

Volume 20 - n. 41
janeiro/junho 2015

ISSN 1415-112X

Revista

da **esmape**

Publicação da Escola Judicial do
Tribunal de Justiça de Pernambuco

Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco – EJUD-TJPE

ISSN 1415-112X

Revista da esmape

Publicação Científica e Semestral

Volumes 20 – n. 41
janeiro/junho 2015

Revista da Esmape – Recife – v. 20 – n. 41 – p. 001-208 – jan./jun. 2015

© Copyright by Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco

A Revista da ESMape divulga assuntos de interesse jurídico-pedagógico. Os artigos são de total responsabilidade dos respectivos autores, sendo resguardada a pluralidade de pensamento. Os conceitos emitidos não expressam, necessariamente, a opinião do Conselho Editorial.

A Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco – (EJUD-TJPE) cumpre, rigorosamente, a Lei do Depósito Legal (Lei nº 1.825 de 20 de dezembro de 1907), sendo a Revista da ESMape, preservada como patrimônio jurídico-literário na Biblioteca Nacional.

É permitida a reprodução parcial dos artigos, desde que citada a fonte.
Solicita-se permuta / Exchange disued / on demande échange

Base de dados indexadora



Revisão: Autores

Designer gráfico: Joselma Firmino de Souza

Tiragem: 600 exemplares

Correspondências para:

Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco – EJUD-TJPE
Av. Imperador Pedro II, 221 – Santo Antonio – Recife – PE – CEP 50010-240
revistadaesmape@gmail.com

Revista da ESMape / Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco
– EJUD-TJPE – Ano 1, n.1 (1996 –), – Recife : Esmape, 1996 –
v. Semestral
ISSN 1415-112X

1. Direito-Periódico. I. Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco – EJUD-TJPE. II ESMape

CDD 340.05



Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco

Mesa diretora

Biênio 2014 – 2015

Desembargador Frederico Ricardo de Almeida Neves
Presidente

Desembargador Leopoldo de Arruda Raposo
Primeiro Vice-Presidente

Desembargador Fernando Eduardo de Miranda Ferreira
Segundo Vice-Presidente

Desembargador Eduardo Augusto Paurá Peres
Corregedor Geral

TJPE

ESCOLA JUDICIAL



PODER JUDICIÁRIO
Tribunal de Justiça de Pernambuco

Biênio 2014.2 – 2016

Diretoria Geral

Desembargador Ricardo de Oliveira Paes Barreto
Diretor Geral

Desembargador Stênio José de Souza Neiva Coêlho
Vice-Diretor

Juiz José André Machado Barbosa Pinto
Supervisor

Coordenadores

Juíza Ana Cláudia Brandão de Barros Correia Ferraz
Pós-Graduação Lato-Sensu

Juiz Sílvio Romero Beltrão
Pós-Graduação Stricto-Sensu

Juiz Breno Duarte Ribeiro de Oliveira
Formação Inicial de Magistrados

Juíza Karina Albuquerque Aragão de Amorim
Vitalicramento de Magistrados

Diretoria

Directors

Juiz José Ronemberg Travassos da Silva
Aperfeiçoamento de Magistrados

Luís Eduardo Saraiva Câmara
Formação Inicial de Servidores

Mary Anne Briano de Britto
Aperfeiçoamento de Servidores

Juiz Alexandre Freire Pimentel
Programas Internacionais

Juiz Demócrito Ramos Reinaldo Filho
Extensão e Eventos Científicos e Culturais

Juiz André Vicente Pires Rosa
Ensino à Distância

Juiz Gabriel de Oliveira Cavalcanti Filho
Relações Institucionais

Juiz Rafael José de Menezes
Informatização Jurídica

Juiz Rafael Cavalcanti Lemos
Preparação à Magistratura e Cursos Externos

Juiz Carlos Damião Pessoa Costa Lessa
Tabelião Ivanildo Figueirêdo
Extrajudicial

Diretor Geral

Desembargador Ricardo de Oliveira Paes Barreto

Filosofia do Direito

Prof. Dr. Alexandre Ronaldo da Maia Farias

Prof. Dr. Fernando José Borges Correia de Araújo

Prof. Dr. João Paulo Fernandes de S. Allain Teixeira

Direito Constitucional

Prof. Dr. André Vicente Pires Rosa

Profa. Dra. Dayse de Vasconcelos Mayer

Prof. Dr. Ivo Dantas

Prof. Dr. Walber de Moura Agra

Direito Administrativo

Prof. Msc. Breno Duarte Ribeiro de Oliveira

Prof. Msc. José Carlos de Arruda Dantas

Profa. Dra. Sabrina Araújo Feitoza Fernandes Rocha

Prof. Esp. Orlando Morais Neto

Direito Civil

Profa. Msc. Ana Cláudia Brandão de Barros Correia Ferraz

Prof. Msc. José André Machado Barbosa Pinto

Prof. Dr. Roberto Grassi Neto

Prof. Msc. José Ronemberg Travassos da Silva

Prof. Dr. Ruy Trezena Patu Júnior

Prof. Dr. Silvio Romero Beltrão

Conselho editorial

Editorial
committee

Direito Processual Civil

Prof. Dr. Alexandre Freire Pimentel

Prof. Dr. Leonardo Carneiro da Cunha

Prof. Dr. Lúcio Grassi de Gouveia

Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira

Direito Empresarial

Prof. Dr. Ivanildo de Figueiredo Andrade de Oliveira Filho

Prof. Msc. Ronnie Preuss Duarte

Prof. Msc. Roney José Lemos R. de Souza

Direito Ambiental

Prof. Dr. Andreas Joachim Krell

Prof. Dr. Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva

Direito Penal

Profa. Msc. Fernanda Moura de Carvalho

Prof. Dr. Flávio Augusto Fontes de Lima

Prof. Dr. Teodomiro Noronha Cardozo

Direito Processual Penal

Prof. Msc. Luiz Carlos Vieira de Figueiredo

Prof. Esp. (Desembargador) Mauro Alencar de Barros

Direito Tributário

Prof. Dr. Hélio Silvio Ourem Campos

Prof. Msc. José Viana Ulisses Filho

Direito da Infância e Juventude

Prof. (Desembargador) Humberto Costa Vasconcelos Júnior

Prof. Esp. (Desembargador) Luiz Carlos de Barros Figueiredo

Coordenação Técnica, Editorial e Planejamento Gráfico

Bel. Esp. Joseane Ramos Duarte Soares

Sobre a simplificação racional do processo
Ricardo de Oliveira Paes Barreto 11

♦ **Artigos** ♦

Os traços do delinquente nas escolas positiva e crítica: uma quebra paradigmática
Adriane Vaz Batista Galvão 19

Súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça: confronto com o parágrafo único do artigo 112 do Código de Processo Civil
Benévolo Alves Galindo 29

A Aplicação Especial da Teoria da Imputação Objetiva aos delitos culposos de trânsito sob a ótica do caso Cristiano Araújo e a autocolocação em risco e a responsabilização da vítima
Carlos Augusto Machado de Brito
Susana Vieira de Araújo Marinho 43

Estudo das formas de resolução de conflitos e apresentação de uma alternativa viável ao Judiciário brasileiro
Everson de Oliveira e Silva 71

Direito do incapaz, portador de necessidades especiais por doença mental, à indenização por dano moral
Fernando Antonio Sabino Cordeiro 87

A competência no novo Código de Processo Civil. Abordagem técnica sobre as inovações introduzidas pela Lei nº 13.105, de 16.03.2015
José Raimundo dos Santos Costa 99

O direito de danos na perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro: delimitação para a construção dos paradoxos decorrentes de uma evolução necessária
Marcelo Marques Cabral 113

Sumário

Contents

A empatia como aporte para a Justiça (Restaurativa) Mariana Tavares / Marcelo L. Pelizzoli	149
A controvérsia sobre o procedimento licitatório simplificado disposto no Decreto Presidencial nº 2.745/98 aplicável à Petrobras Marília Guadalupe de Mendonça Galvão Pereira	163
A desconsideração da personalidade jurídica: Uma análise sobre o novo Código de Processo Civil Otávio Luis Leal de Vasconcelos	175
A função jurisdicional e a sociedade Rosângela Araújo Viana de Lira	189
Normas editoriais para publicação de trabalhos	199

Sobre a simplificação racional do processo

Porque a Justiça é costumeiramente criticada ante sua histórica morosidade, é preciso identificar as causas e alterar as circunstâncias do presente, para que possamos construir um futuro no qual o processo possa atender de forma minimamente efetiva o anseio do jurisdicionado.

Isso porque é fato que a Justiça é excessivamente formal, arraigada em formas sacras, significando dizer que ela é tocada por ritmos sacros, tomando por base uma série de ritos formais e, por maior que seja a vontade do legislador em simplificar o instrumento viabilizador do direito, que é em regra o processo judicial, sempre esbarramos naqueles operadores que parecem nunca se desapegar desses excessos formais, utilizando a estrita legalidade como fundamento de suas condutas.

Parece que ainda remontamos ao período em que o juiz era considerado *a boca que pronuncia a vontade da lei*, um mero intérprete do que o então legislador expressava, na sua literalidade.

Como julgador há quase três décadas, sempre me utilizando de técnicas capazes de acelerar a prestação jurisdicional e, como razão de ser, buscando a paz social e o bem comum acima de tudo, na sua compreensão mais sublime, ouvindo e fazendo valer as experiências dos bons antigos, mesclando-as com as novas tecnologias da modernidade, causa-me espécie em, ainda hoje, conferir práticas extremamente sacras, excessivamente formais na atuação de grande parte dos operadores do direito.

Impressiona-me a excessiva cultura às barreiras formais que impedem a admissão da petição inicial e, ainda pior, o processamento adequado do processo.

Parece que alguns querem demonstrar que são excelentes e bem apetrechados técnicos processuais, passando a humildade ao largo, quase sempre sem o devido compromisso com a solução de uma controvérsia que está posta, que existe no mundo fático e que se pretende ver resolvida no ambiente constitucionalmente competente.

Impressiona-me vivamente, e tristemente, escutar ou ler termos como “isso pode”, “isso não pode”, para valorizar e priorizar a forma, aparentemente sem qualquer compromisso com a função maior e quase sagrada do Poder Judiciário.

Nunca, em hipótese alguma, um julgador em um tribunal deverá afastar a declaração e a definição do direito controvertido, mesmo que seja para rejeitar a pretensão posta, porque em tese tal ou qual forma técnica não foi observada adequadamente.

Todo esforço deve ser desenvolvido para que o processo seja iniciado, instruído e resolvido em tempo hábil, útil, no sentido de solucionar a questão posta da forma mais simplificada e efetiva possível.

Para tanta essa sacramentalidade formal deve ceder à humildade, para que, desapegados das vaidades pessoais e das conhecidas chicanas técnicas, possamos fazer Justiça com letra maiúscula.

Sabemos, e isso é importante registrar, que além da instância inicial, já possivelmente complexa, temos uma também complexa via recursal que, se formalmente bem (ou mal) utilizada, quase que eterniza a solução efetiva da controvérsia.

Portanto, esses sacramentalistas que insistem em cultuar a forma, que insistem em não serem pedestres, mantêm-se no ultrapassado e vetusto altar da Justiça que de há muito não atende aos legítimos anseios da nossa sociedade cada vez mais complexa na sua existencialidade e que demanda, mais que nunca, a atuação eficiente e pacificadora do Poder Judiciário.

Anote-se, por importantíssimo, que o Poder Judiciário é um órgão constitucional caríssimo para a sociedade como um todo, com juízes e servido-

res bem remunerados, mesmo com registros internos em sentido contrário e também em contrário à realidade da enorme massa trabalhadora do país, e que, por isso mesmo, devem voltar seus esforços pessoais comprometendo-se com a Justiça simplificada, desapegada da sacramentalidade aparentemente irrecuperável, sem o que vamos nos desgastar ainda e cada vez mais perante os jurisdicionados.

Sei que o ambiente próprio dos órgãos jurisdicionais, como também das demais funções essenciais ao seu funcionamento, é oriundo dessa sacramentalidade histórica, onde a simbologia formal imperou por séculos, portanto ficando raízes profundas, algumas pouco necessárias ao funcionamento respeitoso e urbano como de fato devem se portar, mas também ficando males tão bem entranhados, que aparentam não haver como debelá-los, o que penso causar danos irreversíveis à já tão fragilizada imagem da instituição do Judiciário, não obstante sua força institucional e a nobreza de suas funções.

Isso tudo salta aos olhos, mas há quem não queira ver e não são poucos, e aparentam investir e manter esse ensinamento sacro, “doa a quem doer”.

Com todo respeito aos muitos que assim pensam e atuam, indiferentes ao compromisso social e democrático que devemos ter com a sociedade plural com que convivemos, tenhamos humildade em reconhecer nossas vicissitudes, nossas culpas e passemos a honrar nossos juramentos, viabilizando com razoabilidade e, acima de qualquer outra coisa, com simplicidade técnica os feitos que aos montes nos são distribuídos para processar, julgar e dar cumprimento.

Esses que ainda assim pensam e agem, justificam suas respectivas atuações formais cultuando a norma infraconstitucional, afirmando “mas isso está na lei”, “sou legalista”, em aparente conformidade, mas em verdade desconforme os comandos constitucionais próprios e que, pela verticalidade do tema, usualmente não são compreendidos com a devida adequação.

O próprio Código de Processo Civil promulgado, logo em seu artigo primeiro, impõe aos operadores do direito, em especial aos magistrados, que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

Portanto, esses que inclusive se auto rotulam de formalistas, parece-me se equivocarem ao priorizar essa sacramentabilidade formal infraconstitucional, pois nenhuma norma base deve (embora às vezes possa) ser admitida quando contrarie o comando maior constitucional, embora não se negue sua vigência no ordenamento.

Por isso cada caso concreto deve ser analisado e decidido segundo a ótica do razoável e do proporcional, ou seja, do que é necessário e, ainda assim, do que é legítimo.

Se a norma infraconstitucional que se aplicaria na solução de uma controvérsia procedimental é capaz de, de algum modo, dificultar a eficiência do processo no caminho da solução útil da contenda, ela deve ser ajustada na hipótese, aplicando-se o raciocínio lógico simplificado capaz de trazer a solução de adequação à espécie.

É claro que ao se afastar a legalidade infra, substituindo-a no caso pela legalidade constitucional, devidamente ponderada e suficientemente fundamentada, não estaremos fugindo da legalidade.

São dois afluentes que, ao final, buscam o mesmo fim: a eficiência do processo e, ao cabo, a solução pacificadora que tanto se espera, utilizando-se da técnica denominada *atuação conforme*, ou seja, como princípio ínsito do art. 37, *caput*, da Constituição Federal, a legalidade impõe ao julgador, em toda a sua atividade funcional, sujeitar-se aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, fazendo valer, ao menos como regra, a norma infraconstitucional, ou, como citamos, excepcional e substitutivamente, os comandos constitucionais.

Em outras palavras, o novo processo materializa, de uma vez por todas, o processo instrumento de efetividade e utilidade, admitindo uma espécie de “quase tudo” no seu caminhar, afastando de suas hostes os mencionados sacramentos, limitando a formalidade nulificadora à ocorrência de surpresa ou efetivo prejuízo a qualquer das partes.

São essas as balizas que devem limitar a atuação formal infra, exatamente quando por conta dessa atuação diferenciada o julgador optar por uma rotina equivocada que seja tão imprópria diante de uma pretensão no feito, ao ponto de surpreender quaisquer das partes, daí a necessidade de adequada

fundamentação dessa decisão excepcional, quanto à ponderação dos valores em questão.

Isso porque não é dado ao juiz surpreender as expectativas razoáveis das partes, devendo sua argumentação jurídica ser concisa e coerente com as consequências propostas no caso concreto, pois, como bem leciona a doutrina de Carlos Maximiliano, em sua **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 36:

A palavra é um mau veículo do pensamento; por isso, embora de aparência translúcida, a forma não revela todo o conteúdo da lei, resta sempre margem para conceitos e dúvidas; a própria letra nem sempre indica se deve ser entendida à risca, ou aplicada extensivamente; enfim, até mesmo a clareza exterior ilude; sob um só invólucro verbal se conchegam e escondem várias idéias, valores mais amplos e profundos do que os resultantes da simples apreciação literal no texto.

Essa garantia de não surpresa encontra respaldo no art. 93, inc. IX, da Constituição Federal, que assim prescreve:

Art. 93. (...)

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Consoante a bem posta lição do doutrinador José Lebre de Freitas, em sua obra **Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do código revisto**. Coimbra: Coimbra. 1996, p. 103:

a proibição da chamada decisão-surpresa tem sobretudo interesse para as questões, de direito material ou de direito processual, de que o tribunal pode conhecer oficiosamente: se nenhuma das partes as tiver suscitado, com concessão à parte contrária do direito de resposta, o juiz – ou o relator do tribunal de recurso – que nelas entenda dever basear a decisão, seja mediante o conhecimento do mérito seja no plano meramente processual, deve previamente convidar ambas as partes a sobre elas tomarem posição, só estando dispensado de o fazer em casos de manifesta desnecessidade.

Decisão surpresa, como anotado, é aquela que se evidencia pela impossibilidade das partes exercerem influência na subsunção própria do caso concreto, violando a garantia constitucional do contraditório amplo e efetivo, daí sua não admissibilidade, como também não é admissível aquela decisão que vulnera frontalmente uma determinada forma infra, causado prejuízo processual à parte, entenda-se, prejuízo efetivo, contrário à essência do devido processo legal, senão deve ser instrumentalizada mediante fundamentação adequada, dando-se seguimento ao processo.

O tema por óbvio é bastante controverso, comportando temperamentos de todos que atuam na busca de simplificação e de efetividade do processo, mas uma coisa é certa, priorizar a complexidade das formas em detrimento da simplificação racional, sem humildade funcional, sem consciência de efetividade, só trará, cada vez, mais, consoante já referido, ilegitimidade ao Judiciário e a todos àqueles essenciais ao seu funcionamento, consoante prescrição constitucional.

Ricardo de Oliveira Paes Barreto

Desembargador do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE);

Diretor Geral da Escola Judicial do TJPE;

Presidente da 2ª Câmara de Direito Público;

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).



Artigos

Articles

Os traços do delinquente nas escolas positiva e crítica: uma quebra paradigmática

Adriane Vaz Batista Galvão

Bacharela em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Analista Judiciária do Tribunal de Justiça de Pernambuco. Pós-graduanda em Direito Penal e Processo Penal pela Escola Judicial do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.

Resumo

Este artigo visa abordar, em linhas gerais, a mudança de paradigmas, ocorrida ao longo dos anos no estudo da Criminologia, no que diz respeito aos traços do delinquente, mais especificamente com relação às teorias da Escola Positiva, voltada para as caracter-

ísticas biológicas do criminoso, e da Escola Crítica, direcionada para a teoria do etiquetamento.

