIVA**

É de modo alvissareiro que se recebe a ordem – advinda da Suprema Corte do país – de que a observância dos *princípios constitucionais* da prevenção e da precaução devem pautar o *padrão de conduta* a ser adotado pelos gestores públicos, por suas decisões ou opiniões técnicas, fora do qual poderão eles sofrer os efeitos da responsabilização civil por eventuais danos causados. Isso porque, nestes casos, terão atuado em “*erro grosseiro*” (art. 1º da MPV nº 966/2020).

Não obstante tenha o legislador optado por adotar, mais uma vez, o estranho requisito

do “*erro grosseiro*” (já inserido no art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, por via da reforma implementada pela Lei nº 13.655/2018), pecou menos em indicar que,<sup>27</sup> em última análise, quer-se referir que a responsabilização ocorrerá nas hipóteses de *culpa grave*.<sup>28</sup> As recentes inovações parecem ter positivado as expressões atécnicas que se popularizaram nos últimos anos em diversas situações nas quais um agente responderia por “erro”,<sup>29</sup> quando em verdade a responsabilidade ocorre por culpa, nas hipóteses de responsabilidade subjetiva. A redação do art. 2º da Medida Provisória nº 966/2020 encerra, a rigor, uma tautologia: erro grosseiro nada mais é que o erro evidente e inescusável praticado com culpa grave. Esta, por sua vez, por ter alta gravidade, é sempre explícita e indesculpável, o que se trataria de “erro grosseiro”.

No mais, o significado prático do critério fixado pela Suprema Corte é que o agente público, na tomada de decisões, deve levar em conta o potencial lesivo dos riscos à saúde pública, sempre como base em dados normativos, científicos e técnicos aplicáveis à atuação da gestão da saúde pública em tempos de pandemia, “*tal como estabelecidos por organizações e entidades reconhecidas nacional e internacionalmente*”. A *contrario sensu*, determinações ou diretrizes adotadas pelo administrador público, detentor de poder executivo decisório, com base em critérios obscurantistas, leigos, amadores ou mesmo calcado em estudos técnicos questionáveis e não-reconhecidos, revelam atuação em erro grosseiro, porque manifesto, evidente e inescusável, com elevado grau de negligência ou imprudência (art. 2º da MPV nº 966/2020). Em tempos de pandemia, ressalte-se, a atividade de gestor público de crise humanitária é qualificada como *atividade de risco especial*, que exige o maior grau de atenção ao princípio da precaução. O padrão de comportamento razoavelmente esperado é sensivelmente elevado, não havendo espaço para experimentalismo social fora dos padrões mais seguro e testados pelas entidades nacionais e internacionalmente reconhecidas.

Contudo, não se pode afirmar que essa atividade de risco especial pressupõe a adoção do modelo de responsabilidade objetiva, pelo qual o agente responde independentemente da prova da culpa. A escolha pelo melhor regime (responsabilidade subjetiva ou objetiva) depende do legislador ordinário, não sendo incompatível com a Constituição a eleição de responsabilidade subjetiva especial ao agente público, mesmo que ele passe a atuar dentro de um contexto de risco extraordinário. Como é cediço, o art. 37, §6º da Constituição impõe a responsabilidade objetiva apenas à pessoa jurídica de direito público e à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, inclusive garantindo o regresso contra o responsável, “nos casos de dolo ou culpa”. Destarte, a regra segundo a qual o agente público responde subjetivamente foi mantida, mas sob o manto de uma responsabilidade subjetiva

---

<sup>27</sup> Diz-se que “pecou menos” porque o art. 28 da LINDB, acrescentado pela Lei nº 13.655/2018, sequer fez qualquer referência ao requisito da culpa.

<sup>28</sup> Art. 2º. Para fins do disposto nesta Medida Provisória, considera-se erro grosseiro o erro manifesto, evidente e inescusável praticado com *culpa grave*, caracterizado por ação ou omissão com *elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia*.

<sup>29</sup> A propósito, em pesada crítica à ideia de que o médico responde por erro, ao invés de salientar que ele responde por culpa, Cf. SOUZA, Eduardo Nunes de. *Do erro à culpa na responsabilidade civil do médico: estudo na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, pp. 104-114.

especial: o administrador público que detém poder executivo decisório só responde quando demonstrado que atuou com dolo ou “erro grosseiro” (*rectius*: culpa grave).

Tal referência faz o leitor rememorar os tempos em que a culpa era o elemento central da responsabilidade civil. Na época pós-iluminista (direito civil oitocentista) em que se considerava a ideia de Vontade o busílis do Direito,<sup>30</sup> não é difícil imaginar que, no âmbito da responsabilidade civil, a análise do comportamento do ofensor (*rectius*: da atuação de sua vontade na produção das consequências de sua conduta) se revelava essencial à imputação do dever de indenizar.<sup>31</sup> A exigência do nexu *psicológico* entre a conduta do agente e o dano produzido na esfera jurídica da vítima traduzia o fator preliminar de observação acerca do dever de reparar.<sup>32</sup> Eis a razão pela qual a responsabilidade civil, não raro, apresentava-se como medida de exceção, diante da costumeira dificuldade de comprovação da culpa.<sup>33</sup>

De fato, a chamada *responsabilidade subjetiva*, a qual demanda a consideração da presença da culpa do agente ofensor, como pressuposto do dever de indenizar, consagrou-se como modelo clássico geral, por razões lógicas: se a liberdade do indivíduo é o fundamento da responsabilidade, a ele só pode ser imputado o dever de indenizar se causou o dano a partir de um comportamento reprovável, adotado de maneira livre e consciente (conduta culposa). Se decidiu mover sua Vontade pelo caminho espinhoso da conduta ilícita ou antijurídica, ou pelo inadimplemento, torna-se merecedor da atribuição do dever de indenizar. É que o agente agiu de modo censurável, devendo, assim, sofrer os efeitos da imputação legal. Por outro lado, se a sua conduta se manteve digna, ou se o agente não inclinou sua Vontade para o evento danoso, malgrado tenha ele ocorrido, não deve responder, sob pena de cometimento de uma injustiça ainda maior: a responsabilização de alguém que agiu honradamente, ou por um ato não-livre de conduta.