Palavras-chave: Criminologia. Escola Positiva. Criminologia Crítica. Teoria do Etiquetamento.

Abstract

This article aims to approach, in general, the change of paradigms that occurred over the years in the study of Criminology, with respect to traits of the offender, specifically in relation to theories of Positive School, focused on the biological characteristics of the criminal and

the Critical School, directed to the theory of labeling approach.

Keywords: Criminology. Positive School. Critical Criminology. Theory Labelling Approach.

1 Introdução

A necessidade de compreender o comportamento humano na sociedade, em especial a conduta delituosa, sempre esteve presente ao longo da história. Por ser considerado uma atitude que contraria normas e causa um mal, o crime preocupa a humanidade, que, por sua vez, busca explicações para a definição de possíveis causas da delinquência e elaboração de meios de prevenção a fim de garantir a

paz social. Ao longo dos anos, a Criminologia é a ciência que vem estudando as causas do delito bem como a figura do delinquente.

É de fundamental importância que se faça uma análise das questões relacionadas ao autor do delito para melhor entender os problemas da criminalidade. Várias são as teorias que tentam compreender o que leva uma pessoa a ter comportamento delitivo, seja por fatores biológicos ou psíquicos, seja em razão de questões sociais e econômicas como a pobreza, a desigualdade social, dentre outras.

No decorrer da história, o estudo da Criminologia, através de suas Escolas, passou por uma evolução de ideias e teorias sobre o crime e o delinquente, sendo notável o deslocamento de uma visão inicial, com enfoque nas questões biológicas do agente delituoso, para uma visão mais moderna, interessada nos fatores econômicos e sociais que levam a uma conduta delitiva. Nesta extensa progressão de teorias a respeito da figura do agente criminoso, constata-se uma quebra paradigmática entre a Escola Positiva, berço da ciência criminológica, e a Escola Crítica, marco da criminologia contemporânea.

A Escola Positiva, onde se destacam as ideias de Lombroso, Ferri e Garófalo, buscou relacionar características biológicas à conduta delitiva, defendendo que o criminoso possui sinais natos que o definiam como tal. Essa teoria voltava-se para os traços físicos do delinquente, com a tese de que a causa do crime deveria ser encontrada no próprio autor do delito. Com a evolução da ciência criminológica, surge a Escola Crítica, que estuda os motivos pelos quais uma pessoa chega a ser considerada e etiquetada como delinquente. Assim, consideram que os criminosos não são diferentes das outras pessoas, nem patológicos, mas que a essência do delito encontra-se nos problemas sociais, econômicos e políticos. De uma forma ou de outra, o que fica evidente é que houve uma quebra de paradigmas, uma verdadeira modificação na interpretação criminológica das Escolas quanto à pessoa do delinquente.

2 Os traços do delinquente na Escola Positiva

No final do Século XIX, início da fase científica da Criminologia, surgiu o positivismo criminológico, isto é, a Escola Positiva italiana, que tinha como principais representantes Lombroso, Ferri e Garófalo. A missão da escola positivista era lutar contra o delito, protegendo a ordem social, através do



estudo científico das causas do crime, tendo como objetivo o homem delinquente, e não propriamente o delito.

Cesare Lombroso, médico italiano, realizou vários estudos, especialmente no campo da antropologia criminal, dedicando-se às características físicas do criminoso. Sua obra mais famosa *O Homem Delinquente (L'Uomo delinquente)*, marcou a origem da Criminologia científica, podendo ser considerado o seu fundador. Em suas investigações, Lombroso utilizava o método empírico, ou seja, baseado em experiências vividas e na observação de fatos e pessoas.

Sua teoria do “delinquente nato” foi formulada com base em resultados de mais de quatrocentas autópsias de delinquentes e seis mil análises de delinquentes vivos; e o atavismo que, conforme seu ponto de vista, caracteriza o tipo criminoso – ao que parece-, contou com o estudo minucioso de vinte e cinco mil reclusos de prisões europeias. (MOLINA; GOMES, 2012, p.188)

Ao longo das edições de sua obra, *L'Uomo delinquente*, Lombroso classificava os delinquentes, de acordo com sua tipologia, em natos (atávicos), passionais, ocasionais, loucos, epiléticos e loucos morais. De todas as categorias, se destaca a teoria do delinquente nato. “Esse tipo delinquente era o próprio ser primitivo, uma verdadeira regressão no estágio evolutivo, e por isso mesmo marcado fisicamente por características que, segundo os seus paradigmas, o aproxima mais dos primatas” (ZIMMERMANN, 2011, p.42).

Para Lombroso, o delinquente nato era um sujeito diferente do cidadão normal, pois, devido a seu atavismo, tinham características físicas que os tornavam reconhecíveis. Procurava identificar nos criminosos e doentes apenas anomalias que demonstrassem o tipo antropológico delinquente, ou seja, os traços que um ser humano possui que o torna predestinado a cometer crimes. Nessa linha, Conde e Hassemmer cita interessante trecho da obra *L'Uomo delinquente*:

Os ladrões têm, em geral, marcas no rosto e as mãos muito móveis; seus olhos são pequenos, inquietos, muitas vezes estrábicos; sobrancelhas largas; o nariz encurvado ou empinado; barba escassa; pouco cabelo; a frente quase pequena e esguia; as orelhas em forma de asa. Os assassinos têm um olhar frio, duro; seus olhares estão injetados de sangue. O nariz grande; muitas vezes apresentam sinais de bom humor e perspicácia; mandíbulas fortes e ossudas; orelhas grandes; amplas bochechas; cabelos crespos, abundantes e escuro; barba frequentemente escassa; lábios finos; arcadas grandes. (LOMBROSO apud CONDE; HASSEMER, 2008, p.25)

A tese de Lombroso foi, e ainda é, bastante criticada, principalmente no que diz respeito ao caráter atávico do criminoso, pois nem todos os delinquentes possuem tais características, como também qualquer indivíduo não delinquente possa apresentá-las. Com o passar do tempo, e sob influência de Ferri, Lombroso chegou a reconhecer que outros fatores, de caráter social, influenciavam na gênese da delinquência. Dessa forma, a antropologia lombrosiana foi, posteriormente, desenvolvida por Ferri, que trouxe uma perspectiva sociológica para o delito.

Enrico Ferri, advogado, político, professor e renomado cientista, contribuiu com suas teorias sociológicas para o desenvolvimento da Escola Positiva italiana. Para Ferri, o delito não deriva exclusivamente de uma patologia individual, e sim de três causas ligadas à etiologia do crime, quais sejam, as individuais, as físicas e as sociais, ampliando, assim, a originária tipificação lombrosiana da criminalidade.

Distinguiu, assim, fatores antropológicos ou individuais (constituição orgânica do indivíduo, sua constituição psíquica, características pessoais como raça, idade, sexo, estado civil etc.), fatores físicos ou telúrios (clima, estações, temperatura etc.) e fatores sociais (densidade da população, opinião pública, família, moral, religião, educação, alcoolismo etc.) (MOLINA; GOMES, 2012, p.189).

O crime, portanto, não era para Ferri decorrência do livre arbítrio, mas sim determinado por esses três fatores que formavam a personalidade do indivíduo delinquente. Seria importante “ver o crime no criminoso”, pois o delito revela a personalidade perigosa de seu autor, para o qual se deve direcionar uma defesa social adequada. O fato de ser criminoso é uma característica da personalidade do agente que o faz distinguir dos demais indivíduos normais, estabelecendo, assim, uma divisão entre o (sub) mundo da criminalidade, composta por uma minoria de sujeitos anormais e perigosos (o mal) e o mundo decente, normal, representado pela maior parte da sociedade (o bem) (VERA ANDRADE, 1996).

Juntamente com Lombroso e Ferri, Rafael Garófalo deixou importante legado para a Escola Positiva. Apesar de negar a existência de um tipo criminoso com base na antropologia, Garófalo reconhece a importância de alguns dados anatómicos para a explicação da criminalidade. Para ele, o comportamento e o tipo criminoso têm fundamento em uma anomalia, não patológica, mas sim psíquica ou moral. “Trata-se de um déficit na esfera moral da personalidade do indivíduo, de base orgânica, endógena, de uma mutação psíquica (porém, não de uma en-

fermidade metal), transmissível por via hereditária e com conotações atávicas e degenerativas” (MOLINA; GOMES, 2012, p.191).

Garófalo se preocupava com uma definição psicológica do delito, defendendo uma teoria do crime natural, através de uma análise dos sentimentos. Assim, sustentava que há dois sentimentos básicos, os de piedade e probidade, sendo o delito uma lesão a eles. A ausência desses sentimentos conduz o delinquente ao crime, devendo os homens que deles carecem serem expulsos do convívio social.

A Escola Positiva italiana, portanto, passou por três grandes fases importantes: a antropologia de Lombroso, as teorias sociológicas de Ferri e a explicação psicológica de Garófalo. Muitos destacam que as principais contribuições da Escola Positiva foram os métodos empregados para fundamentar a Criminologia, ou seja, o uso do método científico ao estudo do delito, contudo, é evidente que a sua contribuição vai além.

A missão do positivismo era lutar contra o delito, através do conhecimento científico de suas causas, com a finalidade de proteger a ordem social. O que interessava era a etiologia do crime com base em estudos sobre o delinquente. Para eles, o criminoso é um indivíduo diferente do cidadão normal, com traços, características visíveis que possam o identificar. Essa teoria busca a explicação da criminalidade na diversidade ou anomalia do sujeito que praticou o delito.

Com o passar do tempo, houve uma desconstrução desse paradigma etiológico, mudando as teorias quanto à pessoa do delinquente. O foco, antes no autor do delito, passa a ser o contexto social no qual o criminoso encontra-se inserido.

3 Os traços do delinquente na Escola Crítica

A partir dos anos sessenta, tem-se a desconstrução do paradigma etiológico tradicional, levantado pelo positivismo, e a introdução do movimento crítico. É na América do Norte que se desenvolverá, sobretudo, a Sociologia Criminal, preparando mudanças de paradigmas no estudo da Criminologia. O modelo crítico, ao contrário da Escola Positiva, questiona toda ordem social, vendo o delinquente como uma pessoa normal, onde a essência do delito encontra-se nos conflitos sociais, econômicos e políticos.

A Criminologia Crítica surge como uma reação à Criminologia positivista tradicional, e entre os enfoques criminológicos críticos mais importantes, se destaca o do etiquetamento ou *labeling approach*, o qual, no marco da Sociologia criminal, substitui as teorias etiológicas. Neste modelo, não importa quem delinque, mas sim porque algumas pessoas são etiquetadas como delinquentes. No dizer de Alessandro Baratta (2011, p.88):

Os criminólogos tradicionais examinam problemas do tipo “quem é criminoso”, “como se torna desviante”, “em quais condições um condenado se torna reincidente?”, “com que meios se pode exercer controle sobre o criminoso?”. Ao contrário, os interacionistas, como em geral os autores que se inspiram no *labeling approach*, se perguntam: “quem é definido como desviante?”, “que efeito decorre desta definição sobre o indivíduo?”, “em que condições este indivíduo pode se tornar objeto de uma definição?” e, enfim, “quem define quem?”.

A teoria do *labeling approach* ou da “reação social” é dominada por duas correntes, estreitamente ligadas, da sociologia americana: a do interacionismo simbólico e a da etnometodologia. Para a primeira, a sociedade é constituída por uma infinidade de interações concretas entre indivíduos. Já para a etnometodologia, a sociedade é um produto de uma construção social, obtida graças a um processo de definição e tipificação por parte de indivíduos e de grupos diversos (BARATTA, 2011). Portanto, “a realidade social é construída sobre a base de certas definições e sobre o significado atribuído a elas mediante complexos processos sociais de interação” (MOLINA; GOMES, 2012, p.326).

Desta forma, a criminalidade é uma qualidade atribuída a determinados indivíduos por meio de processos de interação social. Uma conduta não é delituosa, nem seu ator um criminoso, por traços de sua personalidade, mas sim por *status* atribuído a determinados indivíduos. Explica Vera Andrade (1996, p.280):

A criminalidade se revela, principalmente, como um *status* atribuído a determinados indivíduos mediante um duplo processo: a “definição” legal de crime, que atribui à conduta o caráter criminal e a “seleção” que etiqueta e estigmatiza um autor como criminoso entre todos aqueles que praticam tais condutas.”

Assim, a criminalidade é um “bem negativo”, distribuído de forma desigual, ou seja, de acordo com a hierarquia dos interesses fixada no sistema socioeconômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos (BARATTA, 2011). Para a Cri-

minologia Crítica, a lei penal não é igual para todos, ou seja, o *status* de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos.

Essa teoria, se utilizando dos ensinamentos marxistas, entende que o processo de criminalização tem ligação com o desenvolvimento da formação econômica que se vive em determinadas sociedades. O direito penal, quando da elaboração de suas normas, tende a privilegiar os interesses das classes dominantes, imunizando os comportamentos socialmente lesivos dos indivíduos a elas pertencentes, dirigindo a criminalização das condutas típicas das classes inferiores. O desemprego, a falta de qualificação profissional, a posição precária no mercado de trabalho, problemas familiares e escolares são características das pessoas que pertencem aos níveis mais baixos da escala social, e é sobre essas mesmas pessoas que recai o estigma da periculosidade e maior tendência para delinquir.

Os traços do delinquente, portanto, não está atrelado às suas características físicas ou psíquicas, mas sim relacionado a ordem social que se encontra inserido. Para a Criminologia Crítica, o sistema penal não é igual para todos, recaindo sobre a classe social menos favorecida, em razão do contexto social, econômico e político que se encontra inserida, e, assim, com maiores chances de serem etiquetados como criminosos.

4 Conclusão

O estudo da Criminologia passou, ao longo dos anos, por diversas mudanças teóricas a respeito das causas da criminalidade, sobretudo no que tange à figura do delinquente. Inicia-se o estudo criminológico com a Escola Positiva, que defende que o criminoso é um sujeito com traços e características visíveis que o identificam e o difere do cidadão normal, conceito este modificado pela Escola Crítica durante toda uma evolução da ciência criminológica. A Criminologia Crítica não considera o criminoso diferente dos demais indivíduos, mas sim um sujeito dotado de um *status* social, em razão de fatores econômicos, sociais e políticos, e etiquetado como criminoso.

A Escola Positiva deixa importante legado para a Criminologia. Contudo, é de se observar que nos dias atuais não se pode analisar as causas da criminalidade partindo apenas das características físicas do delinquente, mesmo porque existem indivíduos com tais atributos que não possuem comportamento delitivo,

bem como criminosos que não aparentam nenhuma das particularidades demonstradas pelo positivismo.

Já numa perspectiva crítica, é importante pensar que o crime está ligado a uma realidade social, política e econômica. A teoria do etiquetamento investiga o impacto da atribuição de um *status* de delinquente na identidade do sujeito desviante, o que conduz ao problema da distribuição do poder na sociedade. O sistema penal é dirigido, na maioria das vezes, para certas pessoas do que contra as condutas definidas como crime. Assim, as classes mais poderosas podem ficar impunes com relação a alguns delitos, e os menos favorecidos acabam se tornando a clientela do sistema penal.

De qualquer forma, fica evidente que, durante o estudo da criminalidade, há uma quebra paradigmática no que diz respeito aos traços do delinquente, deixando a criminalidade de ser um dado ontológico, para ser um *status* atribuído a determinados sujeitos em uma sociedade. Um estigma que atinge os mais pobres, não por terem uma tendência a delinquir, mas que em razão da desigualdade social e do sistema penal, acabam tendo mais chances de serem criminalizados e etiquetados como delinquentes.

Referências

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n.14, p. 276-287, abr./jun. 1996.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 6.ed.Rio de Janeiro: Revan, 2011.

CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried. **Introdução à Criminologia**. Tradução Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: O homem delinquente e a sociedade criminógena**.Coimbra: Coimbra, 2013.

MAÍLLO, Alfonso Serrano. **Introdução à Criminologia**. Tradução Luiz Regis Prado.1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MOLINA, Antonio García Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. Tradução Luiz Flávio Gomes, Yellbin Morote García e Davi Tangerino. 8.ed. reform., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral**. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ZIMMERMANN, Egberto. **Criminologia e natureza humana: possíveis contribuições da psicologia evolucionista para o estudo da criminalidade**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2011.

Referência do artigo

GALVÃO, Adriane Vaz Batista. Os traços do delinquente nas escolas positiva e crítica: uma quebra paradigmática. **Revista da ESMape**, Recife, v. 20, n. 41, p. 19-28, jan./jun. 2015.

Súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça: confronto com o parágrafo único do artigo 112 do Código de Processo Civil

Benévolo Alves Galindo

Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco; servidor do Tribunal de Justiça de Pernambuco desde 1992; professor das disciplinas de Direito Processual Civil, Legislação Tributária e Direito do Trabalho e Tributário pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais de Igarassu-FACIG; professor de Constituição e Cidadania e de Noções de Direito pela Sociedade Pernambucana de Cultura e Ensino – SOPECE

Resumo

O presente artigo tem por objetivo uma análise crítica da súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça. Essa análise tem como ponto de partida o parágrafo único do art. 112, do Código de Processo Civil, que lhe servirá de parâmetro. O estudo da incompetência relativa e da incompetência absoluta e suas relações com a referida súmula igualmente será empreendido. O poder/dever do juiz de declarar de ofício a

sua incompetência absoluta. A vedação das normas do Código acerca da declaração da incompetência relativa, de ofício. A possível flexibilidade dessa norma de proibição. Fundamentos e precedentes utilizados na elaboração da Súmula também serão abordados.

Palavras-chave: Súmula nº 381, STJ. Parágrafo único, art. 112, CPC.

Abstract

This article aims at a critical analysis of summary 381 of the Superior Court of Justice. This analysis takes as its starting point the sole paragraph of art. 112 of the Civil Procedure Code, which will serve him parameter. The study of relative incompetence and utter incompetence and its relations with that summary will also be undertaken. The power / duty of the office of

judge declare their absolute incompetence. The sealing of the Code rules on the statement of relative incompetence, ex officio. The flexibility of this rule can ban. Foundations and precedents used in the preparation of Precedent will also be addressed.

Keywords: Abstract No. 381, STJ. § Art. 112, CPC.

Introdução

Editada em 24 de abril de 2009, a Súmula nº 381 do Superior Tribunal de Justiça tem sido alvo de alguns ataques de estudiosos do ramo do Direito Processual Civil, à qual atribuem a pecha de vir na contramão da direção tomada pelo direito pátrio, mormente no que se refere à autonomia dos juízes no deslinde das questões relacionadas com os contratos bancários.

Síntese do pensamento esposado pelos Ministros do Superior de Justiça em diversos julgados, o verbete aponta para o controle da atuação dos juízes na condução dos processos judiciais que envolvem contratos bancários, no que se refere a cláusulas abusivas e apresenta a seguinte redação: “Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas.” (STJ, Súmula n. 381, 2009).

Tratando do mesmo assunto, embora com sentido mais amplo, por se referir aos contratos de adesão em geral, do qual o contrato bancário é uma espécie, o parágrafo único do art. 112 do Código de Processo Civil segue em direção oposta à da mencionada da súmula, representado pela seguinte construção: “*Parágrafo único. A nulidade da cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, pode ser declarada de ofício pelo juiz, que declinará de competência para o juízo de domicílio do réu*”. (NEGRÃO, 2008, P.255)

Por sua vez, o Código de Defesa do Consumidor, principalmente no que tange aos seus artigos 1º e 51 e seus parágrafos, tem servido de base para críticas à aludida súmula. O primeiro porque afirma que as normas do CDC são de ordem pública e de interesse social. O segundo, por tratar da nulidade das cláusulas abusivas. Em ambas as situações o juiz estaria autorizado a agir de ofício. Alerta-se, entretanto, que o CDC não será objeto de estudo neste trabalho, o qual se limita ao estudo da súmula e de alguns dispositivos do CPC.

Apresentados os pontos principais deste objeto de estudo, salienta-se que outros temas correlatos serão abordados no intuito de proporcionar ao leitor elementos que facilitem o entendimento do assunto, tendo em vista manterem estreita ligação com o tema principal. Trata-se, por exemplo, das hipóteses de incompetência relativa, da incompetência absoluta e do fenômeno jurídico das antinomias a seguir explorado.



1 Das antinomias

No dicionário consta que antinomia é a “contradição existente entre duas leis que versem sobre a mesma matéria ou entre duas cláusulas de um negócio jurídico”. (GUIMARÃES, 2008, p.39)

A antinomia é um fenômeno que ocorre quando duas normas coexistem e se contradizem entre si; fazem parte do mesmo sistema, ou seja, encontram-se no mesmo âmbito de atuação; deixam o operador em situação insustentável, pois qualquer posição que ele tomar irá infringir uma dessas normas.

Segundo Tércio Sampaio Ferraz Jr., as antinomias podem ser classificadas como antinomia lógico-matemática, a antonímia semântica e a antinomia pragmática. A antinomia jurídica estaria incluída nesta última.

Conforme o seu entendimento:

Podemos definir, portanto antinomia jurídica como a oposição que ocorre entre duas normas contraditórias (total ou parcialmente), emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo, que colocam o sujeito numa posição insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída nos quadros de um ordenamento jurídico. (FERRAZ, JÚNIOR, 2007, p. 206)

Por outro lado, as antinomias jurídicas ainda podem classificar-se em reais e aparentes, próprias e impróprias e de âmbito de direito interno e de direito externo:

A) Reais: aquelas para as quais não existe solução no sistema. São insolúveis sem a edição de uma nova norma que estabeleça qual das normas em conflito prevalecerá. É o caso, por exemplo, de duas normas constitucionais editadas pelo mesmo poder constituinte e na mesma época.

B) Aparentes: constituem aquelas antinomias para as quais existem os critérios de solução como o hierárquico, o temporal e o da especialidade. No primeiro, prevalece a norma de hierarquia mais elevada; no segundo prevalece a norma mais recente; no terceiro prevalece a norma especial sobre a geral.

C) Existem ainda outras classificações das antinomias jurídicas como as próprias e as impróprias e as de âmbito do direito interno e de direito externo.

1.1 A súmula 381 do STJ gerou antinomias?

1.1.1 Parágrafo único do art. 112 do CPC versus Súmula 381

Somente se podem verificar diferenças e semelhanças entre dois objetos, colocando-os um diante do outro. Assim, pode-se observar o seu tamanho, largura, textura, acabamento, etc. Com as normas jurídicas não é diferente. Portanto, cite-se primeiro o texto da norma paradigma, o parágrafo único do art. 112, do CPC, em seguida, o da referida súmula:

Art. 112... Parágrafo único. A nulidade da cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, pode ser declarada de ofício pelo juiz, que declarará de competência para o juízo de domicílio do réu. (Incluído pela Lei nº 11.280, de 2006). (NEGRÃO, 2008, P.255)

Súmula 381 do STJ: Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 381, 2009)

1.1.2 Aferição de antinomia

A partir da análise dos dois enunciados, pode-se observar a existência ou não da antinomia, se preenchidos ou não os requisitos/condições para a sua ocorrência. A essa conclusão pode-se chegar através das respostas às três seguintes questões: (CAPEL FILHO, Hélio. Antinomias jurídicas, 2015).

A) As normas se contradizem entre si? A resposta é positiva, tendo em vista que a regra do CPC aponta que a nulidade da cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, pode ser declarada de ofício pelo juiz, portanto, uma norma permissiva. Em contrapartida, o texto da súmula afirma que é vedado ao julgador conhecer, de ofício, a abusividade das cláusulas nos contratos bancários. No caso, uma norma taxativa, peremptória, obrigatória. Ora, o contrato bancário é uma espécie do gênero contrato de adesão.

B) As normas em conflito fazem parte do mesmo sistema jurídico e âmbito de atuação? A resposta é igualmente positiva. Ambos os comandos normativos estão inseridos no sistema jurídico brasileiro: (lei e jurisprudência são do mesmo sistema jurídico e diferem apenas em hierarquia). Além disso, dirigem-se ao mesmo julgador: o juiz de primeiro grau. Portanto, preenchida a segunda condição.

C) A norma em apreço provoca uma situação insustentável do operador, no caso o juiz? A resposta mais uma vez é verdadeira. Observe-se que se o julgador optar em atender ao comando da súmula, sua conduta infringirá o dispositivo do Código de Processo Civil. Se resolver atender ao comando do CPC, fatalmente estará descumprindo a súmula.

Relembre-se que na hipótese do parágrafo único do art. 112, do CPC, a norma é permissiva conforme se observa na expressão pode ser declarada de ofício pelo juiz. Isso significa dizer que tanto a omissão quanto a ação do magistrado é permitida. No caso da primeira, (omissão), prorroga-se a competência e não será hipótese de nulidade. Na hipótese da segunda (ação), haverá conflito com a súmula.

Considerando esses esclarecimentos pode-se concluir, *a priori*, que a introdução da Súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça no ordenamento jurídico brasileiro provocou o surgimento de uma antinomia aparente. Uma antinomia solucionável através da utilização do critério hierárquico¹. Explica-se: sendo a súmula uma fonte do Direito de ordem inferior (secundária)², prevalecerá a norma contida no parágrafo único, art. 112, do CPC, tendo em vista que a lei prevalece sobre a jurisprudência.

Este tema voltará à tona nas considerações finais, oportunidade em que o autor apresentará suas impressões acerca da possibilidade de convivência pacífica e harmoniosa entre os dois dispositivos normativos, sem que o magistrado ao optar pela aplicação de um tenha, necessariamente, que contrariar o outro.

2 Das regras de competência

2.1 Considerações prévias

Deixando de lado as antinomias, tema conexo e superficialmente explorado, inicia-se o estudo das regras de competência, tema estreitamente ligado ao objeto do presente trabalho.

1 Critério hierárquico é aquele que leva em consideração a hierarquia das normas prevalecendo, entre as normas conflitantes a que tiver hierarquia superior.

2 Fonte secundária é aquela utilizada pelo juiz na solução do caso concreto quando não houver lei que o discipline. São exemplos de fontes secundárias a analogia, o costume e a jurisprudência.

Como se sabe, a jurisdição é única, UNA, nacional. Compreende todo o território brasileiro, existindo ainda, a jurisdição internacional. No entanto, a pessoa física do juiz não é onipresente (não pode estar em vários lugares ao mesmo tempo), sendo necessária, portanto, a divisão dessa jurisdição, quantitativa e qualitativamente. Neste sentido:

Humberto Theodoro Júnior (2010, p.165) ensina que “A competência é justamente o critério de distribuir entre os vários órgãos judiciários as atribuições relativas ao desempenho da jurisdição.” E ainda que “a competência é apenas a medida da jurisdição.”

Fredie Didier Jr, por seu turno, fornece um conceito que, embora mais longo, não acrescenta muito em relação ao primeiro.

A competência é exatamente o resultado de critérios para distribuir entre vários órgãos as atribuições relativas ao desempenho da jurisdição. A competência jurisdicional é o poder de exercer a jurisdição nos limites estabelecidos por lei. É o âmbito dentro do qual o juiz pode exercer a jurisdição; é a medida da jurisdição, a “quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído a cada órgão ou grupo de órgãos”. (DIDIER, JR 2015, p.197).

2.2 (In)competência relativa (em razão do valor e do lugar)

Regras gerais – Segundo a doutrina mais abalizada, na distribuição da competência relativa algumas regras devem ser observadas pelo juiz e órgãos jurisdicionais, a saber:

- I. Preclusão. Não sendo arguida no prazo certo perde a parte o direito de arguição posterior³.
- II. Prorrogação. Da mesma forma, se o réu não alegar a incompetência do juízo no prazo legal, prorroga-se a competência, nos termos do art. 114 do CPC. Isto é, o juízo que era originariamente incompetente, passa a ser competente para atuar na causa. (NEGRÃO, 2008, p. 259)
- III. Não pode ser declarada de ofício. A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício, devendo a parte postular por meio de exceção de incompetência, segundo disciplina o art. 112, *caput*, do Código de Processo Civil.

³ Art. 114. Prorrogar-se-á a competência se dela o juiz não declinar na forma do parágrafo único do art. 112 desta Lei ou o réu não opuser exceção declinatoria nos casos e prazos legais.

- IV. Modificação da competência. A competência relativa pode ser modificada em razão da conexão⁴ ou da continência⁵ de ações, quando, respectivamente, as ações tiverem o mesmo objeto ou a mesma causa de pedir ou quando a ações tiverem as mesmas partes e a mesma causa de pedir e o objeto de uma for mais amplo do que o da outra.

2.3 (In)competência absoluta

No que se refere à in(competência) absoluta, entenda-se tudo ao contrário do que foi dito sobre a (in)competência relativa, ou seja:

A) Não preclui. Isso significa que pode ser arguida pela parte ou declarada pelo juiz a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, inclusive em grau recursal.

B) Não se prorroga. Ou seja, uma vez incompetente o juízo, sempre o será. Se o juiz não declarar a sua incompetência de ofício ou a parte não alegar a qualquer tempo, o processo será inteiramente nulo e poderá ser objeto de ação rescisória, nos termos do art. 485, inciso II, do CPC.

C) Declaração de ofício. A incompetência absoluta deve ser declarada ex-officio, cuja omissão por parte do juízo gera nulidade absoluta, conforme disciplina o art. 113 do mesmo diploma legal. (NEGRÃO, 2008, p. 256)

3 Súmula 381 do STJ e as regras de competência

3.1 Considerações gerais

Quando a súmula 381 veda a atuação do juiz no sentido de declarar, de ofício, a nulidade das cláusulas abusivas nos contratos bancários, é evidente que ela está a tratar de competência, mesmo que não seja expressamente revelado. Em outras palavras, os ministros do STJ estavam a dizer que não é dado ao juiz o direito de interferir nos contratos bancários que, a seu ver, contenham cláusula abusiva, se

4 Art. 103. Reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir.

5 Art. 104. Dá-se a continência entre duas ou mais ações sempre que há identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o objeto de uma, por ser mais amplo, abrange o das outras.

6 Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

II – proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente

não há provocação das partes a esse respeito (na decisão das partes de escolher o foro que decidirá as contendas judiciais que envolvem aquele contrato).

Nada de estranho ou contraditório na redação dessa súmula, não fosse o seu confronto expresso e inequívoco com o disposto no parágrafo único, art. 112, do CPC mencionado linhas atrás.

3.2 A (in)competência relativa e a súmula

É de se perguntar as razões que levaram os ministros do Superior Tribunal de Justiça a editar uma súmula cujo teor contraria frontalmente um dispositivo legal recentemente introduzido no Código de Processo Civil brasileiro, como é o caso do parágrafo único do art. 112. Provavelmente nunca se saberá, dado o grau de abstração que marcam alguns julgados de tribunais superiores.

Esse nível de abstração pode ser verificado nos julgados que serviram de precedentes ao enunciado da súmula em análise, onde se pode vislumbrar que os ministros não se preocuparam em detalhar os seus fundamentos para (im)provisamento dos recursos, limitando-se a afirmar ser pacífico o entendimento daquela corte no sentido da impossibilidade de ofício, pelo juiz, da abusividade das cláusulas em referência.

Há fortes indícios, entretanto, de que os juristas do STJ optaram por dar ênfase à regra de que ao juiz não é permitido tomar partido nas decisões que envolvem a vontade das partes contratantes. Em resumo, que envolve a competência relativa.

Observem-se os seguintes julgados:

- i. AgRg no Recurso Especial Nº 1.006.105 – RS (2007/0269634-1) Relator: Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1ª Região), de 2006, que na primeira parte da ementa apresenta as seguintes expressões:

“RECURSO ESPECIAL – AÇÃO REVISIONAL – CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – NULIDADE DE CLÁUSULAS ABUSIVAS – DECLARAÇÃO DE OFÍCIO – IMPOSSIBILIDADE. Enquanto na segunda parte assim se expressa: Nos termos do artigo 515 do CPC, excetuando-se as matérias de ordem pública, examináveis de ofício, o recurso de apelação devolve para o Órgão ad quem a matéria impugnada, que se restringe aos limites da impugnação. Impossi-



bilidade do reconhecimento, de ofício, de nulidade de cláusulas contratuais consideradas abusivas, sendo, para tanto, necessário o pedido expresso da parte interessada. (AgRg no REsp 1.006.105-RS, 4ª Turma, Relator: Min. Carlos Fernando Mathias, j. em 12.08.2008)

- ii. AgRg no Recurso Especial nº 782.895 – SC (2005/0156263-9) Relator: Ministro Sidnei Beneti:

T.EMENTA RECURSO ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL. CONTRATO BANCÁRIO. DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO. INADMISSIBILIDADE. COBRANÇA ANTECIPADA DO VRG. DESCARACTERIZAÇÃO DO CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL. INOCORRÊNCIA. JUROS REMUNERATÓRIOS. NÃO LIMITAÇÃO. CAPITALIZAÇÃO ANUAL DOS JUROS. POSSIBILIDADE. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA POSSIBILIDADE DE COBRANÇA DESDE QUE NÃO CUMULADA COM OS DEMAIS ENCARGOS MORATÓRIOS. TAXA REFERENCIAL. LEGALIDADE. I – Embora incidente o Código de Defesa do Consumidor nos contratos bancários, não se admite a revisão, de ofício, das cláusulas contratuais consideradas abusivas. (AgRg no REsp, 782.895 – SC, 3ª Turma, Relato Sidnei Benetti, j. em 19/06/2008)

Por último:

- iii. AgRg nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 801.421 – RS (2006/0225242-8) VOTO EXMO. SR. MINISTRO ARI PARGENDLER (Relator):

O acórdão indicado como paradigma está superado pela atual jurisprudência da Segunda Seção. Recentemente, no julgamento do REsp nº 541.153, Relator o Ministro Cesar Asfor Rocha, a Segunda Seção firmou o entendimento no sentido de que fere o princípio do tantum devolutum quantum appellatum a revisão, de ofício, pelo juiz, de cláusulas contratuais que não foram objeto de recurso, conforme o acórdão assim ementado: (AgRg nos EREsp 801.421 – RS, 4ª T. Relator Min. Ari Pergendler, j. em 15/05/2008)

Vê-se, portanto, que a fundamentação dos ministros do STJ nos acórdãos que serviram de precedentes para a súmula em análise, é genérica e abstrata, não descendo aos detalhes do que os levou à tomada daquela decisão, limitando-se à menção das referências a decisões pretéritas naquele sentido.

Não houve a preocupação de indicar a teoria adotada, princípio ou regra observada, como por exemplo, repita-se, a de que a incompetência relativa somente poderá ser declarada mediante exceção de incompetência, conforme determina

o *caput* do art. 112, do CPC, *in verbis*: “Art. 112. Argui-se, por meio de exceção, a incompetência relativa.” Apenas insistiram na questão da impossibilidade de o juiz, de ofício, reconhecer a nulidade das cláusulas contratuais consideradas abusivas. (NEGRÃO, 2008, p. 255)

A questão de fundo, portanto, na elaboração dessa súmula, ao que parece, reside no respeito à regra de competência consagrada na doutrina de que a incompetência relativa não poderá ser declarada de ofício pelo magistrado, mas tão somente por provocação da parte e mediante exceção.

Por outro lado, o legislador ordinário não teve essa mesma preocupação, nem mesmo implícita, quando acrescentou o parágrafo único ao art. 112 do Código de Processo Civil, ao determinar que o juiz possa declarar de ofício a nulidade das cláusulas de eleição de foro nos contratos de adesão. Ora, o que é eleição de foro senão o resultado de decisão bilateral? De acordo entre as partes?

Tampouco determinou a razão ou condição mediante a qual estaria o juiz autorizado a decretar a nulidade das cláusulas de eleição de foro em contrato de adesão. Melhor teria andado o legislador se tivesse condicionado a decretação da nulidade das cláusulas a: (serem estas abusivas e se, além de abusivas, o contratante fosse hipossuficiente, por exemplo).

É certo, porém, que nos contratos de adesão a parte contratante, (pessoa física ou jurídica, hipossuficiente ou não), não tem qualquer influência no conteúdo das cláusulas inseridas no instrumento contratual. No entanto tem a livre escolha de assinar ou não o referido contrato.

As razões pelas quais o legislador tomou direção contrária à regra geral, provavelmente, devem estar fincadas em princípios constitucionais e de direito do consumidor, como o da vulnerabilidade e o da hipossuficiência. Esse assunto, todavia, sai do âmbito de abrangência deste trabalho, cujo conteúdo fica restrito ao comando normativo da Súmula 381 do STJ versus parágrafo único do art. 112, do CPC.

A propósito (da regra geral da incompetência relativa), o art. 111 do CPC, quando trata da inderrogabilidade da competência em razão da matéria e da hierarquia e da eleição de foro pelas partes, a ela se reporta, assim:



Art. 111. A competência em razão da matéria e da hierarquia é inderrogável por convenção das partes; mas estas podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde serão propostas as ações oriundas de direitos e obrigações. (NEGRÃO, 2008, p. 253)

Sem querer alongar em demasia o debate acerca do fato de que o legislador ordinário transgrediu a regra da incompetência relativa quando da elaboração do parágrafo único do art. 112, do CPC, bem como de que a jurisprudência tomou direção contrária à do legislador, ao se utilizar da mesma regra como fonte preponderante para edição da súmula nº 381, acrescente-se, porém, no caso do legislador ordinário, que ela (a regra) foi, no mínimo, mitigada, mesclando-se de incompetência relativa e absoluta.