---

<sup>30</sup> Importante, ainda, destacar que a marcha do voluntarismo veio acompanhada da tríade “individualismo”, “patrimonialismo” e “abstração”, elementos pouco a pouco superados pela inserção gradativa dos valores da “solidariedade”, “dignidade” e da proteção integral da “pessoa” concreta, como destacam LUIZ EDSON FACHIN e CARLOS EDUARDO PIANOVSKI em A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v. 35, jul.-set. 2008, pp. 101-119.

<sup>31</sup> “Na teoria subjetiva, a ideia de culpa é central. A obrigação de reparar ou de ressarcir o dano se nutre da voluntariedade do ato, como elemento primário e fundamento moral da responsabilidade” (SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. vol. 1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 551). Na doutrina tradicional, a noção de culpa apresenta aspecto quase simbiótico com a ideia de ilícito, como se vê em passagem clássica de MARCEL PLANIOL: “la faute est un manquement à une obligation préexistante, dont la loi ordonne la réparation quand il a causé un dommage à autrui. L’idée de faute prise en elle-même est donc extrêmement simples, et elle est dans une relation nécessaire avec l’idée d’obligation: une personne ne peut pas être en faute, si elle n’était tenue de rien avant l’acte qu’on lui reproche” (*Traité élémentaire de droit civil*: conforme au programme officiel des facultés de droit. t. II. 9. ed. Paris: LGDJ, 1923, p. 281) (grifos do autor).

<sup>32</sup> “Para que o fato possa ser imputado, é necessário que o imputável tenha agido com culpa, que haja certo nexu psicológico entre o fato e a vontade do agente” (ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. 8. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 575).

<sup>33</sup> Neste sentido, a célebre passagem de HENRY DE PAGE, para quem “a irresponsabilidade é regra, a responsabilidade a exceção” (*Traité élémentaire de droit civil belge*. Bruxelles: Émile Bruylant, 1948, n. 933). Observa, ainda, Sérgio CAVALIERI FILHO: “A vítima de um dano só poderá pleitear ressarcimento de alguém se conseguir provar que esse alguém agiu com culpa; caso contrário, terá que conformar-se com a sua má sorte e sozinha suportar o prejuízo” (*Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 43).

Como se pode notar, a associação da culpa à moral é inexorável.<sup>34</sup> Mesmo porque o sistema liberal de pensamento, sobre o qual se baseou o direito civil clássico, teve origem na filosofia moral iluminista, que buscava a justificação do agir humano a partir das normas de conduta produzidas pela Vontade, fonte ordenadora da Razão. O agir concreto (ser), então, deve seguir os padrões de conduta determinados pelas leis (dever-ser), que na razão prática devem ser universalmente aceitas.<sup>35</sup> No direito moderno, ao menos no sistema romano-germânico, absorvido pela lógica do positivismo, o sujeito de direito deve agir, concretamente (ser), de modo a seguir, conscientemente, as normas de comportamento editadas pelas regras formais (dever-ser), ordenadas tanto pela Vontade individual (contrato), quanto, e especialmente, pela Vontade Coletiva (lei), fruto do empenho do legislador (processo legislativo), que representa as vontades dos cidadãos, regras estas que contêm cláusulas gerais de conteúdo moral. Se viola a lei, ou o contrato, deve responder se o fez culposamente.

Não por acaso esse é o critério central para a imputação da responsabilidade no art. 1.382 do *Code Civil* francês de 1804, cujo teor, em tradução livre, aponta que: “Todo fato do homem que causar dano a outrem, *obriga-o por cuja culpa ele carregou*, a repará-lo”. Percebe-se, assim, que a obrigação de reparar é determinada pela extensão da culpabilidade, que se apresenta, portanto, como limite da responsabilidade, em circunstância na qual a contribuição comportamental do agente, com maior ou menor intensidade, é o fator fundamental de imputação. Dada tamanha importância ao modelo de responsabilidade subjetiva – e ao seu ressurgimento como fator determinante de imputação na Lei nº 13.566/2018 e na Medida Provisória nº 966/2020, mesmo diante de condutas de gestão que podem pôr em risco a incolumidade da saúde pública –, cabe, afinal, compreender o significado da culpa e o itinerário para a sua investigação, conforme a concepção adotada.

Em seu sentido mais puro, porque ligado às origens de sua concepção, a *culpa*, em sentido amplo (*lato sensu*), é o componente comportamental do agente causador do dano que integra a sua esfera subjetiva, psicológica, anímica, com relação ao ato por ele praticado. De maneira ainda mais analítica, cuida-se de traço psicológico necessariamente ligado ao grau de consciência do agente acerca de sua conduta e das consequências que ela pode gerar na esfera jurídica de terceiros. Daí a tradicional classificação da conduta culposa, que pode ser praticada mediante *dolo* ou *simples culpa* (culpa sem sentido estrito).<sup>36</sup> Portanto, deveria responder o

---

<sup>34</sup> “*la faute est reconnue globalement par une sorte l'evidence morale*” (CARBONNIER, Jean. *Droit civil*. t. 2. Paris: PUF, 2017, p. 2294).

<sup>35</sup> “A necessidade prática de agir segundo esse princípio, isto é, o dever, não assenta absolutamente em sentimentos, impulsos e inclinações, mas meramente na relação dos seres racionais uns com os outros, na qual a vontade de um ser racional tem de ser considerada ao mesmo tempo como legislante, porque, de outro modo, não poderia pensá-los com fins em si mesmos. A razão refere, portanto, toda máxima da vontade enquanto legislando universalmente a toda outra vontade e também a toda ação para consigo mesmo, e isso, aliás, não por causa de qualquer outro motivo prático e vantagem futura, mas em virtude da ideia de dignidade de um ser racional que não obedece a nenhuma outra lei senão àquela que ele dá ao mesmo tempo a si mesmo” (KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Barcarola, 2009, pp. 263-264).