Esse entendimento explica-se se analisado o conteúdo normativo do art. 114 do mesmo diploma legal que apresenta a seguinte redação: *“Art. 114. Prorrogar-se-á a competência se dela o juiz não declinar na forma do parágrafo único do art. 112 desta Lei ou o réu não opuser exceção declinatória nos casos e prazos legais.”* Ora, o juiz somente poderá declinar de ofício da incompetência absoluta, enquanto que a competência que se prorroga é a relativa. O legislador inverteu o significado dos conceitos, determinando que, se o juiz não declinar da competência, ela se prorroga. ((NEGRÃO, 2008, p. 259)

No Novo Código de Processo Civil – Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, com *Vacatio Legis* de um ano, – o assunto vem tratado no Título III, Seção II, art. 63, §3º e apresenta redação bastante melhorada, compreensível e lógica. Foram retiradas as expressões “nulidade das cláusulas de eleição de foro”, “contrato de adesão” e “declaração de ofício”. Veja-se como ficou a nova redação do dispositivo, que será apreciado em outra oportunidade: “Art. 53... § 3º-Antes da citação, a cláusula de eleição de foro, se abusiva, pode ser reputada ineficaz de ofício pelo juiz, que determinará a remessa dos autos ao juízo do foro de domicílio do réu”. (BRASIL. Lei nº 13.105, 2015).

Considerações finais

Sem querer adentrar no mérito da questão de qual a norma deverá prevalecer por ocasião da tomada de decisão pelo juiz na situação concreta, tampouco identificar a regra mais importante e que deverá prevalecer, e ainda, respeitando o brocardo jurídico de que a lei não contém palavras inúteis, o que vale também,

para a jurisprudência, o fato é que elas estão inseridas no ordenamento pátrio e vieram para ficar. Podem “conviver” em harmonia e devem ser utilizadas nos casos para os quais foram destinadas.

Duas afirmações podem ser feitas: a primeira é a de que o dispositivo do Código de Processo Civil está destinado aos casos de contratos de adesão e que inclua cláusulas abusivas. Neste caso, o juiz agirá de ofício, anulando-as, desde que envolva pessoa hipossuficiente. A segunda é a de que a Súmula 381 do STJ vem endereçada às ações que envolvem os contratos bancários (espécie de contrato de adesão) que, igualmente, contenham cláusulas abusivas. Nesta hipótese, fica vedada a atuação de ofício do juiz na anulação das referidas cláusulas, desde que não seja parte pessoa hipossuficiente.

Diante de dispositivos normativos de orientações tão díspares é de se cogitar que o magistrado seja coerente com relação à situação concreta e adote um procedimento que atenda, pelo menos, ao desiderato social do Direito quando da prolação da sentença.

Deve-se verificar, por exemplo, se o caso concreto se amolda ao dispositivo da súmula, que se refere aos casos que abrangem contratos bancários, que tanto podem envolver pessoas físicas (hipossuficientes), como pessoas jurídicas de considerável capacidade técnica e jurídica. Ou se a situação de fato se refere a um simples contrato de adesão, onde em regra, o contratante pessoa física é considerado hipossuficiente, cabendo, no caso, não a aplicação da súmula e sim a regra do parágrafo único do art. 112 do Código de Processo Civil.

Ademais, caem por terra as ácidas críticas direcionadas ao conteúdo normativo da Súmula nº 381 do Superior Tribunal de Justiça, visto que, sendo o resultado de acirrados debates dos ministros do Tribunal da Cidadania, por ocasião do julgamento dos casos concretos que lhe serviram de precedentes, não pode ter como objetivo simplesmente contrariar o direito legislado e sim adequar a jurisprudência às situações reais.

Reforce-se, por fim, que não deverá ter prevalência, neste caso, a norma de hierarquia mais elevada (a lei) sobre a fonte secundária (a súmula), mas o bom senso do magistrado em detrimento da estrita e rígida observância da regra isolada. Deve prevalecer, destarte, a interpretação sistemática do Direito posto e não a interpretação isolada e exegética.



Referências

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Recurso Especial nº 1.006.105 – RS (2007/0269634-1) Relator: Ministro Carlos Fernando Mathias (juiz convocado do TRF 1ª Região), de 2006. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/scon/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=acor&livre=\(\(%27agresp%27.clas.+e+@num=%271006105%27\)+ou+\(%27agr%20no%20resp%27+adj+%271006105%27.suce.\)](http://www.stj.jus.br/scon/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=acor&livre=((%27agresp%27.clas.+e+@num=%271006105%27)+ou+(%27agr%20no%20resp%27+adj+%271006105%27.suce.))>. Acesso em 07 jul. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2008. AgRg no Recurso Especial nº 782.895 – SC (2005/0156263-9) Relator: Ministro Sidnei Beneti, de 19 de junho de 2008. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27AGRESP%27.clas.+e+@num=%27782895%27\)+ou+\(%27AGRG%20NO%20RESP%27+adj+%27782895%27.suce.\)](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27AGRESP%27.clas.+e+@num=%27782895%27)+ou+(%27AGRG%20NO%20RESP%27+adj+%27782895%27.suce.))>. Acesso em 07 jul. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2008. AgRg nos Embargos de divergência em REsp nº 801.421 – RS (2006/0225242-8) voto do Exmo. Sr. Ministro Ari Pargendler (Relator). Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27AERESP%27.clas.+e+@num=%27801421%27\)+ou+\(%27AGRG%20NOS%20ERESP%27+adj+%27801421%27.suce.\)](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27AERESP%27.clas.+e+@num=%27801421%27)+ou+(%27AGRG%20NOS%20ERESP%27+adj+%27801421%27.suce.))>. Acesso em 07 jul. 2015.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 11 de jul. 2015.

CAPEL FILHO, Hélio. Antinomias jurídicas. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 522, 11 dez. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6014>>. Acesso em: 11 jul. 2015.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. – Salvador: Jus Podivm, 2015.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GUIMARÃES, Deocleciano Terrieri. **Dicionário compacto jurídico**. 12. ed. São Paulo: Rideel, 2008.

NEGRÃO, Theotônio. **Código de processo civil e legislação processual em vigor**. 40. ed. – São Paulo: Saraiva, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

Referência do artigo

GALINDO, Benévolos Alves. Súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça: confronto com o parágrafo único do artigo 112 do Código de Processo Civil. **Revista da ESMape**, Recife, v. 20, n. 41, p. 29-42, jan./jun. 2015.

A Aplicação Especial da Teoria da Imputação Objetiva aos delitos culposos de trânsito sob a ótica do caso Cristiano Araújo e a autocolocação em risco e a responsabilização da vítima

Carlos Augusto Machado de Brito

Especialista pelo IBCCRIM – UNIPÊ – Promotor de Justiça do MP-BA.

Susana Vieira de Araújo Marinho

Mestre em Direito – Professora da Escola Judicial TJ-PE;

da Faculdade Marista do Recife, do IESP – JP, ESMATRA – Advogada e Consultora Jurídica.

Resumo

Com o presente artigo pretende-se proceder a análise do que vem a ser a denominada teoria da imputação objetiva que hoje é desenvolvida na Alemanha, principalmente, por Claus Roxin, que vem ganhando credibilidade por trazer à dogmática penal novos critérios de imputação e essencialmente de exclusão da incidência do tipo penal à conduta do agente; a teoria da imputação objetiva toma como base a sociedade de risco na qual se vive hodiernamente estabelecendo limites do risco permitido e do não permitido para assim criar os alicerces de uma nova ideia para qualificar de criminosa uma conduta de forma objetiva, deixando de lado os exames dos elementos subjetivos do tipo para analisar objetivamente a ação; proceder-se-á uma análise histórica das raízes da moderna teoria da imputação objetiva, desde os seus antecedentes mais remotos até chegarmos à concepção da imputação objetiva que deu origem a moderna teoria. A pesquisa, feita por meio de investi-

gação bibliográfica através de autores nacionais conceituados e de doutrinadores estrangeiros especialistas na matéria, como também de pesquisa eletrônica, buscou a compreensão do tipo penal dentro das conjecturas que até então haviam norteado a sua construção, para depois, inserido dentro de uma análise de sua história, passarmos a estudar a moderna teoria da imputação objetiva, buscando compreender o que ela nos traz de novo para a análise do tipo penal e a imputação de uma conduta criminosa a um agente dentro das expectativas da atual circunstância social que vivemos. Com enfoque nos delitos culposos de trânsito em face do caso Cristiano Araújo, da autocolocação em risco e da autorresponsabilização da vítima em consonância com a teoria da imputação objetiva.

Palavras-chave: Tipo Penal. Imputação Objetiva. Autorresponsabilização da vítima. Autocolocação em risco. Delito culposos de trânsito.

Abstract

With this article the aim is to carry out analysis of what turns out to be the so-called theory of objective imputation that is now developed in Germany mainly by Claus Roxin, which is gaining credibility for bringing to criminal dogmatic new allocation criteria and essentially excluding the impact of the criminal type the agent's conduct; the theory of objective imputation is based on specific risk society in which we live in our times setting limits permitted risk and not allowed in order to create the foundations of a new idea for criminal to qualify conduct objectively, leaving aside exams the subjective elements of the type to objectively analyze the action; It will make a historical analysis of the roots of the modern theory of objective imputation, from its earliest history until we reach the conception of objective imputation that gave rise to modern theory. The survey, conducted through bibliographical

research through reputable national authors and foreign scholars experts in the field, as well as electronic research sought to understand the criminal offense within the conjecture that had hitherto guided its construction, and then inserted in an analysis of its history, we come to study the modern theory of objective imputation, trying to understand what it brings us back to the analysis of the criminal type and the imputation of criminal conduct to an agent within the expectations of the current social circumstances we live in. With a focus on traffic offenses guilty in the face of the case Cristiano Araújo, the put up at risk and the victim's self-responsibility in line with the theory of objective imputation.

Keywords: Criminal Type. Objective imputation. Responsibility the victim. Put up at risk. Crime traffic guilty.

Introdução

Atualmente, estudar a teoria do delito, e mais especificamente a teoria do tipo penal, nos leva imperiosamente a deparamos com a investigação da análise da teoria da imputação objetiva. É imprescindível enfrentar este tema tão controverso e ainda pouco conhecido em nossas academias de Direito, porém de fundamental importância para a construção da dogmática do delito.

Desde a sua concepção na Alemanha nos idos dos anos 1970, desenvolvida em especial por Claus Roxin e seu compatriota Günther Jakobs, a teoria da imputação objetiva, fruto de uma linha de pensamento metodológico estruturada em um funcionalismo penal, vem proporcionando uma verdadeira revolução na tradicional idéia do tipo penal desenvolvida pelos finalistas ao desenvolver um processo de normatização do juízo de tipicidade.

Esta teoria que nos é apresentada é, ainda, pouco difundida nas faculdades de Direito do Brasil, porém possui grande adesão em países europeus, e embora não

encontrando respaldo em nossa jurisprudência, torna, assim, importante o seu estudo para uma melhor compreensão desta teoria. Tecendo uma análise crítica propiciando um olhar com o condão de vê-la aplicada em nossos Tribunais, sobretudo nos delitos culposos.

Conceituada a doutrina da imputação objetiva colocamos em estudo os fundamentos em que ela baseia-se, o conceito de risco permitido, quando ele irá incidir em um acontecimento, analisando também os casos em que não ocorre incidência da imputação objetiva.

No último capítulo abordaremos a aplicação especial da imputação objetiva aos delitos culposos de trânsito sob a ótica do caso Cristiano Araújo e a autocolocação em risco e a autorresponsabilização da vítima.

Conceito de imputação objetiva

Hodiernamente, fala-se em fundamentos de imputação funcionais, frente a uma sociedade de risco. Voltam-se os olhares para um direito penal funcional, protetor dos bens jurídicos, onde todos os institutos, penais e processual-penais, devem ser pensados funcionalmente por uma valoração político-criminal, respaldado pela finalidade preventiva e ressocializadora do Direito Penal.

Contextualizado no funcionalismo penal, doutrinado principalmente por Claus Roxin e Günther Jakobs, a palavra sistema não deveria ser mais concebida como algo fechado em conceitos e classificações, mas sim como um todo ordenado que envolva a teoria do delito, fundando-a em bases principiológicas e político-criminais.

A teoria do delito deixa de visualizar o dolo e a culpa, elementos subjetivos do tipo, passando a ter como finalidade, o estudo da conduta humana posicionada contra o bem jurídico tutelado, a partir da criação de risco não permitido pela sociedade. O ilícito é vislumbrado por uma análise valorativa de riscos inaceitáveis socialmente e não sob a ótica da causalidade ou finalidade. Neste ínterim, acabar-se-ia com a conduta causal ou final do crime, passando a ter uma real ofensividade através da política criminal, indicando, ao lado dos parâmetros já concebidos pela dogmática penal, se estaríamos diante de um crime ou não.

Dentro deste ensejo sócio-filosófico é que nasce a idéia da imputação objetiva. Para o criador desta teoria, o jurista alemão Claus Roxin, busca-se solucionar os problemas decorrentes das teorias da equivalência das condições e da causalidade adequada. Defende Roxin, como preceitos da imputação objetiva “um resultado causado pelo agente só deve ser imputado como sua obra e preenche o tipo objetivo unicamente quando o comportamento do autor cria um risco não permitido para o objeto da ação, quando o risco se realiza no resultado concreto e este resultado se encontra dentro do alcance do tipo”¹.

A imputação objetiva seria um elemento normativo implícito em todos os tipos penais, avaliando se determinado fato deve ou não ser atribuído ao agente, de acordo com critérios jurídicos e sociais. Assim também pensa Juarez Tavares afirmando que “a doutrina busca estabelecer os critérios normativos que possam fundamentar a imputação objetiva em relação a um resultado típico, conforme os fins de proteção da norma e o alcance do tipo de injusto”².

A teoria da imputação objetiva pretendeu, inicialmente, superar a problemática das situações onde o resultado lesivo ocorre mesmo diante da adoção de um comportamento conforme o dever. Na década de 1970, na busca em solucionar estas hipóteses, Claus Roxin elaborou a teoria do incremento do risco, a qual disciplinava que era “preciso comparar o comportamento incorreto adotado pelo autor com aquela conduta correta (situada dentro do risco permitido) e verificar se houve ou não o incremento da possibilidade de produção do resultado”³.

Buscando a edificação de uma teoria geral de imputação objetiva desvinculada da dogmática causal, buscando lançar objetivamente as bases de uma responsabilidade pessoal e não causal⁴, Roxin dá início à elaboração de uma série de critérios normativos de imputação para os delitos de resultado, dolosos ou culposos, onde esses critérios normativos tenham, nos dizeres de Juarez Tavares,

*de se referir necessariamente aos pressupostos da própria incriminação, quer dizer, pressupõem que o agente, com sua conduta, tenha incrementado um risco para o bem jurídico, risco esse indevido e materializado como resultado no âmbito da extensão do tipo de delito*⁵

1 ROXIN, Claus. *Estudos...*, Op. cit. p. 104.

2 TAVARES, Juarez. *Teoria ...*, Op. cit. p. 280.

3 PRADO; CARVALHO, *Teorias...* Op. cit. p. 76.

4 TAVARES, Juarez. *Teoria ...*, Op. cit. p. 280.

5 *Ibidem*.

A parâmetro desta teoria é a criação pela conduta humana de um risco juridicamente desvalorado, efetivando-se em um resultado típico⁶, sendo esta conduta do agente, além de causal para com determinado resultado, deverá haver produzido um risco para a ocorrência daquele resultado ou daquela lesão ou perigo de lesão, não valendo para a imputação qualquer risco, mas apenas o risco indevido e materializado na conduta e no resultado típico⁷.

A imputação objetiva estabelece uma relação jurídica entre a conduta, um risco a bem jurídico e o resultado também jurídico. Desta forma, não se encontra tal teoria no campo dos fatos, mas sim no âmbito dos valores que o Direito Penal pretende proteger, estabelecendo critérios de imputação do resultado em face de uma conduta no campo normativo, valorativo⁸.

A imputação objetiva trata de atribuir juridicamente a alguém a realização de uma conduta criadora de um risco proibido ou de haver provocado um resultado jurídico, sendo, esta atribuição, independente e anterior à aferição do dolo e da culpa em razão de tratar-se de “uma exigência geral da realização típica, a partir de critérios normativos, de modo que sua verificação constitui uma questão de tipicidade, e não de antijuridicidade, prévia e prejudicial à imputação do tipo subjetivo (dolo e culpa)”⁹.

Com a delimitação dos critérios da imputação objetiva retiraremos o seu conceito. Fábio Roberto D’Ávila ensina que:

Enfim, poderíamos dizer que os critérios normativos da imputação objetiva do resultado resumem-se na criação ou incremento de um perigo não permitido, que se materializa na lesão a um bem juridicamente tutelado, dentro do alcance do tipo, ou, nos crimes omissivos, na omissão da evitação, possível do perigo não permitido, que se realiza no resultado típico, dentro do alcance da norma, pois que as normas somente podem coibir ações que geram ou aumentam riscos não permitidos a bens tutelados pelo ordenamento jurídico¹⁰.

Em consonância com o supracitado, Roxin aduz que as linhas mestras da teoria da imputação objetiva são a criação de um risco não permitido, a realização do risco no resultado e este resultado se insira no alcance do tipo.

6 PRADO; CARVALHO, *Teorias...* Op. cit. p. 77.

7 TAVARES, Juarez. *Teoria...*, Op. cit. p. 281.

8 JESUS, Damásio E. de. *Imputação Objetiva*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 34.

9 QUEIROZ, Paulo de Souza. *A teoria da imputação objetiva*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.9, n.103, p. 06-08, jun 2001.

10 D’ÁVILA, Fábio Roberto. *Crime Culposo e a Teoria da Imputação Objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 44.

Damásio de Jesus conceitua que “imputação objetiva significa atribuir a alguém a realização de uma conduta criadora de um relevante risco juridicamente proibido e a produção de um resultado jurídico”¹¹.

Desta feita, imputação objetiva, em síntese, seria o ato de imputar uma ação a um sujeito como sendo sua através da criação de um risco não permitido pelo Direito e, como consequência desta criação do risco, a verificação da ocorrência de um resultado lesivo a um bem jurídico tutelado por uma norma penal, ou seja, realização de um resultado típico.