<sup>36</sup> São numerosas as correntes que buscam identificar o real significado do dolo e da culpa em sentido estrito. Para uma vertente, ultrasubjetiva, porque imerge profundamente no estado anímico, o dolo representaria a intenção do agente de causar o dano. Para outra corrente, que parece mais acertada, na

agente que causar dano a outrem de modo intencional ou, simplesmente, porque agiu com negligência, imprudência ou imperícia.<sup>37</sup>

No entanto, como se pôde inferir da leitura do texto do Código Civil francês, a obrigação de reparar era intimamente conectada à extensão da culpabilidade do agente, pois este respondia pelos danos causados “por cuja culpa ele carregou”. Por essa razão fez fama a taxonomia da culpa, ou a metodologia da categorização de suas variáveis (delito ou quase-delito,<sup>38</sup> dolo e culpa em sentido estrito, com suas diversas subdivisões: dolo direto, dolo indireto, dolo eventual, culpa consciente, culpa gravíssima, grave, média, leve, levíssima e etc.), que semeou por muito tempo a criatividade dos juristas, no afã de apresentar a melhor classificação para os chamados “graus de culpa”, fundamentais para a fixação do dever de indenizar.<sup>39</sup>

Decerto que, com o passar do tempo, a dogmática civil dedicou menos esforço no estudo analítico do dolo, dada a quantidade mínima de casos em que o agente responderia somente por uma atividade dolosa.<sup>40</sup> Ao contrário do direito penal, em que o agente

---

medida em que busca a qualificação do fato buscando menos pelos efeitos visados e mais por sua causa, para a caracterização da conduta dolosa basta que ela seja praticada por quem tem plena consciência de sua própria conduta e dos riscos que ela gera a terceiros, assumindo-os deliberadamente. De modo geral, já prescrevia FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY que “*Elles se distinguent des autres obligations en ce qu'elles peuvent toujours être rattachées à une intention contraire au droit, qui peut consister, ou dans la volonté de commettre une violation du droit (dolus) ou dans le défaut de la diligence (culpa), exigée dans toute opération juridique*” (*Le droit des obligations*. Tradução de C. Cérardim e P. Jozon. 2. ed. Paris: Ernest Thorin, 1873, p. 463).

<sup>37</sup> Destaca ANDRE TUNC que a negligência (como também a imprudência) atrai uma série de comportamentos pelos quais o agente aceita deliberadamente sério risco de causar dano a outrem: “*dans la négligence, l'acte intentionnel est exclu, mais l'éventail de conduites répréhensibles va de l'acceptation délibérée d'un risque grave de dommage pour autrui à la simple erreur que nous venons d'évoquer*” (*La responsabilité civile*. 2. ed. Paris: Economica, 1989, p. 111). Indicando alguma diferença de grau entre a “*faute*” ou “*fait*” e a noção de negligência e imprudência, Cf. LE TOURNEAU, Philippe. *La responsabilité civile*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1976, p. 4.

<sup>38</sup> A distinção entre delito e quase-delito no direito civil remonta aos clássicos franceses, que classificavam o ilícito extracontratual entre o ato intencional (delito) ou involuntário (quase-delito). No fundo é a bipartição entre ato doloso ou meramente culposo: “*la faute est l'inexécution d'un devoir que l'agent pouvait connaître et observer. S'il le connaissait effectivement et l'a délibérément violé, il y a délit civil, ou, en matière de contrat, dol contractuel. Si la violation du devoir, tout en pouvant être connue et évitée a été involontaire, il y a faute simple; et, eu dehors des matières contractuelles, on l'appelle quasi-délit*” (SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile*. v. II. Paris: LGDJ, 1951, p. 5). Mas como ressalta SALVATORE PUGLIATTI, “*la distinzione è puramente scolastica e non può ricondursi ad apprezzabili conseguenze, di fronte alla estesa formulazione secondo cui 'qualunque fatto doloso o colposo che ha commesso il fatto a risarcire il danno'*” (*I fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1996, p. 13).

<sup>39</sup> Aqueles que até então admitiam a relevância maior da distinção dos graus de culpa o faziam quando defendiam a sua utilização como critério para a quantificação do dano, em postura que aqui se discorda. No ordenamento brasileiro, o art. 944, *caput*, impõe que a indenização se mede pela *extensão do dano*. Mesmo a sua exceção, constante no parágrafo único, faz induzir que seja importante diferenciar culpa grave, de média, leve ou levíssima. No direito português, posto também não haja previsão legal quanto à graduação da culpa, os autores habituaram-se a defender o critério gradativo em razão da sua relevância para apuração do dever de indenizar nas hipótese de coautoria do dano e para fins de quantificação, por haver lastro legal no Código Civil português: “Embora a lei actual não considere, em princípio, estes graus de culpa, verificaremos que eles relevam no âmbito da responsabilidade extracontratual para efeito de fixação do montante da indemnização, quando existem vários responsáveis ou se apure a conculpabilidade do lesado (arts. 497.º, n.º 2, 506.º, n.º 2, 507.º, n.º 2, e 570.º, n.º 1). O grau de culpa do agente interessa igualmente para a determinação do quantitativo da indemnização, nos termos do art. 494.º, ainda há pouco referido” (ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 555).

<sup>40</sup> Destaque-se que até hoje sobrevivem situações em que a responsabilidade se restringe aos casos em que o agente causador do dano age dolosamente, especialmente na responsabilidade contratual. Veja-se, por exemplo, o art. 392, primeira parte, do CC, que limita a responsabilidade do contratante que não se favorece de contrato gratuito à conduta dolosa, enquanto o favorecido pode responder por simples culpa:

normalmente responde apenas por dolo,<sup>41</sup> salvo expressa previsão legal de um “tipo penal culposo”, na maior parte dos casos de responsabilidade civil subjetiva, o sujeito responde por simples culpa, fazendo com que o seu estudo seja mais relevante, na medida em que representa a fronteira do dever de indenizar. Numa sentença, no direito civil, não há dúvida da culpabilidade daquele que age com dolo, mostrando-se maior a dificuldade em averiguar se repousa a responsabilidade naquele que agiu com simples culpa, especialmente sendo ela de grau leve ou levíssimo.<sup>42</sup>

O primeiro desafio para essa concepção clássica de culpa, de forte viés subjetivo,<sup>43</sup> relaciona-se à prova. Tradicionalmente, recai sobre o autor da ação o ônus da prova dos fatos constitutivos de seu direito.<sup>44</sup> E, nesta circunstância, não raro a exigência da vítima comprovar o estado anímico do agente causador do dano, naquele evento danoso, representa barreira intransponível, no que se convencionou denominar “prova diabólica”.<sup>45</sup> Se o agente não produzir prova contra si mesmo é quase impossível a vítima demonstrar, numa perspectiva psicológica (*quid* psíquico), que o causador do dano tinha “intenção” ou “consciência sobre sua conduta e os riscos que ela gerava” no momento do evento danoso.

O segundo desafio repousa na dificuldade prática de qualificação do comportamento do agente, que integra o fato jurídico causador do dano. Percebe-se que dentro das categorizações dos graus de culpa, provoca-se ampla margem de insegurança jurídica, no sentido do alto nível de sua imprevisibilidade,<sup>46</sup> mercê do problema relacionado ao princípio da legalidade, que representa o terceiro desafio desta concepção.<sup>47</sup> É que não há na legislação

---

“Nos contratos benéficos, responde por simples culpa o contratante, a quem o contrato aproveite, e por dolo aquele a quem não favoreça (...)”. Também o art. 400, primeira parte, do CC, que restringe a responsabilidade do devedor, pela conservação da coisa, à conduta dolosa, nas hipóteses em que o credor está em mora: “A mora do credor subtrai o devedor isento de dolo à responsabilidade pela conservação da coisa (...)”.

<sup>41</sup> É cediço que, em regra, os crimes são puníveis apenas se praticados de maneira dolosa (intencional). A previsão de crimes culposos, como medida de exceção, precisa constar expressamente no tipo. Acerca da distinção entre o ilícito civil e o ilícito penal, especialmente sobre o aspecto subjetivo da conduta, Cf., por todos, BRUNETI, Giovanni. *Il delitto civile*. Firenze: B. Seeber, 1906.

<sup>42</sup> O caso mais ilustrativo do esforço doutrinário, que alcançou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, reside no critério definido pelo verbete de Súmula n. 145, para os casos de transporte desinteressado: “No transporte desinteressado, de simples cortesia, o transportador só será civilmente responsável por danos causados ao transportado quando incorrer em dolo ou culpa grave”.

<sup>43</sup> Desde já, chama-se a atenção para que não se confunda a responsabilidade subjetiva, com a ideia de culpa subjetiva. Aquela é o modelo que representa a cláusula geral da responsabilidade que exige como pressuposto a análise da conduta culposa do agente. Esta é uma vertente conceitual da culpa propriamente dita, uma forma de se compreender o seu significado e o seu alcance. Neste ponto, pode-se mesmo falar de uma culpa objetiva, como se verá *infra*.

<sup>44</sup> Essa era a redação do art. 333 do CPC/73, mantida no art. 373 do CPC/15.

<sup>45</sup> Destaca JOSÉ DE AGUIAR DIAS que a “vítima tem à sua disposição todos os meios de prova, pois não há, em relação à matéria, limitação alguma. Se, porém, fosse obrigada a provar, sempre e sempre, a culpa do responsável, raramente seria bem-sucedida na sua pretensão de obter o ressarcimento” (*Da responsabilidade civil*. v. 1. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 110).

<sup>46</sup> “Preocupações com a consciência moral da lesão a direito alheio, com a previsibilidade do dano e com a reprovabilidade moral da conduta praticada esmoreceram diante das dificuldades de concreta demonstração destes aspectos” (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 34).

<sup>47</sup> Para este autor, a legislação evidencia a irrelevância dos graus de culpa ao destacar que “*Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual*” (art. 403 do CC). Discussão mais profunda é aquela acerca do parágrafo único do art. 944, que dispõe: “Se houver excessiva

comum qualquer indicador que aponte para a existência de graus de culpa, como relevantes para a identificação do dever de indenizar. Este último problema, como se vê, já não se apresenta diante do texto da Medida Provisória nº 966/2020. Mas com relação ao problema da (im)previsibilidade, como se verá *infra*, a dificuldade persiste: os critérios adotados pelo art. 3º da Medida Provisória nº 966/2020 não são suficientes para garantir a segurança da atuação do agente em tempos tão excepcionais.<sup>48</sup>

No que tange ao problema do ônus da prova da culpa, não há indicação expressa da Medida Provisória nº 966/2020. É mais um indício que a norma excepcional nada mais fez consagrar o modelo mais contemporâneo de culpa, ao contrário do que parece refletir a leitura literal e descontextualizada da exigência de “culpa grave” para a responsabilização dos agentes públicos. Veja-se.

Sabe-se que uma das primeiras notas de evolução da dogmática e da jurisprudência acerca do significado e alcance da culpa veio com a criação das hipóteses de “presunção de culpa”, invertendo-se o *onus probandi* no processo ao agente apontado como causador do dano, passando a recair sobre ele o ônus de demonstrar que não agiu culposamente naquele evento danoso.<sup>49</sup> Concomitantemente, maior esforço, então, seria de comprovar que a sua conduta não teria sido negligente, imprudente ou imperita. Ou, *a contrario sensu*, que ele teria efetivamente cumprido com o agir prudente e diligente.