2 Elementos da teoria da imputação objetiva

Vê-se, quando da conceituação de imputação objetiva nos moldes de Claus Roxin, que os elementos para objetivamente imputar uma conduta a alguém se encontram na análise destes três requisitos de vínculo normativo:

- 1º – a conduta criou para o bem jurídico um risco juridicamente desaprovado;
- 2º – o risco realizou-se no resultado;
- 3º – o resultado se encontra inserido no alcance do tipo penal;

A imputação objetiva presume a realização de um risco criado pelo autor e não coberto por um perigo permitido dentro da abrangência do tipo. A idéia central desta teoria se sustenta na criação e realização de um risco juridicamente reprovável, ou seja, uma conduta lesiva e desvalorada pela sociedade.

É necessário antecipar a conceituação, de relevância para temática em estudo dentro da teoria da imputação objetiva, do risco permitido e o não-permitido, como forma de melhor ilustrar o funcionamento da teoria.

2.1 Conceito de risco – risco permitido e não-permitido

Com fulcro de clarificar a teoria de imputação objetiva é preciso ressaltar o conceito de risco. Nesta teoria, risco compreende a colocação em perigo de um bem jurídico penalmente tutelado.

¹¹ DAMÁSIO. *Imputação...* Op. Cit., p. 34.

Salienta-se que sociedade contemporânea no desenvolvimento de suas atividades rotineiras constitui-se um perigo e logo uma ameaça a bens jurídicos. Assim, a nossa vida é, cotidianamente, perigosa.

O escritor brasileiro Guimarães Rosa, em sua festejada obra *Grande Sertão: veredas*, já nos advertia ao afirmar que “viver é muito perigoso”.

A atual conjuntura que se vive leva a muitos estudiosos a conceituar a sociedade de hoje como uma sociedade de risco, uma vez que o perigo é inerente a toda a atividade humana. Seja em qualquer campo de atuação humana o risco está presente, desde o momento do trabalho até o momento de lazer e/ou descanso.

A sociedade reconhece a necessidade de certas atividades absolutamente perigosas como imprescindíveis à vida em nossos dias. É quase impossível imaginarmos uma sociedade sem veículos automotores, sem a engenharia civil, sem a medicina.

Assim, a sociedade, para a manutenção da sua própria vida e regalias, adota valores de risco que, mesmo pondo a perigo bens juridicamente relevantes para a manutenção da vida coletiva, irão ajudar na sua convivência com outras pessoas e na sua melhor qualidade de vida.

Vive-se em uma época perigosa, onde as condutas rotineiras são capazes de, por si só, ameaçar e macular o bem jurídico, mas estes riscos são permitidos pela comunidade e pela lei, são condutas de risco ajustadas à normalidade, como, por exemplo, o ato de dirigir seria um risco permitido.

O risco permitido decorre do progresso da sociedade, especialmente no que tange às invenções e descobertas de novas técnicas e aparelhos num sem-número de setores¹².

Nesse pálio, Claus Roxin aduz que “sempre que, em virtude de sua preponderante utilidade social, ações perigosas forem permitidas pelo legislador – em certos casos, sob a condição de que se respeitem determinados preceitos de segurança – e, mesmo assim, ocorra um resultado de dano, esta causação não deve ser imputada ao tipo objetivo”¹³.

12 JESUS, Damásio E. de. *Imputação Objetiva*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 40

13 ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 110.

Uma boa definição do conceito de risco permitido encontrou Juarez Tavares que, no seu ensinamento diz que:

Devem ser entendidos por risco permitido aqueles perigos que resultem de condutas que, por sua importância social e em decorrência de sua costumeira aceitação por todos inerentes à vida moderna, sejam social e juridicamente toleradas. Tal como se dá com os riscos resultantes de tráfego rodoviário, ferroviário e aéreo, com as atividades desempenhadas em usinas, minas, metalurgias, indústrias, em hospitais, institutos de pesquisa e outros que possam gerar perigo ao bem jurídico¹⁴.

Claus Roxin aduz que risco permitido deve ser entendido como:

Uma conduta que cria um risco juridicamente relevante, mas que de modo geral (independentemente do caso concreto) está permitida¹⁵.

Damásio de Jesus afirma que o risco permitido possui um conceito ontológico e outro axiológico. Ensina ele:

É ontológico porque sua presença em determinada situação deve ser considerada em face de dados do ser, não possuindo nenhum conteúdo normativo. É axiológico, uma vez que o limite entre o que se admite e o que se proíbe deriva das normas de diligência estabelecidas pela ordem social¹⁶.

O risco permitido, na visão de Günther Jakobs, se fundamenta exclusivamente na liberdade de ação do ser humano¹⁷.

Já o risco não permitido é o exacerbamento da conduta permitida, aumentando o perigo já existente, por exemplo, dirigir além do limite permitido.

Assim, quem guia o carro dentro das normas e vem atropelar um pedestre, sem intenção, levando-o a morte, não há de se falar em homicídio, pois ele trafegava dentro do limite permitido. Porém, se ele em alta velocidade atropela o transeunte, comete o crime de homicídio, pois criou um risco indevido infringindo a norma.

14 TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 285.

15 *Apud* QUEIROZ, Paulo de Souza. *A teoria da imputação objetiva*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.9, n.103, p. 06-08, jun 2001.

16 JESUS. *Imputação...* Op. Cit., p. 40.

17 D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Crime Culposo e a Teoria da Imputação Objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 49.



A base da imputação se assenta no fato de que o “agente, com sua conduta, tenha incrementado um risco para o bem jurídico, risco esse indevido e materializado como resultado no âmbito da extensão do tipo de delito”¹⁸. Em sentido inverso não tem importância para a imputação objetiva qualquer risco, os perigos permitidos, mas apenas o risco não permitido e que ele se materialize na conduta e no resultado típico.

A imputação penal somente será possível se a lesão resultante da conduta descuidada for resultado da transposição do risco permitido, que, segundo Jakobs, só poderá ter lugar mediante a avaliação não apenas da magnitude do risco, como também da utilidade e do prejuízo nos termos dos parâmetros jurídicos aplicáveis¹⁹.

A diferença entre risco permitido e risco proibido diz respeito a sua natureza ontológica uma vez que o risco, propriamente dito, “pertence ao mundo natural, a permissão e a proibição determinam-se de acordo com as regras do ordenamento social”²⁰.

Percebesse que, na sociedade hodierna, e dentro destas concepções de risco permitido e não-permitido que a negligência, o risco e o dano passam a ser concebidos como dissidência necessária, um mal necessário, socialmente aceito em certos limites e em dadas condições²¹, e, somente, quando essas condições são extrapoladas se faz necessário a incidência do Estado através da atuação do Direito Penal.

Nesse esteio, como assaz repetido, são critérios de atribuição da imputação objetiva: a criação de um risco não permitido, a realização do risco indevido e que o resultado esteja dentro do alcance do tipo.

2.2 Criação e realização do risco-não permitido

Os dois primeiros critérios de atribuição da imputação objetiva são: a criação de um risco não permitido e a realização do risco não permitido.

18 TAVARES. *Teoria...* Op. Cit., p. 280.

19 D'ÁVILA. *Crime...* Op. Cit., p. 47.

20 JESUS. *Imputação...* Op. Cit., p. 41.

21 D'ÁVILA. *Crime...* Op. Cit., p. 46.

Como criação do risco não permitido entende-se que só ensejará a incidência da imputação objetiva se com sua conduta o sujeito criou um risco não permitido para o bem jurídico protegido pela norma penal.

Usando exemplo automobilístico, conduzir um veículo automotor já é por si só um risco, porém permitido. Mas ao extrapolar os limites de velocidade permitida, ou ultrapassar um sinal vermelho, o condutor do veículo exacerba o perigo permitido e infringe as normas de trânsito, criando assim um risco, socialmente, não permitido.

A teoria da imputação objetiva estabelece que o “fato só será atribuído ao agente se constitui uma elevação do risco permitido, um risco, portanto, desaprovado diante de uma sociedade caracterizada por inúmeros riscos permitidos”²².

Só haverá imputação objetiva da conduta quando o sujeito, autor do fato, criou risco juridicamente reprovável e relevante, ocorrendo uma desvalorização da sua ação, sendo necessário que a conduta crie um risco ao interesse jurídico²³.

A criação de um risco juridicamente desaprovado, como primeiro requisito da imputação objetiva, decorre da função preventivo-geral do Direito Penal, tanto em sua modalidade de prevenção-geral negativa, como também da prevenção-geral positiva, pois, para que um resultado possa ser imputado a alguém, é preciso que ele surja como a realização do risco criado pelo autor²⁴.

No exemplo que citamos, extrapolar o limite de velocidade permitida e ultrapassar em sinal vermelho houve configuração de risco não permitido, porém sem incidência da aplicação da norma penal, gerando, no máximo, a incidência de uma sanção administrativa, como a multa. Assim, somente a criação do risco não permitido não enseja a aplicação da imputação, uma vez que a criação do risco é apenas o primeiro de outros requisitos de incidência da imputação.

Assim, a subsistência do risco permitido está diametralmente ligada a sua realização. Nos casos concretos propostos, resta evidente, a necessidade da realização do risco não permitido, como, por exemplo, ao atravessar o sinal vermelho o autor desta ação colida com outro carro, ou ao exceder os limites de velocidade

22 REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 240.

23 JESUS, *Imputação...* Op. cit. p. 75.

24 ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Tradução e introdução de Luís Greco, 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 84.



o motorista atropela, ainda, um transeunte. Dando destaque que a intenção da imputação objetiva é punir o autor quando se realiza um risco geral da vida.

Claus Roxin ensina que:

o sistema jurídico-penal não deve apoiar-se em leis do ser – seja a causalidade ou a finalidade –, e sim ter sua construção condicionada por conceitos normativos. Ou seja, propõem a edificação de um sistema penal teleológico no âmbito do tipo, de modo que a existência de determinado delito não dependeria da constatação da causalidade e/ou da finalidade, mas da aferição das circunstâncias que permitiriam imputar a uma pessoa um resultado típico como obra sua, de acordo com critérios de índole normativa.²⁵

A análise de imputação ocorrerá por critérios normativos e objetivos, como a criação e a realização do risco não permitido no resultado concreto, sendo analisada de forma secundária a falta ou presença do dolo.

Para a imputação objetiva é imprescindível a verificação de a conduta haver criado um perigo juridicamente reprovável ao bem jurídico e gerado um resultado correspondente à realização do risco juridicamente proibido. Neste sentido, Claus Roxin diz que:

a imputação ao tipo objetivo pressupõe que no resultado se tenha realizado precisamente o risco proibido criado pelo autor. Por isso, está excluída a imputação objetiva, em primeiro lugar, se, ainda, que o autor tenha criado um perigo para o bem jurídico protegido, o resultado normativo produziu-se, não como efeito desse perigo, mas sim, em conexão casual com o mesmo²⁶.

Além da criação e da realização do risco não permitido no resultado, outro elemento que faz gerar a imputação objetiva diz respeito ao incremento do risco permitido quando a conduta do sujeito ao inobservar o dever de cuidado deu lugar a um aumento da esfera do risco permitido²⁷.

O resultado deve ser imputado ao sujeito sempre que sua ação tenha dado lugar a um aumento do risco da produção do resultado. No mesmo sentido, haverá imputação objetiva quando a conduta do sujeito aumenta o risco já existente ou ultrapassa os limites do risco juridicamente tolerado.

²⁵ Apud PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. *Teoria da Imputação objetiva do Resultado, uma aproximação crítica a seus fundamentos*. 2. ed. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2006, p. 82.

²⁶ Apud JESUS, Imputação... Op. cit. p. 87.

²⁷ PRADO. *Teoria...* Op. Cit. p. 96.

O aumento do risco é imputado a um sujeito em razão de ele ter diminuído as chances de sobrevivência do bem protegido. Assim ensina Luís Greco ao afirmar que:

O autor não pode ser responsabilizado se seu comportamento contrário ao dever, ex ante criador de um risco juridicamente desaprovado, não tiver sequer diminuído as chances de sobrevivência do bem jurídico; noutras palavras, só lhe serão imputadas aquelas lesões decorrentes de um aumento do risco em face do comportamento alternativo conforme o direito²⁸.

Pela aplicação da teoria da imputação objetiva verifica-se em primeiro plano a criação, pelo autor, de um risco relevante e juridicamente proibido que de forma adequada converteu-se em um resultado de lesão a um bem jurídico protegido pela norma penal, bem como houver o agente incrementado um risco juridicamente permitido.

Com a criação do risco não permitido e verificação da ocorrência do resultado em detrimento do risco e/ou o aumento do risco permitido, se faz necessário a terceira análise para a incidência da imputação objetiva, qual seja, se o resultado obtido com a criação e realização do risco estão inseridos no campo de proteção da norma penal.

2.3 Alcance da proteção da norma penal

A norma penal é criada objetivando coibir uma determinada conduta para a proteção de um bem jurídico. A norma possui um caráter de proteção aonde exercera seu domínio, onde o resultado advindo de uma ação deverá se encontrar inserido naquele círculo de resultados que a norma pretende evitar. Com isso só serão imputáveis os resultados uniformes ao fim de proteção da norma.

Conforme já debatido, a teoria da imputação objetiva está calcada em três alicerces (elementos) básicos: a criação do risco não permitido; a realização do risco não permitido no resultado; e que o resulta se encontre dentro do alcance de proteção da norma.

Não basta só a criação do risco não permitido para ensejar a imputação. É imprescindível a concretização deste risco não permitido no resultado. E ainda que

²⁸ In ROXIN. *Funcionalismo...* Op. cit. p. 88.

este resultado esteja abraçado pelo alcance do fim de proteção da norma. Assim estabelece Roxin ao afirmar que:

A teoria da imputação objetiva desenvolveu critérios de imputação ainda mais precisos: para o preenchimento do tipo objetivo não basta que haja um nexó entre o resultado e o risco não permitido criado pelo causador. É preciso, além disso, que o resultado esteja abrangido pelo fim de proteção da norma de cuidado.²⁹

Surge este requisito intrínseco ao o princípio da legalidade, bem como decorre da idéia da função de prevenção-geral do direito penal, direcionando – se no sentido de que “punir o autor ainda quando se realizem resultados que a norma não pretendia evitar em nada aumentará a segurança dos bens jurídicos”³⁰, estendendo sobremaneira o âmbito de incidência da norma infringindo o princípio da legalidade.

Por alcance de proteção da norma penal, ou alcance do tipo, entende-se que só haverá imputação objetiva quando a extensão punitiva do tipo incriminador abranja o gênero de risco criado pelo sujeito ao bem jurídico, bem como o resultado ou as conseqüências dele advindas.

Este critério da imputação objetiva, fim de proteção da norma, é, mormente, relacionado ao alcance das normas de cuidado objetivo dos delitos culposos.

Assevera D’Ávila que “muitas vezes, o resultado lesivo não está coberto pelo fim de proteção da norma de cuidado, ou seja, a norma de cuidado está direcionada a acautelar fato ou objeto diverso do efetivamente lesado, o que, por conseguinte, acarreta a impossibilidade de imputação”³¹.

É exigência da imputação objetiva que haja um relacionamento direto entre o dever violado pelo sujeito e o resultado produzido, havendo responsabilidade penal pelos danos diretos, sendo isentado de responsabilidade pelas conseqüências e riscos secundários caso o efeito jurídico da conduta não seja aquele que a norma queira evitar³².

29 ROXIN. *Estudos...* Op. cit. p. 111.

30 ROXIN. *Funcionalismo...* Op. cit. p. 87.

31 D’ÁVILA, Fábio Roberto. *Crime Culposo e a Teoria da Imputação Objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 66.

32 JESUS, *Imputação...* Op. cit. p. 88.

Importante ressaltar que a imputação objetiva do resultado ao agente leva a crer que o aumento ou realização do risco não permitido esteja absolutamente ligado ao fim de proteção da norma de cuidado não respeitada.

Sendo assim, há uma necessidade explícita de que o evento lesivo seja o resultado do perigo decorrente da inobservância do cuidado devido inserido no alcance do injusto³³.

A esfera de proteção da norma é limitada aos danos advindos diretamente do resultado lesivo, decorrentes da criação e realização do risco não permitido, devendo, assim, serem excluídos do seu âmbito os danos ocorridos de forma secundária³⁴.

O exemplo trazido por Roxin para ilustrar tal requisito de imputação é bem esclarecedor³⁵. Diz ele que dois ciclistas passeiam um atrás do outro, no escuro, sem estarem com as bicicletas iluminadas. Em virtude da inexistência de iluminação, o ciclista que vai à frente colide com outro ciclista, vindo da direção oposta. O resultado teria sido evitado, se o ciclista que vinha atrás tivesse ligado a iluminação de sua bicicleta, e ao final indaga se deve imputar o resultado também ao ciclista de detrás, de maneira que ele tenha de ser punido por lesões corporais culposa, uma vez que a simples iluminação da segunda bicicleta teria evitado o acidente com o primeiro ciclista e este perigo se realizou da mesma forma que o criado pelo outro ciclista?

Ele responde esta indagação negativamente aduzindo que a finalidade do dever de iluminação é evitar colisões próprias, não alheias. Não sendo assim alcançada pelo fim de proteção da norma a ausência de iluminação do segundo ciclista³⁶.

Sobre esse mesmo exemplo Luiz Regis Prado e Érika Mendes Carvalho corroboram com Roxin, afirmando que “a norma de cuidado infringida não tem como objetivo que outras pessoas se beneficiem da iluminação, de maneira que seu campo de proteção só se estende aos riscos de acidente que procedam da própria bicicleta”³⁷.

33 D'ÁVILA. *Crime...* Op. cit. p. 67.

34 PRADO; CARVALHO, *Teorias...* Op. cit. p. 100.

35 ROXIN. *Estudos...* Op. cit. p. 111.

36 ROXIN. *Estudos...* Op. cit. p. 111-112.

37 PRADO; CARVALHO, *Teorias...* Op. cit. p. 99.

E ainda sobre o mesmo exemplo, Fábio D'Ávila se pronuncia no mesmo sentido ao dizer que:

Não há dúvida de que a conduta do segundo ciclista de pedalar sem iluminação aumentou significativamente o risco do primeiro ciclista causar um acidente. No entanto, a norma de cuidado que recomenda o uso de iluminação em bicicletas à noite, tem como fim evitar acidentes provocados pela própria bicicleta e não iluminar bicicletas de terceiros, para que estas não venham provocar acidentes³⁸.

Pelo exemplo trazido a baila, constatamos que embora o segundo ciclista tenha criado um risco não permitido, andar à noite sem iluminação, e que este risco se realizou em um resultado lesivo, lesão corporal no primeiro ciclista e no ciclista de direção oposta, não poderá falar em imputação objetiva do resultado ao segundo ciclista em razão de o terceiro requisito imposto pela teoria da imputação objetiva, alcance do fim de proteção da norma penal, não ter se realizado.

Porém, já no que se refere ao primeiro ciclista podemos falar na aplicação da imputação objetiva, uma vez que os requisitos da imputação objetiva se realizaram para este ciclista com a sua criação do risco, pedalar à noite sem iluminação, realização do risco, colisão com outro ciclista ocasionando-lhe lesões corporais, e o resultado está inserido dentro do âmbito de proteção da norma.

Verificamos assim, que para que recaia sobre um sujeito de uma ação, podendo atribuir imputação a ele se faz necessário que sejam preenchidos, como elementos normativos do tipo, todos esses três elementos que são alicerces da teoria da imputação objetiva, quais sejam: criação e realização do risco não permitido e que o resultado esteja dentro do alcance de proteção da norma.

Só desta forma é que se poderá imputar, de forma objetiva, a um sujeito um resultado como sendo obra sua.

38 D'ÁVILA. *Crime...* Op. cit. p. 66.

3 Aplicação especial da imputação objetiva aos delitos culposos de trânsito: a análise do caso Cristiano Araújo e a autocolocação em risco e a autorresponsabilização da vítima

Em face do debate supracitado, vê-se, em síntese, que a teoria funcionalista, posiciona a teoria do delito não se pautando no dolo e na culpa, mas sobretudo na conduta humana, refletindo esta ou não na tipificação da conduta.

É necessário anteceder o debate com fulcro na teoria da imputação objetiva que o referido cantor Cristiano Araújo buscou diretamente o seu resultado, qual seja a morte. Ao aplicar modificações no seu veículo automotor, do qual a montadora restringe esta possibilidade, por vilipendiar a segurança e características do veículo, ao colocar acessórios não originais, como, no caso concreto a roda do veículo, que fora trocada por outra com danos aparentes e em péssimo estado de conservação.

Além do mais contribui com o resultado ao viajar sem cinto de segurança, fazendo um panorama comparativo, com o exemplo da bicicleta sem iluminação de Roxin, não podendo, desta forma, estender a sua conduta a terceiros. Resta evidente, e em caráter sucinto, que não há homicídio pela teoria utilizada, sequer culposos, já que os elementos subjetivos não são trazidos a baila nesta teoria do delito, ao motorista do veículo.

Em qualquer circunstância, em que ele estivesse trafegando, seja no limite de velocidade permitido ou acima deste, com esses elementos: roda avariada e não original e ausência de cinto de segurança, ocorreria o resultado morte com a participação direta da vítima. Passa-se a análise da autorresponsabilização e autolesão da vítima.

3.1 Consentimento e participação da vítima e responsabilidade de terceiros

Um seguinte juízo de exclusão da imputação objetiva se refere às ações à próprio risco, de auto-exposição a perigo, onde a vítima, instigada pelo agente, por sua própria vontade e autonomia, participa do fato lesivo; e nos casos em que o resultado decorre de responsabilidade alheia.

As hipóteses de participação na auto-colocação dolosa em perigo; e intervenção de terceiros no processo do fato são conjeturas subordinadas ao princípio da auto-responsabilidade, “pelo qual o resultado decorrente da ação livre e inteiramente responsável de alguém só pode ser imputado a este e não àquele que o tenha anteriormente motivado”^{39 40}.

É viável salientar o comentário de Juarez Tavares: “a questão da incriminação deve ser tratada sob o aspecto da delimitação da intervenção estatal, vigorando em sentido geral, o princípio de que cada qual tem a maior extensão possível de liberdade, como decorrência de sua condição de pessoa e como membro de uma comunidade democraticamente organizada”⁴¹.

É importante a observação de que ocorrem situações na qual a vítima poderia também ser qualificada como autora do fato ou co-autora, caso não viesse a sofrer o dano decorrente do evento. Seriam os casos no qual ela deu azo para a ocorrência do fato lesivo. Para estes casos a doutrina tem denominado de “ações a próprio risco”⁴².

Dentro das ações a próprio risco existe uma bipartição onde encontramos de um lado a hipótese de cooperação na auto-colocação em perigo; e do outro lado apresenta-se a conjetura da colocação em perigo de um terceiro aceito por este⁴³.

O primeiro caso aborda a ação do agente em contribuir para a conduta consciente da vítima, instigando-a a proceder, volitivamente de forma contrária ao Direito ou em um risco não permitido, uma ação que colocará em risco um bem jurídico penalmente protegido. Assim se advir um resultado danoso para a vítima, não haverá punição ao instigador, em face da auto-aceitação ao risco pela vítima.

O ofendido, neste caso ocupa uma posição central no desenrolar do fato uma vez que agiu consciente dos riscos que lhe cercavam, mesmo quando alguém o incitava ou cooperava para a sua ação que ultrapassou os limites normais de perigo.

39 TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 290.

40 São necessárias, para se configurar o consentimento, algumas condições: disponibilidade do bem jurídico; que o bem seja exclusividade do agente; capacidade de consentir do agente; inexistência de vícios do consentimento; anterior manifestação ao acontecimento; e que o consentimento não viole princípios fundamentais do direito.

41 TAVARES. *Teoria...* Op. Cit. p. 289.

42 JESUS. *Imputação...* Op. Cit. p. 57.

43 Aceitamos aqui a explanação feita por Fábio Roberto D'Ávila in *Crime Culposo e a Teoria da Imputação Objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, por nos apresentar mais didática.

A respeito dessa primeira hipótese de autocolocação em perigo Juarez Tavares nos ensina que:

No primeiro grupo de casos, o agente contribui para que a vítima adote conscientemente uma conduta perigosa para si mesma, quer dizer, apesar da atuação do agente ter sido causal, pelo critério da eliminação hipotética, para o perigo ou dano, a vítima os aceita ou, pessoalmente, os realiza⁴⁴

Como salienta Tavares dentro do ensejo dogmático penal atual do Código Penal brasileiro a ação do autor concorreu para o fato danoso, uma vez que se hipoteticamente excluirmos a sua conduta de instigar a vítima a realizar a ação, o evento danoso não ocorreria, sendo assim a ação de instigação concorre para a realização do dano, devendo o instigador responder pelo dano. Porém deixa de analisar a concorrência da vítima para a produção do evento.

A vítima, consciente do perigo que corre assume quaisquer conseqüências, ela é dona da sua vontade e de suas ações, sendo assim responsável por seus atos, bem como no direito brasileiro não se pune a autolesão e nem o suicídio⁴⁵. Resta evidente, que o Cristiano Araújo, no momento em que faz modificação em seu veículo e relega a segundo plano a segurança deste, quase que comete, em interpretação extensiva, o suicídio. Mas, se por algum motivo houver vício no seu consentimento de agir haverá responsabilidade do coagente. Assim ensina Fábio Roberto D'Ávila. Vejamos:

Para que haja a exclusão de responsabilidade, deve ficar claro que B (vítima) deverá ter plena consciência do perigo que corre, pois que se trata de auto colocação em risco. Caso a consciência não seja completa ou seja inexistente, deverá, por óbvio, haver a imputação do resultado danoso⁴⁶.

Para melhor ilustrar esta hipótese vejamos o exemplo: BL e JR encontram-se na beira mar para um banho. BL ao ver o "agito" do mar desiste, porém instiga JR, que é surfista, para entrar no mar e surfar uma onda. JR em um primeiro momento também desiste, porém, após a provocação de BL, revê seu posicionamento e aceita a instigação de forma voluntária e consciente de que o mar está perigoso, correndo o risco de afogamento. JR vem a falecer por afogamento. Deve esse evento ser imputado à BL?

44 TAVARES. *Teoria...* Op. Cit. p. 289.

45 Resguardada a hipótese do art.122 do Código Penal que considera crime a conduta dolosa que induz, instiga ou auxilia o suicídio.

46 D'ÁVILA. *Crime Culposo...* Op. Cit., p. 71-72.



Pela teoria da equivalência das condições adotada pelo Código Penal sim, visto que a conduta de BL concorreu para o evento. Mas, como visto dentro da teoria da imputação objetiva não se poderia imputar a BL a ocorrência do evento danoso, visto que JR se autocolocou em perigo de forma voluntária e consciente.

Assim é o pensamento de Claus Roxin que afirma que “não poderá ser punível a participação em uma autocolocação em perigo, quando houver por parte da vítima uma completa visão do risco”⁴⁷, uma vez que “o efeito protetivo da norma encontra seu limite na auto-responsabilidade da vítima”⁴⁸.

Nesta mesma linha se encontra o raciocínio de Juarez Tavares ao doutrinar que:

*O fundamento neste caso deve ser dado ainda pelo princípio da auto-responsabilidade, isto é, se as conseqüências mais graves são assumidas volitiva e integralmente pelo próprio agente que as padece, mediante sua própria conduta descuidada, não se podem imputar essas conseqüências àquele que apenas incrementou o risco de sua ocorrência*⁴⁹

O Supremo Tribunal da Alemanha (*Bundesgerichtshof*) tem se posicionado da mesma forma no que diz respeito à autocolocação em perigo. Senão vejamos a decisão que nos mostra Roxin:

*Autocolocação em perigo, desejadas e realizadas de modo responsável, não estão compreendidas no tipo dos delitos de homicídio ou lesões corporais, ainda que o risco que se assumiu conscientemente se realize. Aquele que instiga, possibilita ou auxilia tal colocação em perigo não é punível por homicídio ou lesões corporais*⁵⁰.

Neste pálio, para a teoria da imputação objetiva, não ocorrerá imputação ao agente de cooperou na autocolocação em perigo, mesmo que esta cooperação seja dolosa, uma vez que se enquadra no princípio da auto-responsabilidade da vítima, pois esta assumiu consciente e voluntariamente o risco.

47 ROXIN. *Estudos...* Op. Cit. p. 108.

48 *Ibidem*.

49 TAVARES. *Teoria...* Op. Cit. p. 293.

50 *Apud* ROXIN. *Estudos...* Op. Cit. p. 109.

A segunda hipótese das ações a próprio risco se dá quando da colocação em perigo de um terceiro aceito por este ou nos dizeres de Damásio de Jesus ocorre uma *hetero-exposição a risco*⁵¹.

Para Damásio esta situação se dá quando o autor ocupa “uma posição principal no fato, a vítima apenas consentindo com a atividade arriscada”⁵².

Juarez Tavares afirma que este caso ocorre quando “a vítima provoca a ação do agente, de modo que este incremente o risco por ela assumido”⁵³.

Fábio Roberto D’Ávila diz que esta hipótese “ocorre quando a vítima não coloca a si mesmo em perigo, mas permite que outro o faça”⁵⁴.

Trata, em suma, a presente questão dos casos em que a colocação em perigo se dá pelo agente enquanto a vítima aceita e permite o seu posicionamento dentro do perigo.

Vejam os casos hipotéticos: AC, exímio motorista de carro, é chamado por BD para participar de um “racha”, corridas de automóveis ilegais. A princípio AC não aceita, mas após várias insistências de BD ele concorda. BD também participará da corrida como passageiro no carro de AC. Durante a corrida ocorre um acidente ocasionando a morte de BC⁵⁵.

No caso acima explanado também se trata de uma ação a próprio risco, porém, diferente do caso anterior ele não se autocolocou em perigo, ele aqui aceitou o perigo que foi colocado por outrem, ou seja, houve o consentimento da ação realizada por terceiro que expõe a risco a vítima conscientemente.

No entendimento de Damásio de Jesus, neste caso haverá imputação objetiva, entendendo ele que “o ofendido consente não com a produção do resultado, mas em colocar-se em situação de risco”⁵⁶.

51 JESUS. *Imputação...* Op. Cit. p. 57.

52 *Ibidem*.

53 TAVARES. *Teoria...* Op. Cit. p. 294.

54 D’ÁVILA. *Crime Culposos...* Op. Cit., p. 72.

55 TAVARES. *Teoria...* Op. Cit. p. 291.

56 JESUS. *Imputação...* Op. Cit. p. 61.



Discordamos deste entendimento por compreender que por se tratar de uma ação de risco próprio a vítima aceitou a colocação em perigo bem como admite as conseqüências advindas do risco, pois conhece o perigo e o aceita.

Corroborar com nosso entendimento Juarez Tavares quando diz que “o fundamento deve ser, também, aqui, lançado sobre a decisão auto-responsável da vítima, com a particularidade de que a conduta danosa não é praticada por ela (vítima), mas pelo instigado”⁵⁷.

Porém, diferente da direta autocolocação em perigo, há certos requisitos a serem observados para que não haja a imputação objetiva. Tais requisitos nos são apresentados por Roxin:

*a) o dano deve ser conseqüência do risco corrido e não de fatos adicionais, e o sujeito posto em perigo deve ter a mesma responsabilidade pela atuação comum, que aquele que o pôs em perigo; b) a vítima deve ser consciente do perigo, na mesma proporção daquele que a coloca em tal situação. Presente ambos os pressupostos, estará afastada a imputação, na medida em que a vítima conhece o perigo e o aceita, assumindo o risco do resultado lesivo*⁵⁸.

Deve o dano ter ocorrido do evento perigoso assumido pela vítima, devendo esta estar consciente do perigo que aceitou. Assim não ocorrerá a imputação.

No caso exemplificativo o acompanhante, BD, não está consentindo com a sua morte, mas aceita o perigo da corrida ilegal e como conseqüência concorda com os riscos dela advindos.

Juarez Tavares, em seu magistério, também entende que não haverá imputação se o resultado advier exclusivamente do risco assumido pela vítima, caso contrário ocorrerá a imputação.

Embora a regra seja a da plena auto-responsabilidade da vítima, a sua decisão auto-responsável, provocando o consentimento do perigo de lesão, só exclui, porém, a imputação se o resultado advier exclusivamente do risco por ela assumido e não de outras falhas do instigado. Isto porque há de certo modo um processo causal anterior, produtor do perigo e que deve ser analisado em conjunto com os critérios de imputação⁵⁹.

57 TAVARES. *Teoria...* Op. Cit. p. 294.

58 *Apud D'ÁVILA. Crime Culposo...* Op. Cit., p. 73.

59 TAVARES. *Teoria...* Op. Cit. p. 294.

Fábio Roberto D'Ávila aceita a não incidência da imputação objetiva no presente caso, mas só quando se tratar de crime na modalidade culposa. Já nos crimes dolosos ele não aceita o afastamento da imputação. Assim ele diz:

Entendemos que a não imputação do resultado nos delitos culposos pelo consentimento da vítima é possível, indiferentemente do resultado produzido, em função do fim de proteção do tipo, o qual estaria vinculado estritamente à produção do risco, diferentemente do crime doloso, no qual há uma clara restrição dos efeitos do consentimento⁶⁰.

No tocante a atribuição à esfera de responsabilidade alheia essa se dá quando "há a influencia de terceiros que atraem para si a responsabilidade pelos danos, acabando por excluir a imputabilidade do agente"⁶¹.

A responsabilidade de terceiro se adéqua as hipótese em que, realizado um comportamento criador de risco juridicamente relevante e proibido, uma terceira pessoa, em razão do ofício que exerce, assume a obrigação de salvar o bem jurídico em risco, vindo a sofrer lesão ou até a morte. Neste caso o criador do risco inicial não responde pelo resultado.

A responsabilidade de terceiro enquadra-se no hemisfério dos riscos profissionais, ou seja, em detrimento da profissão, assumem o dever de evitar ou impedir a realização de perigos aos bens jurídicos, são os casos dos policiais, bombeiro, salva-vidas, etc. Assim, a vítima, em face de sua profissão, obrigado a encarar o risco, interfere em uma conduta arriscada realizada por outrem, criador do risco não permitido. Para ilustrar a situação teríamos o caso do salva-vidas que ao tentar salvar alguém do afogamento acaba por morrer afogado.

Tais seriam as hipóteses em que

o agente realiza uma conduta arriscada, mas sobre ela interfere outra conduta de um agente que estava obrigado a enfrentar o perigo. Os resultados que se situem dentro do âmbito dessa responsabilidade de evitá-los não são alcançados pela incriminação típica. O fundamento de se excluir a imputação, nestas hipóteses, reside em que a competência conferida a certos agentes de, em face de sua profissão (como soldados, bombeiros, policiais, etc.), assumirem a obrigação de evitar ou impedir a manifesta-

60 D'ÁVILA. *Crime Culposos...* Op. Cit., p. 76.

61 *Ibidem*.



*ção de perigos para os bens jurídicos, afasta do âmbito do injusto, com relação a esses perigos todas as demais pessoas que não estejam submetidas a essas atribuições*⁶².

Com a interferência do terceiro que tem por obrigação de enfrentar o perigo, caso este venha a se lesionar ou perder a vida, não poderá haver imputação ao que, culposamente, provocou uma situação de risco, em razão de que mesmo o evento danoso tenha sido previsível, este já “não se encontra no âmbito de responsabilidade do primeiro causador, não sendo, portanto, alcançados pelo tipo”⁶³.

Roxin argumenta que seria incoerente com o fim de proteção do Direito Penal se imputássemos o dano àquele que culposamente ocasionou o risco, elencando as seguintes razões:

a) as ações de salvamento que se mantêm balizadas pelo dever apenas podem ser limitadas pelas ousadias voluntárias, além da obrigação, o que, por sua vez, consistiria na autocolocação voluntária em perigo, que não se pode imputar;

b) os riscos profissionais também são voluntários de forma ampla, na medida em que a escolha da profissão é ato livre e espontâneo, acabando por admitir o risco inerente a certos ofícios, inclusive normalmente remunerado;

c) se o legislador entende tratar-se de uma típica e imputável realização de perigo, no caso especialmente grave de um incêndio doloso, por que não tratar este caso como crime qualificado pelo resultado?

*d) por fim, a imputação torna-se ainda mais incoerente quando tratada sob a ótica da política criminal. Por exemplo, se é exigida de um incendiário imprudente a responsabilidade pela morte de um bombeiro que se arrisque a controlar as chamas, aquele não o chame, pela possibilidade de incrementar ainda mais sua responsabilidade, o que seria indesejável pelo direito.*⁶⁴.

Trata-se também de uma questão da incidência do princípio da autolesão, ou autocolocação em perigo, porém, desta vez, a vítima tem a obrigação de evitar um perigo em razão da sua função exercida na sociedade, sendo exigível dela a conduta de evitar o perigo, caso contrário ele responderia pelo evento danoso que viesse a acontecer, na forma da omissão imprópria, ou comissão por omissão, disciplinado no artigo 13, §2º, alínea “a” do Código Penal brasileiro.

62 TAVARES. *Teoria...* Op. Cit. p. 295.

63 ROXIN. *Estudos...* Op.Cit. p. 114.

64 *Apud D'ÁVILA. Crime Culposo...* Op. Cit., p. 77.