O reforço da concepção de culpa associada ao trinômio negligência, imprudência e imperícia, com a percepção da dificuldade prática em adotar-se um modelo de culpa subjetiva (psíquica), conectada a um maior clamor pela eficácia do modelo de responsabilidade civil, passando-se a utilizar, paulatinamente, o expediente da “culpa presumida”, encontrou nas concepções objetivas o espaço ideal de desenvolvimento e aperfeiçoamento. É que se fez necessário apresentar critérios mais seguros de interpretação para a identificação, no caso concreto, de um agir negligente, ou imprudente, ou imperito. Se na origem a doutrina buscava ingressar no estado anímico do agente (*quid* psíquico), investigando o *grau de consciência de sua conduta* e dos riscos que ela impunha a direito alheio – extraíndo-se daí as noções de *previsibilidade* –, tornando tal conduta *reprovável* moralmente, passou-se a identificar a conduta negligente ou imprudente como aquela desajustada a um modelo de comportamento que deveria ser seguido pelo agente.

Inaugurou-se, assim, a fase da *objetivação da culpa*, que não pode ser confundida com

---

desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização”. Em perspectiva crítica, sustentando tratar-se de um problema de proximidade do nexos, e não de grau de culpa, em seu sentido técnico, confira, por todos, a importante contribuição de CARLOS EDISON DO RÉGO MONTEIRO FILHO (Artigo 944 do Código Civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 63, 2008, p. 69-94).

<sup>48</sup> Art. 3º Na aferição da ocorrência do erro grosseiro serão considerados: I - os obstáculos e as dificuldades reais do agente público; II - a complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público; III - a circunstância de incompletude de informações na situação de urgência ou emergência; IV - as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação ou a omissão do agente público; e V - o contexto de incerteza acerca das medidas mais adequadas para enfrentamento da pandemia da covid-19 e das suas consequências, inclusive as econômicas.

<sup>49</sup> Acerca do caminho trilhado entre a doutrina da “presunção da culpa” e a “responsabilidade sem culpa”, cf. por todos, TRIMARCHI, Pietro. *Rischio e responsabilità oggettiva*. Milano: Giuffrè, 1961, pp. 11-23.

a *objetivação da responsabilidade*, na medida em que nesta a própria análise da culpa é dispensada. Talvez para evitar confusões, parte considerável da doutrina tem preferido chamar tal modelo de *culpa normativa*,<sup>50</sup> residindo neste designativo a sua expressão mais conhecida. Em sua formulação mais tradicional, age culposamente (em sentido normativo) o agente que se comporta em desconformidade com o modelo geral e abstrato de conduta, incidente sobre aquela *fattispecie*.<sup>51</sup> Passa-se a considerar a conduta culposa como aquela que não se enquadra na moldura abstrata de comportamento, que não se encaixa no padrão geral de atuação.

Adotada majoritariamente pela doutrina e jurisprudência nos tempos atuais, essa corrente traz consigo alguns critérios para se identificar o modelo abstrato de comportamento (comportamento *standard*). Inicialmente, buscou-se inspiração na baliza romana do *bonus pater familias* (bom pai de família), semelhante ao *reasonable person* (pessoa razoável) do direito anglo-saxão, que representa a pessoa média, padrão, prudente, de diligência razoável.<sup>52</sup> O intérprete e aplicador do direito, desconsiderando os aspectos volitivos internos do agente, atendo-se às circunstâncias externas do evento, formula o itinerário comportamental que conduziria a pessoa média naquelas circunstâncias, consideradas objetivamente, extraíndo daí o modelo abstrato, ao qual o agente concreto deve agir em respectiva correspondência ou mesmo superá-la.<sup>53</sup> Deixando de alcançar a diligência mínima da pessoa abstrata, identifica-se o desvio de conduta, que se revela como negligente, se houve desídia; imprudente, em caso de atuação exagerada, estabanada, descuidada; ou imperita, se não empregou a técnica devida, como

---

<sup>50</sup> Conforme sintetiza Anderson SCHREIBER, “a culpa passou a ser entendida como “o erro de conduta”, apreciado não em concreto, com base nas condições e na capacidade do próprio agente que se pretendia responsável, mas em abstrato, isto é, em uma objetiva comparação com um modelo geral de comportamento. A apreciação em abstrato do comportamento do agente, imune aos aspectos anímicos do sujeito, justifica a expressão *culpa objetiva*, sem confundi-la com a responsabilidade objetiva, que prescinde da culpa. Para evitar confusões, contudo, parte da doutrina passou a reservar a tal concepção a denominação de *culpa normativa*” (*Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 35).

<sup>51</sup> Destaca ALVINO LIMA, que na operação da culpa normativa “devemos fazer abstração das circunstâncias internas do agente, isto é, do seu estado da alma, hábitos, caráter, ou, numa palavra, das circunstâncias de ordem intelectual, para atendermos tão somente às circunstâncias externas, de ordem física, como sejam as de tempo, de lugar e influência do meio social” (*Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960, p. 68).

<sup>52</sup> No direito continental, em perspectiva contemporânea, resume ADOLFO DI MAJO: “*In tal modo la valutazione circa la sussistenza della colpa scaturisce da un confronto tra contegno effettivamente tenuto ed un ‘modello ideale di riferimento’. Tale modello è costituito dalle norme di diritto positivo – la cui violazione comporta, secondo una qualificazione diffusa, ‘colpa in senso oggettivo’ – o dalle regole di prudenza, quali ‘doveri extracontrattuali non scritti’ che confluiscono a determinare lo standard di diligenza*” (Discurso generale sulla responsabilità civile. In: LIPARI, Nicolò; RESCIGNO, Pietro (Coord.). *Diritto civile*. vol. IV. t. III. Milano: Giuffrè, 2009, pp. 68-69). No direito anglo-saxão, importante o apontamento de RICHARD POSNER ao explicar que nem sempre a fórmula do “reasonable man” é aplicável: “*consistent with this point, when differences in capacity to avoid accidents are ascertainable at low cost the courts do recognize exceptions to (or subclasses of) the reasonable-person rule. For example, blind people are not held to as high a standard of care as sighted ones, although within the class of blind people a uniform standard of care is imposed*” (*Economic analyses of law*. 7. ed. New York: Aspen Publishers, 2007, p. 171).