Assim concluímos que sempre que ocorrer a intervenção de terceiro obrigado a evitar o risco proibido no processo de desdobramento causal, pelo princípio da auto-responsabilidade, o processo inicial de imputação se vê desconstituído, ou seja, não haverá imputação ao que, culposamente criou o risco, uma vez que a lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico subordinou-se a outro procedimento, vinculado à forma e ao modo de sua execução ao sujeito que se responsabilizou em evitar o dano⁶⁵.

Considerações finais

Resta evidente que as atividades cotidianas em todas as searas constituem risco para a vida, a integridade física, para o meio ambiente, ou seja, as atuações desenvolvidas pelo ser humano constituem risco para bens juridicamente protegidos. De toda sorte, essas atividades, são indispensáveis para a sobrevivência e manutenção do homem em sociedade, sendo assim imprescindíveis e devendo ser toleradas e reguladas pelos diversos ramos do Direito, constituindo-se em riscos permitidos.

Mas o Direito Penal, como as demais ciências do Direito, demorou a perceber tais mudanças e a inseri-las em seus ordenamentos. Não preparado para esta nova ordem, o finalismo apresenta uma dicotomia: dúvidas e falhas. Fazendo surgir, com o condão de superá-las e melhor resolver as ânsias do contexto social que agora se impõe, nasce a Teoria Funcionalista do Direito Penal, desenvolvida, precipuamente, por Claus Roxin e Günther Jakobs, que vão tentar enquadrar o Direito Penal de acordo com os valores e a função que ele exerce no corpo social em que vige.

Dentro da teoria do tipo eles desenvolvem a teoria da imputação objetiva, viabilizando a inserção destes valores no próprio tipo penal, com a colocação em seu âmago dos elementos normativos ao tipo objetivo que são a criação e a realização do risco não permitido.

A teoria da imputação objetiva se desenvolve sobre três elementos: a criação de um risco não permitido, a realização deste risco e que o resultado esteja dentro do alcance de proteção da norma. Em sentido oposto, não acarretará a imputação quando não houver a realização e/ou a criação do risco não permitido e o resul-

65 TAVARES. *Teoria...* Op. Cit. p. 296.

tado estiver fora do alcance de proteção da norma. Não havendo a imputação a conduta terá excluída a sua tipicidade, sendo assim, uma ação atípica.

A imputação objetiva é uma teoria do tipo, e nele é que se faz a grande revolução desta teoria que busca superar as falhas da concepção causal. Sua principal mudança ocorre no tipo objetivo, e desta forma, cria uma nova dogmática para o estudo e aplicação do ilícito de natureza culposa, sendo vários os contextos em que esta teoria facilita a compreender este tipo de delito.

Como elencados, inúmeros são os casos em que pode ser aplicada a tese da imputação objetiva como forma de exclusão da incidência do tipo penal, ou seja, da tipicidade, a um fato lesivo ao bem jurídico protegido pela norma penal, principalmente nos crimes culposos.

A imputação objetiva visa restringir a incidência do tipo penal na conduta do agente. Porém, não se trata de uma descriminalização ou de uma impunidade, objetivando a criação ou elaboração de critérios para a não punição de sujeitos ativos de crimes, mas sim, visa restringir a incidência do tipo penal à conduta do agente, com base em parâmetros jurídicos e sociais postos. Tudo baseado nos princípios penais que emanam da Constituição Federal, como o princípio da intervenção penal mínima e do Direito Penal como ultima razão.

Esta dogmática satisfaz as exigências de uma sistemática fundada sobre os objetivos de uma política criminal voltada para uma operacionalidade da liberdade e das garantias sociais, contextualizadas em um Estado Democrático de Direito e principalmente em uma sociedade de risco, como a que se vive.

A doutrina da imputação objetiva ainda é uma teoria em desenvolvimento, cujo objetivo é explicar o mecanismo de atribuição de uma ação típica a alguém. Para a imputação do crime deve haver critérios de inclusão e de exclusão, os quais se referem à criação ou majoração de um risco não permitido, para o bem tutelado pela norma penal.

Resta evidente que ainda não superou a base da doutrina e ainda é apenas uma teoria, e por não está inserida na legislação, ainda não possui amparo legal. Todavia, não há óbice aos nossos julgadores, pungidos pelo espírito de justiça e de renovação, possam, sempre que possível e dentro dos parâmetros legais, fazer uso das idéias desta nova doutrina.

Afinal, a sociedade evolui e o Direito Penal, como reflexo dos valores da comunidade, deve desenvolver e aplicar normas em consonância com as expectativas sociais, sob pena de atribuir crimes a condutas sem mais nenhum apreço social ou irrelevante para a sociedade moderna.

Referências

- BRANDÃO, Cláudio. *Teoria Jurídica do Crime*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.
- D'AVILA, Fabio Roberto. *Conceito de Ação em Direito Penal. Linhas Críticas sobre a adequação e utilidade do conceito de ação na construção teórica do crime*. In: FAYET JÚNIOR, Ney (org.). *Ensaios penais em homenagem ao Professor Alberto Rufino Rodrigues de Sousa*. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003.
- _____. *Crime Culposo e a Teoria da Imputação Objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- GOMES, Luiz Flávio Gomes. *Constituição Federal, código penal e código de processo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- GOMES, Luiz Flávio; YACOBUCCI, Guillermo Jorge. *As grandes transformações do direito penal tradicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no Direito Penal*. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- JESUS, Damásio E. *Imputação Objetiva*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. *Direito Penal – Parte geral*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1.
- LEITE, Flamarion Tavares. *Manual de Filosofia Geral e Jurídica: Das Origens a Kant*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*. São Paulo: Atlas, 1999.
- MOLINA Antonio Garcia-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. v.1.



PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PRADO Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes. *Teorias da Imputação Objetiva do Resultado: uma aproximação crítica a seus fundamentos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *A teoria da imputação objetiva*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.9, n.103, p. 06-08, jun 2001.

RAMOS, Enrique Peñaranda; GONZALEZ, Carlos Suárez; MELIÁ, Manuel Cancio. *Um novo sistema do Direito Penal, Considerações sobre a Teoria de Günther Jakobs*. São Paulo: Manole, 2003.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. V. 1.

ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*, tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Tradução e introdução de Luís Greco. 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: RT, 2004.

TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

Referência do artigo

BRITO, Carlos Augusto Machado de. MARINHO, Susana Vieira de Araújo. A Aplicação Especial da Teoria da Imputação Objetiva aos delitos culposos de trânsito sob a ótica do caso Cristiano Araújo e a autocolocação em risco e a responsabilização da vítima. **Revista da ESMape**, Recife, v. 19, n. 41, p. 43-70, jan./jun. 2015.

Estudo das formas de resolução de conflitos e apresentação de uma alternativa viável ao Judiciário brasileiro

Everson de Oliveira e Silva

Bacharel em Direito. Especialista em Direito Material e Processual Civil.

Analista Judiciário do Tribunal de Justiça de Pernambuco.

Resumo

O artigo que se segue, tem por escopo apresentar sucinta e objetivamente, a matéria processual atinente às formas de resolução de conflitos, de modo a fazer uma análise crítica, do modelo tradicional, sob a ótica das decisões e/ou sentenças proferidas. Buscar-se-á também apresentar um caminho para um

sistema consensual de resolução dos litígios, como forma de conferir maior credibilidade e eficiência ao próprio sistema, e ainda, efetividade e eficácia às decisões obtidas.

Palavras-chave: Resolução de Conflitos. Autocomposição. Efetividade.

Abstract

The article that follows, has the scope to present succinctly and objectively, the procedural matters pertaining to the forms of conflict resolution in order to make a critical analysis, the traditional model, from the perspective of the decisions and / or judgments. Will seek to also provide a path to a consensual system

of dispute settlement, in order to give greater credibility and efficiency to the system itself, and yet, effectiveness and efficiency to those obtained decisions.

Keywords: Conflict Resolution. Own composition. Effectiveness.

1 Introdução

A existência de uma ordem econômica, política e social é essencial para a vida em comunidade, sobretudo, em se tratando de um sistema social dotado de tamanha complexidade como o atual. Entretanto, para a manutenção da referida ordem, que sofre influências das mais diversas, dada a evolução das relações humanas, eis que temos o Direito, como fenômeno dinâmico, que tem por missão fundamental regular a vida dos indivíduos.

Desse cenário de complexidade das relações decorrem os conflitos. É a ordem pois, sendo ferida, violada; sua restauração, deve se realizar preponderantemente por intermédio da aplicação do Direito, das Leis. Com efeito, é o surgimento dos modos de tratamento e resolução de conflitos que se constituem ferramentas para a restauração e manutenção da tão propalada ordem, desde a autotutela, até a conciliação, mediação e arbitragem, passando pela jurisdição estatal e pelas formas mais primitivas de autocomposição.

É público e notório que tão somente a jurisdição exercida pelo Estado, da forma como está posta, não se qualifica como meio hábil e eficaz de se resolver conflitos, pois como será visto, suas decisões não se amoldam aos anseios sociais, apresentando baixos índices de efetividade.

Descortina-se, por conseguinte, uma excelente oportunidade de se apostar e investir na implementação de um sistema consensual de resolução dos conflitos, onde as partes mesmo que assistidas e/ou assessoradas por terceiros, serão os próprios “juízes” de suas causas dando resolutividade as mesmas, apresentando soluções exequíveis e com um grau infinitamente maior de efetividade do que as hora proferidas pelo modelo estatal.

Não se almeja com isso condenar o Judiciário brasileiro, mas, tão somente, trazer a baila a necessidade da adoção de meios alternativos para a resolução de conflitos e o reestabelecimento da ordem com vistas a promoção e a preservação da segurança jurídica e da pacificação social.

2 As diferentes formas de resolução de conflitos

Como tudo na vida, a exemplo dos seres humanos, das áreas do conhecimento, da tecnologia, entre outras, o Direito teve grande evolução ao longo do tempo e, em especial, as formas de se resolver os conflitos entre os indivíduos. Todavia, antes de passarmos para uma breve análise desses modos de se resolver as contendas, mister se faz assinalar, que estes devem ser diferenciados em função do poder de decisão: se é atribuído as partes decidirem ou a um terceiro fazê-lo. José Albuquerque Rocha¹ ensina que

no modo de tratamento dos conflitos, a característica que serve de base para a sua divisão é a titularidade para resolver o conflito, si o titular do poder de decidir são as partes, individual ou conjuntamente, temos a autonomia, si o titular desse poder é um terceiro, temos a heteronomia.

Porquanto, é com vistas a esse cenário traçado pelo ilustre doutrinador, de autonomia e heteronomia, que passaremos a discorrer em linhas gerais, a cerca das formas de resolução dos conflitos.

2.1 Da Autonomia

Vernaculamente falando, autonomia pode ser entendida como liberdade, independência, etc.

Transportando tal significado para o mundo do direito, depreende-se por seu turno, que a autonomia enquanto forma de se resolver conflitos, confere às partes envolvidas na referida querela a prerrogativa de solucionar a mesma. Em outras palavras, seriam as partes resolvendo seus próprios problemas. Contudo, a autonomia pode ser exercida de duas maneiras distintas: a) de forma individual, quando apenas a uma das partes cabe a resolução do conflito, ou b) conjunta, quando a ambas as partes cabem tal resolução, assim sendo, segundo a doutrina, tem-se a autotutela e a autocomposição.

¹ Rocha, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**, Atlas, 10.ed. São Paulo, 2008;

2.1.1 Da Autotutela

Trata-se de modo de resolução de conflitos quando o poder de decidir cabe apenas e tão somente a uma das partes. No dizer de Albuquerque Rocha², a autotutela repousa, pois, no poder de coação de uma das partes, serve assim a parte mais forte. “Nela o critério da Justiça intrínseca da decisão é sacrificado, uma vez que o fator predominante é a força.”

Em que pese ser dada a autotutela uma ideia que remonta a época da bárbara, da vingança privada, temos que atualmente, em pleno século XXI, diversos permissivos, embora tidos como de uso excepcional em nosso ordenamento jurídico, autorizam o instituto jurídico da autotutela, a exemplo da legítima defesa e do estado de necessidade no Direito Penal e o desforço imediato para a defesa da posse no Direito Civil. Sem esquecer ainda os movimentos paredistas (greve) no Direito do Trabalho e o confisco no Direito Tributário, a citar.

Como foi dito, e merece ser reprisado, a autotutela somente deve ser lançada mão em situações calcadas pela excepcionalidade, pela extraordinariedade, e não no cotidiano social, a exemplo do que se praticava nos primórdios.

2.1.2 Da Autocomposição

Diferentemente da autotutela, a autocomposição é modo de tratamento de conflitos pelo qual o poder de decisão cabe a ambas as partes. Segundo Albuquerque Rocha³, como na autocomposição a decisão é produzida pelas partes, o seu grau de eficácia é elevado.

Abrindo um parêntese, é possível com a citação retro mencionada, e lendo o título do presente artigo científico, vislumbrar, que os conflitos, algo inerente a vida em sociedade, sob o ponto de vista da efetividade das decisões, logra melhor êxito quando resolvido de forma consensual entre as partes.

Retomando o instituto jurídico da autocomposição, tem-se que a doutrina tradicional a classifica, considerando o seu exercício em unilateral (renúncia de direito e reconhecimento jurídico do pedido) e bilateral (mediação, negociação e conciliação).

2 Ob. cit.

3 Ob. cit

Destarte, nos deteremos a analisar a modalidade bilateral da autocomposição, em especial quando esta é alcançada com a participação de uma terceira pessoa, a exemplo das figuras do Mediador e do Conciliador. Com efeito, na mediação, o mediador, terceiro que intervém para a resolução do conflito, atua intensamente estimulando as partes a chegarem a um denominador comum, inclusive oferecendo uma proposta de autocomposição; de outro lado, na conciliação, o conciliador, terceiro que também intervém com vistas a resolver a contenda, limita-se a receber as propostas, compilando-as, com o escopo de encontrar uma solução para o caso concreto.

Seja autocomposição unilateral, seja bilateral, mediação ou conciliação, o que vale salientar, é a ruptura do modelo da autonomia veiculada pela autotutela onde a força se constituía no combustível para a resolução dos conflitos. Passa-se agora para um modelo, onde os conflitos decorrentes do convívio em sociedade passam a serem solucionados “através de meios persuasivos e consensuais.”

Cumpra asseverar ainda, alicerçado no magistério de Albuquerque Rocha⁴, que as razões para adoção cada vez mais frequente dos institutos da autocomposição abordados supra, bem como da arbitragem, que será objeto de exame mais a diante, são “reduzir o trabalho do judiciário; suprir a sua incapacidade de dirimir as litigiosidades surgidas com as novas formas de vida social.” dentre outras.

2.2 Da Heteronomia

A heteronomia enquanto forma de se resolver conflitos, confere a um terceiro, alheio as partes conflitantes, a prerrogativa de dar uma solução aos problemas que lhes são submetidos. Em outras palavras, na heteronomia, tem-se uma decisão que é no dizer do já citato Albuquerque Rocha, produto de um terceiro, que não auxilia nem representa as partes em conflito.

Aproveitando as lições emanadas do preclaro doutrinador em apreço, a heteronomia que é gênero, tem a arbitragem e a jurisdição por espécie, como modos de tratamento das contendas. Em linhas gerais, na arbitragem, objeto da Lei Federal nº 9.307/1996, a decisão é obtida por intermédio de um terceiro designado pelas partes envolvidas, ao passo que, na jurisdição estatal, aquela que é exercida

4 Ob. Cit.

pelos magistrados, a decisão também é produto de uma terceira pessoa, entretanto, diferentemente da arbitragem, esta, é designada pelo Estado.

Passemos, pois, a analisar as duas modalidades mais importantes da heteronomia, jurisdição e arbitragem.

2.2.1 Da Jurisdição

Albuquerque Rocha⁵, leciona, “que a função primária do Direito é a de servir de instrumento de proteção de uma dada ordem econômica, social e política, e que o Direito só aparece na sociedade respaldado na força quando há possibilidade de que a ordem não seja observada espontaneamente.”

Em contrapartida a isso, sabe-se que a vida em sociedade não repousa em berço esplêndido, tão pouco, não navega em águas calmas e tranquilas, como deveria ser lá no “Mundo das Ideias,” concebido por Platão, ou em “A Utopia,” escrita por Thomas Morus. Em assim sendo, a tal ordem, inexoravelmente acaba por ser violada, surgindo então a premente necessidade do seu reestabelecimento, o que acontece, com a “imposição do Direito,” em outras palavras, com a jurisdição.

Porquanto, jurisdição é a função estatal que tem a finalidade de garantir a eficácia dos direitos em última instância no caso concreto, inclusive, recorrendo a força, se necessário.

Corroborando com o conceito esposado supra, tem-se a Constituição da República de 1988 em seu artigo 5º, XXXV, que estatui: “Nenhuma lesão ou ameaça ao direito poderá ser subtraída da apreciação do Poder Judiciário”. O Código de Processo Civil Brasileiro, por seu turno, em seu artigo 2º prescreve que “a jurisdição civil prestará a tutela jurisdicional quando as partes requererem, nos casos e formas legais.”

É imperioso destacar que, em que pese a jurisdição ser uma forma de resolução de conflitos, não só sobre os conflitos se funda esta. Temos a jurisdição contenciosa que repousa sobre a órbita dos conflitos como forma de resolvê-los por intermédio da aplicação, da imposição do direito ao caso concreto; todavia por outro lado, temos a jurisdição voluntária, que é a atuação do Estado-Juiz, sem que

⁵ Ob. Cit.

haja a existência de um conflito propriamente dito, apenas, a necessidade de se consolidar um direito, *v.g.*, a concessão de um alvará judicial.

Com o fito de arrematar, mesmo que superficialmente, a abordagem a cerca da jurisdição, mister se faz registrar que uma vez sendo a jurisdição instrumento para a aplicação do direito em última instância a titularidade do seu exercício, excepcionando-se a arbitragem, cabe ao Estado, por intermédio do Poder Judiciário.

2.2.2 Da Arbitragem

Trata-se, nas palavras de Albuquerque Rocha⁶, da forma privada de exercício da função jurisdicional do Estado.

A singela definição, supra colacionada, em nada se choca com o conceito trabalhado anteriormente de jurisdição, haja vista, esta não ser de exclusividade do Estado.

Para Jorge Tosta⁷,

um dos meios mais importantes de solução dos conflitos na atualidade é a arbitragem. Por ela, qualquer conflito de natureza patrimonial disponível pode ser resolvido de forma efetiva e eficaz, no mais das vezes por árbitros cujo conhecimento técnico na área resulta em decisões precisas e muito mais adequadas que aquelas que poderiam ser buscadas por outros meios, inclusive no Judiciário.