<sup>53</sup> A culpa passa, assim, a representar um “modelo ideal de referência” (MONATERI, Pier Giuseppe. *La responsabilità civile*. Torino: UTET, 1998, p. 75). “Tale modello è costituito dalle norme di diritto positivo – la cui violazione comporta, secondo una qualificazione diffusa, ‘colpa in senso oggettivo’ – o dalle regole di prudenza, quali ‘doveri extracontrattuali non scritti’ che confluiscono a determinare lo standard di diligenza” (RUFFOLO, Ugo. *Colpa e responsabilità*. In: LIPARI, Nicolò; RESCIGNO, Pietro (Coord.). *Diritto civile*, cit., pp. 68-69.)

aplicaria a pessoa-padrão.<sup>54</sup>

Tal concepção é a mais aceita atualmente. Dela se extrai a vantagem de (i) *eliminar o problema da prova*, bem como estabelece a (ii) *desnecessidade do intérprete de investigar o âmbito psicológico do agente*, evidenciando um claro rompimento com o conteúdo moralista que lhe era inerente – superando-se o paradigma anterior –,<sup>55</sup> ainda que permaneça a essência da filosofia moral abstrata. De qualquer maneira, já se pode imaginar que tal corrente não transita imune às críticas.

A primeira delas, que não tem a ver com o método abstrato em si, mas ao modelo da “pessoa média” adotado, reside no ataque à aparente neutralidade do *bonus pater familias*, cujo padrão dele extraído representa, em última análise, o modelo do julgador, envolto de sua carga de experiências pessoais, culturais, sociais e econômicas, muitas vezes diametralmente opostas à da pessoa julgada.<sup>56</sup> Volta-se, então, ao problema da subjetividade na identificação da “pessoa razoável” (este sim, um dado objetivo), identificando no modelo abstrato o padrão da consciência do juiz.<sup>57</sup> Mais: o julgador, ainda que envidasse o maior esforço para alcançar a neutralidade e imergir na realidade do agente julgado, para daí extrair o modelo ideal abstrato àquele, não teria êxito em seus desígnios, diante da impossibilidade de conhecer certos nichos, inalcançáveis e incognoscíveis àqueles que não o integram. Nestas hipóteses, a solução ideal seria construir um modelo abstrato de comportamento fragmentado,<sup>58</sup> mediante a absorção de parâmetros externos de análise, notadamente para os casos que envolvem realidades particulares, que fogem do

---

<sup>54</sup> A tendência é abandonar o critério da imperícia, porque normalmente já abrangido pela negligência ou imprudência. Assim parece ter caminhado o legislador ao fazer referência expressa apenas ao agir imprudente ou negligente, conforme o art. 186 do Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, *negligência ou imprudência*, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (grifos nossos).

<sup>55</sup> É um marco de evolução da responsabilidade civil a passagem da análise concreta para uma análise abstrata da culpa, com elementos mais técnicos e mais distantes de alta carga de moralismo. Para compreender tal evolução, que passa por JEAN DOMAT até chegar em GEORGES RIPERT, é indispensável a leitura de VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil: introduction à la responsabilité*. GHESTIN, Jacques (Coord.). 3. ed. Paris: LGDJ, 2008, pp. 11-45.

<sup>56</sup> Emblemáticas as passagens de PATRICK ATIYAH, ao apontar que será culpado um motorista que estiver fazendo o seu melhor, ainda que abaixo da régua de comportamento traçada pelo modelo abstrato do “homem razoável”: “*although the law only requires reasonable care, it is no defence for a driver to say that he was doing his best. His best may simply not be good enough.*” (*The damages lottery*. Oxford: Hart Publishing, 1997, p. 5). Como também de MASSIMO BIANCA: “*il soggetto che tiene un comportamento non conforme ai canoni obiettivi della diligenza è in colpa anche se abbia fatto del suo meglio per evitare il danno, senza riuscirci a causa della sua inettitudine personale (imperizia, mancanza del normale grado di intelligenza, età avanzata, ecc.) o economica*”. A crítica é ainda bastante incisiva em GIOVANNA VISINTINI, para quem “*è argomento sistematico e formalistico quello di suggerire il coordinamento con la disciplina della responsabilità contrattuale e il sostenere la costanza terminologica della nozione legislativa di colpa e quindi l'accoglimento da parte del legislatore di un unico paradigma: quello del diligens pater familias*” (*Trattato breve della responsabilità civile*. Padova: CEDAM, 1990, p. 35).

<sup>57</sup> “*the reasonable man represents little more than subjective viewpoint of a particular judge*” (CONAGHAN, Joanne; MANSELL, Wade. *The wrongs of tort*. London: Pluto, 1999, p. 53).

<sup>58</sup> Contundente da crítica de GEZÁ MARTON ao critério abstrato do “bom pai de família”, chamando a atenção para o fato de que apenas se pode extrair a conduta prudente quando inserido o agente na realidade concreta do fenômeno danoso, com todas as circunstanciais e variáveis: “*Or, un bon père de famille, un homme prudent, s'il veut méritr ce mom, doit agir selon les circonstances qui se présentent et qui selon le cas lui imposent ou interdisent une certaine manière d'agir. La façon d'agir du bon père de famille n'est donc jamais une chose stable et invariable, elle est, au contraire, soumise à des variations continuelles, suivant les ciconstances surgissantes*” (*Les fondements de la responsabilité civile*. Paris: Recueil Sirey, 1938, p. 102). No direito brasileiro, remete-se à síntese de SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*, cit., pp. 41-43.

ordinário.

Parece ter sido este o propósito da Medida Provisória, que se alia ao texto do art. 28 da LINDB, introduzido pela Lei nº 13.655/2018: criar um modelo fragmentado de responsabilidade subjetiva especial do agente público, em virtude da excepcional peculiaridade do seu nicho de atuação, aparentemente inalcançável àqueles que não vivenciam o ambiente político.

A segunda crítica possui um fundamento metodológico, de cunho hermenêutico. Ao adotar um modelo abstrato de comportamento, conformando uma *fattispecie* abstrata judicial, para depois observar se o agente se conduziu em conformidade com o padrão estabelecido, está-se diante de mais um método que se vale de raciocínio meramente subsuntivo para a solução de controvérsias. Eis por que a aplicação da culpa normativa, se se pretende adaptada à realidade normativa do Direito Civil inserida na legalidade constitucional, só pode ser concebida se o momento interpretativo e aplicativo representar-se como realidade unitária, sem a lógica dúplice e segregada da subsunção, designadamente porque desconsidera as circunstâncias externas de modelos fragmentados de conduta, bem como os valores constitucionais que podem influenciar a conformação do comportamento-padrão naquele caso concreto.<sup>59</sup> Não se poderia conceber a formatação de um modelo neutro de conduta. A abstração não pressupõe neutralidade. Numa operação unitária, o intérprete deve iniciar o itinerário hermenêutico com a consideração da realidade concreta que se apresenta, com as peculiaridades que ela pode revelar, sem se ater apenas ao evento danoso imediato e fotografado, para, com apoio na totalidade dos valores do ordenamento, cujo vértice se encontra na Constituição, estabelecer o comportamento abstrato padrão, verificando, assim, se o agente causador do dano agiu em conformidade, de modo a evidenciar a sua conduta diligente, ou simplesmente isenta de culpa.

Assim, ao contrário do que pareceu à primeira vista, mormente pela inserção do malfadado critério do “erro grosseiro” ou, simplesmente, da “culpa grave”, como pressuposto da responsabilidade dos agentes públicos pelas ações e omissões em tempos de enfrentamento aos efeitos da pandemia de covid-19, a Medida Provisória editada não é incompatível com a Constituição. Isso porque é possível “salvá-la” mediante a técnica da interpretação conforme a Constituição, de modo a concluir que (i) não houve resgate da antiga culpa subjetiva e da relevância das teorias de gradação da culpa; (ii) interpretando-se axiológica e sistematicamente a Medida Provisória nº 966/2020, em conformidade com a Constituição, conquanto acompanhada de vícios de redação, admite-se que veio na esteira do que há de mais hodierno nos estudos da responsabilidade culposa; (iii) porque o art. 3º da Medida Provisória nº 966/2020

---

<sup>59</sup> Como bem acentua PIETRO PERLINGIERI, “a ideologia da subsunção permitiu mascarar como escolhas neutras, necessariamente impostas pela lógica, as escolhas interpretativas do jurista, desresponsabilizando a doutrina” (*Profili del diritto civile*. 3 ed. Napoli: ESI, 1994, p. 66). Para o autor, em verdade, “o ordenamento vive nos fatos concretos que historicamente o realizam”, portanto, é “do confronto fato-norma [que] se individua o significado jurídico a ser atribuído àquele fato concreto e o ordenamento assume um significado real, sem perder sua intrínseca função de ‘ordenar’. (...) A teoria da interpretação (entendida como unidade de interpretação e qualificação) supera a contraposição entre *fattispecie* abstrata e *fattispecie* concreta, e almeja a máxima valorização das particularidades do fato. Isto, não mediante um procedimento mecânico de subsunção em rígidos (e não completamente correspondentes) esquemas legislativos, mas individuando a normativa mais compatível com os interesses e os valores em jogo” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., pp. 657-658).

revela a consagração do modelo de *culpa normativa*, conferindo critérios – ainda que desprovidos de maior objetividade – para a identificação do padrão de conduta a ser adotado (*standard*); (iv) assim como optou por regime de responsabilidade subjetiva especial, a considerar o modelo fragmentado de conduta dos agentes públicos, por suas decisões e opiniões técnicas, levando-se ainda em conta as peculiaridades de sua atuação em cada caso concreto.

Este último ponto, no entanto, ocupou-se mais daquilo que pode isentar o agente público da responsabilização, deixando em aberto a definição de critério mais seguro e objetivo para identificar qual padrão deve ser *minimamente* perseguido pelos agentes públicos. Eis por que atuou bem o Supremo Tribunal Federal ao definir que (i) os obstáculos e as dificuldades reais do agente públicos; (ii) a complexidade das questões associadas ao enfrentamento dos efeitos sanitários, sociais, econômicos e fiscais; (iii) a circunstância da incompletude de informações na situação de urgência e emergência; (iv) as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado ou atuação do agente público; e (v) o contexto de incerteza acerca das medidas mais adequadas para o enfrentamento da pandemia de covid-19 e das suas consequências (art. 3º, I a V), não são suficientes para eximir o agente público de responsabilidade pela adoção de medidas desassociadas aos protocolos já estabelecidos por entidades nacionais e internacionalmente reconhecidas, em homenagem ao princípio constitucional da precaução. Trata-se de critério objetivo de aferição de responsabilidade que confere segurança ao agente público e ao seu corpo técnico, conferindo interpretação conforme à Constituição.

## 5. NOTAS CONCLUSIVAS

Diante deste cenário, destaca-se que a decisão colegiada do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL se fez necessária pelos seguintes motivos: (i) a redação do texto da Medida Provisória nº 966/2020 poderia causar distúrbios jurisprudenciais por uma suposta má compreensão do que ali se prevê (a exemplo da noção de erro grosseiro ou culpa grave), atribuindo-lhe, desde já, adequada interpretação constitucional em torno da matéria; (ii) mais do que a sua declaração de inconstitucionalidade, a referida Medida Provisória merecia uma interpretação conforme à Constituição, em sede cautelar, para extrair do texto a norma jurídica verdadeiramente compatível com a Constituição, conferindo a segurança jurídica necessária à atuação dos agentes públicos em tempos de pandemia.

Quanto à matéria analisada, chama-se a atenção para o fato de que a Medida Provisória – quando lida e interpretada à luz da Constituição – apresenta noções contemporâneas de responsabilidade subjetiva. Consagra a culpa normativa, não apenas segundo padrão abstrato de comportamento, mas de acordo com as peculiaridades da realidade fragmentada da política decisória dos agentes públicos. De todo modo, mais do que perder tempo sobre qual seria a fronteira entre a culpa média e grave, importante é entender que responderá civilmente o agente público que agir em desconformidade com o padrão de conduta esperado.

É neste último ponto que melhor trabalhou a decisão da Suprema Corte. Enquanto a Medida Provisória (art. 3º) ocupou-se de detalhar as diversas circunstâncias concretas que tendem a isentar ou mitigar a culpa do agente público na tomada de decisão (ou na emissão da opinião técnica), o Supremo Tribunal Federal definiu aquilo que a MPV nº 966/2020 não o fez expressamente: definiu – em critério objetivo – qual o modelo abstrato de comportamento que, independentemente das circunstâncias especiais do nicho fragmentado e complexo da política, todo e qualquer agente público não pode se distanciar. Deve-se, pois, conduzir-se na direção da realização do princípio da precaução, atuando em conformidade com as normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações reconhecidas nacional e internacionalmente.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales* [1986]. Tradução de Ernesto Valdés. Madrid: Ed. Alemana, 1993.
- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2011.
- ALPA, Guido. *I principi generali*. Milano: Giuffrè, 1993.
- ANDORNO, Roberto. El principio de precaución: un nuevo standard jurídico para la era tecnológica. *Diario La Ley*, Buenos Aires, jul. 2002.
- ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. 8. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- ATIYAH, Patrick. *The damages lottery*. Oxford: Hart Publishing, 1997.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. O direito civil-constitucional. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. [1991]. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- BOUTONNET, Mathilde. *Le principe de précaution em droit de la responsabilité civile*. Paris: LGDJ, 2005.
- BRUNETI, Giovanni. *Il delitto civile*. Firenze: B. Seeber, 1906.
- CALABRESI, Guido. *The future of law and economics: essays in reform and recollection*. New Haven: Yale University Press, 2016.
- CARBONNIER, Jean. *Droit civil*. T. II. Paris: PUF, 2017.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- CONAGHAN, Joanne; MANSELL, Wade. *The wrongs of tort*. London: Pluto, 1999.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law & Economics*. 5. ed. Boston: Pearson, 2008.
- DE PAGE, Henry. *Traité élémentaire de droit civil belge*. Bruxelles: Émile Bruylant, 1948.
- DI MAJO, Adolfo. Discorso generale sulla responsabilità civile. In: LIPARI, Nicolò; RESCIGNO, Pietro (Coord.). *Diritto civile*. v. IV. t. III. Milano: Giuffrè, 2009.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. v. 1. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

- EWALD, François. Philosophie politique du principe de précaution. *Le principe de précaution*. Paris: PUF, 2001.
- FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v. 35, jul.-set. 2008.
- FALZEA, Angelo. *Ricerche di teoria generali del diritto e di dogmatica giuridica*. Milano: Giuffrè, 1999.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETO, Felipe Peixoto. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- FLEMING, John G. *The law of torts*. 3. ed. Sydney: The Law Book Co., 1965.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Barcarola, 2009.
- KOURILSKY, Philippe; VINEY, Geneviève. *Le principe de précaution*. St-Denis: Odile Jacob, 2000.
- LE TOURNEAU, Philippe. *La responsabilité civile*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1976.
- LIMA, Alvino. Da culpa ao risco. *Revista Forense*. São Paulo: Forense, v. 84. n. 445, jul. 1940.
- LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960.
- LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- MAITRE, Grégory. *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*. Paris: LGDJ, 2005.
- MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia*. Tradução de Alan Vidigal. 6. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2014.
- MARTON, Gezá. *Les fondements de la responsabilité civile*. Paris: Recueil Sirey, 1938.
- MONATERI, Pier Giuseppe. *La responsabilità civile*. Torino: UTET, 1998.
- MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Artigo 944 do Código Civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 63, 2008.
- PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PERLINGIERI, Pietro. *Profili del diritto civile*. 3. ed. Napoli: ESI, 1994.
- PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil: conforme au programme officiel des facultes de droit*. t. II. 9. ed. Paris: LGDJ, 1923.
- POSNER, Richard. *Economic analyses of law*. 7. ed. New York: Aspen Publishers, 2007.
- PUGLIATTI, Salvatore. *I fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1996.
- REIS JÚNIOR, Antonio dos. *Função promocional da responsabilidade civil: um modelo de estímulos à reparação espontânea do dano*. 2019. 247 f. (Doutorado em Direito Civil) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

- ROCHFELD, Judith. *Les grandes notions du droit privé*. Paris: PUF, 2001.
- RUFFOLO, Ugo. Colpa e responsabilità. In: LIPARI, Nicolò; RESCIGNO, Pietro (Coord.). *Diritto civile*, vol. IV. t. III. Milano: Giuffrè, 2009.
- SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile*. v. II. Paris: LGDJ, 1951.
- SAVIGNY, Friedrich Carl Von. *Le droit des obligations*. Tradução de C. Cérardim e P. Jozon. 2. ed. Paris: Ernest Thorin, 1873.
- SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. v. 1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.
- SOUZA, Eduardo Nunes de. *Do erro à culpa na responsabilidade civil do médico: estudo na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.
- SUNSTEIN, Cass; KAHNEMAN, Daniel; SCHKADE, David. Assessing punitive damages (with notes on cognition and valuation in law). *Yale Law Journal*, v. 107, may 1998.
- TRIMARCHI, Pietro. *Rischio e responsabilità oggettiva*. Milano: Giuffrè, 1961.
- TUNC, Andre. *La responsabilité civile*. 2. ed. Paris: Economica, 1989.
- VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil: introduction à la responsabilité*. Paris: LGDJ, 2008.
- VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil: la responsabilité – effets*. Paris: LGDJ, 1988.
- VISINTINI, Giovanna. *Trattato breve della responsabilità civile*. Padova: CEDAM, 1990.

**Como citar:** REIS JUNIOR, Antonio dos. A responsabilidade civil dos agentes públicos em tempos de covid-19: análise do julgamento do Supremo Tribunal Federal no pedido cautelar na ADI nº 6421 e outras. **Revista IBERC**, Belo Horizonte, v. 3, n. 2, p. 305-328, maio/ago. 2020.