Do ponto de vista legal, como já mencionado, a arbitragem consta da Lei nº 9307/1996, donde pode-se abstrair sua definição sistematizada, como sendo o meio de resolver litígios civis, atuais ou futuros, sobre direitos patrimoniais disponíveis, através de árbitros privados escolhidos pelas partes, cujas decisões produzem os mesmos efeitos jurídicos produzidos pelas sentenças proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário.

Tal conceito permite extrair com clareza suficiente os elementos que afastam o referido instituto jurídico da jurisdição estatal, a saber: forma de exercício da juris-

6 Ob. Cit.

7 Tosta, Jorge. A Arbitragem no Brasil – Noções Gerais. In: Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem – Coordenadores Armando Sérgio Prado de Toledo, Jorge Tosta e José Carlos Ferreira Alves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

dição por árbitros privados; escolha do árbitro pelas partes; natureza dos conflitos a serem decididos; e, efeitos jurídicos produzidos pelas decisões dos árbitros.

A Constituição da República é marcada pelo princípio denominado de “inafastabilidade da jurisdição”, contudo o instituto da arbitragem em nenhum momento vem a colidir com tal preceito esculpido no artigo 5º, XXXV da Magna Carta. Isto porque não é obrigatória e decorre da livre vontade das partes, não obstante, sua admissão abarca tão somente os direitos patrimoniais disponíveis.

3 Resolução consensual: alternativa de celeridade e efetividade?

Dos meios apresentados no ponto anterior, inegavelmente o mais utilizado pelo Poder Judiciário Brasileiro é a Heteronomia-Jurisdição. Por uma cultura já impregnada nos pensamentos mais longínquos de nossa pátria tem-se a ideia básica de que qualquer conflito deve ser levado a figura de juiz para que o mesmo simplesmente diga “quem está certo”.

Foi, não somente, mas com forte contribuição, este pensamento que levou a Justiça em nosso país a um esgotamento visível aos olhos do mais leigo dos leigos. A reclamação da lentidão do Judiciário já virou até ditado popular, pois como se sabe “**a justiça tarda, mas não falha**”...

A explicação para tamanha lentidão talvez esteja no corpo de pessoal ainda insuficiente para atender a demanda que cresce a cada dia. Não existem magistrados e serventuários suficientes para atender de forma satisfatória todos aqueles pleitos que são apresentados ao Poder Judiciário. Com isso tende-se ao atendimento prioritário daquilo que a lei diz que assim deve ser e o acúmulo de demandas e mais demandas só aumenta...

E o problema não se resume apenas na lentidão até se chegar ao provimento judicial. Há ainda uma crescente ineficácia das decisões quando proferidas. Tal ineficácia se dá, especialmente, pela demora na prestação que leva o bem da vida a se perder e também pelo baixíssimo índice de cumprimento voluntário das decisões que são **impostas pelo judiciário**.

Destarte, a certeza que se tem é que o Judiciário não pode continuar a trilhar este tormentoso caminho de demora e incerteza. A busca por soluções mais

rápidas e eficientes já é cor que pincela as discussões jurídicas há muitos anos. Medidas como a antecipação de tutela (Lei nº 8.952/1994) e o cumprimento de sentença (Lei nº 11.232/2005), são exemplos de tentativas neste sentido.

Porém, não deixando de reconhecer o que já foi feito de bom neste campo, vemos que a resolução consensual dos conflitos (a autocomposição) é um caminho mais barato e prático para atingir o objetivo da revitalização da Justiça no Brasil.

Sem, claro abandonarmos a forma de julgamento tradicional, que será aplicada para casos em que a composição amigável não seja possível, permitida, ou alcançada, a inserção mais forte das técnicas de conciliação e mediação podem, sem sombras de dúvidas, contribuir para a busca aqui decantada.

A conciliação, constitui-se um elo entre a autocomposição e a heterocomposição da lide. Primeiro, porque as próprias partes, em igualdade de posição, tutelam seus interesses, fixando livremente os termos do acordo; segundo, porque esse ponto de confluência é induzido pela iniciativa e sugestão de um mediador qualificado (conciliador ou negociador). Assim, a mediação está contida na conciliação como elemento indissociável e dela caracterizador, sendo certo afirmar que a conciliação constitui uma relação triangular formada pelas partes em divergência, as quais se encontram na sua base, e pelo conciliador que, equidistante, numa posição superior, tenta harmonizar os pontos de divergência e sintetizá-los numa proposição comum que atenda aos interesses em litígio.

É o que diz Ruy Trezena Patu Júnior⁸ ao estudar Athos Gusmão Carneiro.

A essa altura nos parece salutar a transcrição, *in verbis*, dos conceitos de Mediação e de Conciliação apresentados pela página do Sistema de Resolução Consensual e Arbitral de Conflitos do Poder Judiciário do Estado de Pernambuco⁹, apenas a título de diferenciação conceitual:

Mediação “é uma forma de solução de conflitos em que um terceiro neutro e imparcial auxilia as partes a conversar, refletir, entender o conflito e buscar, por elas próprias, a solução. Nesse caso, as próprias partes é que tomam a decisão, agindo o mediador como um facilitador. Nas Centrais e Câmaras de Conciliação, Mediação e Arbitragem, a mediação será feita simultaneamente com a conciliação, sobretudo quando o conflito tiver como causa preponderante problema de ordem pessoal, emocional ou

8 PATU JÚNIOR, Ruy Trezena. **Conciliação e Arbitragem**: soluções para o problema da morosidade da justiça no Brasil. Tese de Mestrado – Universidade Federal de Pernambuco, 1999. 138p.

9 <http://www.tjpe.jus.br/web/resolucao-de-conflitos/o-que-e>. Acesso: 30 jul. 2015.

psicológica (incompatibilidade de gênios, raiva, sentimento de vingança, ou de intolerância e indiferença). Mas sempre com assistência do conciliador até que se esgote a possibilidade de uma reaproximação afetiva das partes, sem prejuízo deste formalizar um acordo que encerre o conflito nos seus aspectos jurídico-patrimoniais”

Conciliação “é uma forma de solução de conflitos em que as partes, através da ação de um terceiro, o conciliador, chegam a um acordo, solucionando a controvérsia. Nesse caso, o conciliador terá a função de orientá-las e ajudá-las, fazendo sugestões de acordo que melhor atendam aos interesses dos dois lados em conflito. Nas Centrais e Câmaras de Conciliação, Mediação e Arbitragem, a conciliação será feita simultaneamente com a mediação, sobretudo quando o conflito tiver como causa preponderante problema de ordem jurídica ou patrimonial. Mas sempre com assistência do mediador até que se esgote a possibilidade das partes celebrarem um acordo que encerre essa demanda, com a formalização do respectivo termo de transação ou compromisso arbitral. É o conciliador, pela sua formação jurídica, que a conduz até a formalização do acordo.”

Feita tal diferenciação, é preciso que se deixe claro que ambos os institutos são faces não opostas da autocomposição.

Sim. Mas por que defendemos ser a autocomposição um caminho viável para o aumento da celeridade e da efetividade da justiça brasileira?

Simple. Pelo próprio desencadear procedimental da autocomposição. A confecção de um acordo firmado pelas próprias partes envolvidas em um determinado conflito não requer, nem de longe, uma necessidade de fase instrutória destinada a firmar o convencimento de um terceiro (o juiz). Por falar no terceiro/juiz, a ausência ou pouca participação dele em tal resolução também é elemento de destaque: quem resolve na prática os litígios é quem, na prática, os possuem. Ninguém conhece melhor os seus problemas do que o seu próprio detentor. Tratado o acordo, em sendo buscada a homologação judicial (para que seus efeitos estejam mais salvaguardados), esta não demorará justamente porque não haverá necessidade de nenhuma outra fase que não a própria homologatória.

Tudo isso, contribui para uma visível celeridade no solucionar de determinado litígio.

Porém, existe ainda outra boa consequência da resolução consensual: o cumprimento voluntário dos acordos firmados. Tal cumprimento (que vai evitar uma fase executória muitas vezes mais insípida do que a própria fase



do conhecimento) tem um aspecto favorável a sua existência: o dever moral aliado ao dever jurídico. Quando as partes cumprem o que foi acordado elas estão pondo em prática o que, de uma forma ou de outra, entenderam como o mais acertado a ser decidido naquele caso. É diferente de se receber uma imposição, uma ordem judicial, para tomar determinada providência. É um aspecto a tornar mais efetivo o cumprimento das decisões...

Por certo não deixarão de existir acordos descumpridos, fazendo-se necessidade também de feitos executórios judiciais quando de tal descumprimento. Da mesma forma que nem sempre se chegará a um acordo como pretendido. Por isso mesmo é que entendemos que a questão está na inserção mais forte da auto-composição no Judiciário brasileiro, aliado, as formas já tradicionais de resolução de conflitos hoje mais aplicadas.

Assim é como pensa Patu¹⁰

A dimensão social do homem não permite o estabelecimento de modelos ou sistemas fechados e padronizados para resolver a incomensurável gama de suas relações e reações comportamentais na sociedade. [...] No ordenamento jurídico também é assim: nada pode ser exclusivo, absoluto; tudo é casual, relativo.

O que defendemos é aumento da atenção a fase conciliatória e uma maior busca por resoluções consensuais de forma, inclusive, extrajudicial. De forma alguma uma a fase judicante tradicional perderá seu espaço, ficará ela, ainda, com uma reserva bem numerosa composta por matérias de ordem pública e, como já dito, pelas questões onde o acordo não se mostre interessante para os envolvidos.

O próprio Conselho Nacional de Justiça estimula, por meio de suas publicações e campanhas, o aumento da solução pacífica de celeumas. São exemplos de tais estímulos a Semana Nacional de Conciliação e a Recomendação nº 08/2007 que orienta os Tribunais à constituição de estruturas permanentes com o objetivo de planejar e a executar as ações tendentes a dar continuidade ao Movimento pela Conciliação.

Tal busca pela harmonização da Conciliação com o Judiciário também está presente no futuro Código de Processo Civil. Pelo onde se determina a marcação

10 Ob. Cit.

de audiência conciliatória logo na fase inicial do processo, além de ficar explicitado que os Tribunais de Justiça criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

A bem da verdade, a forma consensual de solucionar conflitos virá tratada como instituto essencial do Processo Civil, conforme esculpido em dois parágrafos do que hoje consta como o terceiro artigo do provável futuro Código:

(...) 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. (...)

4 Breve análise estatística do Sistema de Resolução Consensual de Conflitos no Estado de Pernambuco

Uma Unidade da Federação que já se engajou na busca pela celeridade/efetivação do Judiciário por meio dos institutos de resolução amigável de litígios foi Pernambuco.

O Tribunal de Justiça local criou no ano de 2007, através da Resolução nº 222, o Sistema de Resolução Consensual e Arbitral de Conflitos do Poder Judiciário do Estado de Pernambuco. Tal sistema é formado por Centrais, Câmaras, e Serviços de Conciliação, Mediação e Arbitragem, bem como das Casas de Justiça e Cidadania e do Programa Justiça Comunitária, este integrado por Agentes Comunitários de Justiça e Cidadania.

Da norma que criou o Sistema em diante o órgão que ganhou mais aplicação jurídica foram as Centrais de Conciliação, Mediação e Arbitragem. Estas tem a atribuição de prestar atendimento e orientação ao cidadão quanto aos seus direitos, garantias e meios de acesso à Justiça, inclusive de resolução de conflitos; promover mediações e conciliações em conflitos morais ou patrimoniais, civis, fazendários, previdenciários, familiares, penais, além de outros em que a lei autorize a

autocomposição, visando sempre a pacificação social; e realizar arbitragens para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis e em outros conflitos autorizados por lei.

Tal iniciativa deu resultado. É o que mostram os números disponibilizados pelo próprio Tribunal.

Senão vejamos: apenas de janeiro a junho de 2015 foram mais de 8.000 acordos realizados. Isto significa que milhares e milhares de processos, só este ano, deixaram de ser ajuizados na Justiça tradicional sem que ficassem sem uma solução para o conflito social existente.

De 2008 até hoje 83.260 acordos foram formulados e mais de 220.000 pessoas foram atendidas pelas Centrais de Conciliação, Mediação e Arbitragem espalhadas pelo Estado. Outro número impressionante, e que ratifica a ideia de efetividade nas decisões que são tomadas mais pelas partes do que pelo Judiciário, é que não houveram nem 8.000 execuções/cumprimentos de sentença referentes a tais processos. Isso significa que há um índice de cumprimento voluntário das sentenças homologatórias superior a 90%.

Nos quadros abaixo, vêm-se os números aqui relatados e outros de forma concatenada (disponíveis em <<http://www.tjpe.jus.br/web/resolucao-de-conflitos/produktividade>>).

Produtividade das Centrais de Conciliação, Mediação e Arbitragem – Janeiro a Junho 2015

Audiências Marcadas	18.114
Audiências Realizadas	13.181
% das Audiências Realizadas	72,77%
Acordos Efetuados	8.345
% dos Acordos Efetuados	63,31%
Valores Homologados	R\$ 68.679.915,12
Valor Médio por Acordo Homologado	R\$ 8.230,07
Quantidade de Pessoas Atendidas	28.190

Produtividade das Centrais de Conciliação, Mediação e Arbitragem – 2008 a 2015

Audiências Marcadas	162.251
Audiências Realizadas	104.425
% das Audiências Realizadas	64,36%
Acordos Efetuados	83.260
% dos Acordos Efetuados	79,73%
Valores Homologados	R\$ 631.453.861,00
Valor Médio por Acordo Homologado	R\$ 7.584,12
Quantidade de Pessoas Atendidas	229.317

5 Conclusão

Ao se findar o este trabalho, deixa-se a mensagem de que a procura por alternativas viáveis para a maior efetividade da Justiça pátria, bem como aplicar a celeridade na mesma, passa pelo reestudo das formas existentes de solução dos conflitos.

Nesse sentido, enxerga-se na autocomposição oportunidade palpável para se alcançar tais objetivos. Por meios das técnicas autocompositivas as partes chegarão muito mais rápido a solução de seus próprios conflitos e estarão mais satisfeitas com a decisão, porque foram tomadas por elas mesmas. Assim, haverá um desafogamento do Judiciário e também um maior cumprimento voluntário das decisões homologadas.

Não se pretende dizer que a autocomposição é a panaceia para todos os problemas do Judiciário, mas que é uma alternativa – isto não se pode negar. É tanto que a busca pelo aumento da conciliação tem sido tão incentivada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e também é norte para a nova roupagem do futuro Código de Processo Civil.

Enfim, é preciso valorizar a autocomposição porque, sem sombra de dúvida, nenhum juiz dará a causa solução melhor do que as próprias partes envolvidas no conflito.



Referências

AZEVEDO, André Gomma (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2012.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **A Conciliação no Novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/1015391/DLFE51740.pdf/REVIS-TA3046.pdf>>. Acesso em 30 jul. 2015.

CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. **Mediação: notas introdutórias. Conceito e Procedimento**. In: Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem – Coordenadores Armando Sérgio Prado de Toledo, Jorge Tosta e José Carlos Ferreira Alves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro, Volume 2: Atos Processuais a Recursos e Processos nos Tribunais**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LIMA, Jean Carlos. **Curso de Mediação de Conflitos: teoria geral & prática: o manual do mediador com abordagem sobre a Teoria dos Jogos de Jonh von Neumamm**. 4. ed. Recife: Adsumus, 2012.

PATU JÚNIOR. Ruy Trezena. **Conciliação e Arbitragem: soluções para o problema da morosidade da justiça no Brasil**. Tese de Mestrado – Universidade Federal de Pernambuco, 1999. 138p.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

TOSTA, Jorge. **A Arbitragem no Brasil – Noções Gerais**. In: Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem – Coordenadores Armando Sérgio Prado de Toledo, Jorge Tosta e José Carlos Ferreira Alves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

Referência do artigo

SILVA, Everson de Oliveira e. Estudo das formas de resolução de conflitos e apresentação de uma alternativa viável ao Judiciário brasileiro. **Revista da ESMape**, Recife, v. 20, n. 41, p. 71-86, jan./jun. 2015.

Direito do incapaz, portador de necessidades especiais por doença mental, à indenização por dano moral

Fernando Antonio Sabino Cordeiro

Especialista em Direito Público e Privado pela Faculdade de Direito do Recife – Universidade Federal de Pernambuco. Juiz de Direito Titular da Vara de Sucessões e Registros Públicos da Comarca de Jaboatão dos Guararapes-PE. Juiz Eleitoral da 101ª Zona Eleitoral – Jaboatão dos Guararapes-PE.

Resumo

Caracteriza o dano moral a ofensa aos direitos da personalidade, os quais são fundados no princípio da dignidade da pessoa humana, revelando-se como de natureza intrínseca à própria condição de ser pessoa. O dano moral a direito da personalidade independe do grau de desenvolvimento mental, ciência ou consciência da vítima, por atingir valor antológico inato à pessoa humana. Os sentimentos de dor, aflição, angústia são antecedidos pelo próprio dano moral, porque atinge o conjunto de direitos

componentes da personalidade. Isto significa que estes sentimentos são consequências do dano sofrido. É cabível a indenização por danos morais ao portador de necessidades especiais por doença mental, cujos direitos poderão ser pleiteados pelo curador como representante legal. Identificada a prática do ato ilícito, a agressão ao direito de personalidade, surge o dever de reparação.

Palavras-chave: Dano moral. Doente Mental. Personalidade.

Abstract

It characterizes the moral damage the offense of the personality rights, whose principles are established on the beginning of the human being's dignity. It is revealed as an intrinsic nature to the condition of being a person by itself. The moral damage to the personality right does not depend on the degree of the mental development, science or conscience of the victim, by reaching innate ontological value of the human person. The feelings of pain, affliction, anguish are preceded by the moral damage itself, because it affects all

components of personality rights. It means that these feelings are consequences of the long-suffering damage. It is applicable to compensation for moral damages to people with special needs and mental disease, whose rights might be pled by the guardian as legal representative. Identified the practice of tort, the aggression to the personality right, the repair of duty arises.

Keywords: Moral damage. Mental patient. Personality right.

1 Introdução: direito de personalidade e dano moral

A relação entre a caracterização do dano moral como ofensa ao direito da personalidade como parâmetro para fins de indenização por danos morais muitas vezes causa controvérsias em decorrência da confusão entre ofensa ao direito da personalidade e as consequências do fato ou do ato-fato danoso.

Deve-se verificar, inicialmente, serem direitos da personalidade inatos à pessoa humana e essenciais à própria realização da pessoa humana como tal, são, intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis, e vitalícios.

Os direitos da personalidade fundam-se na dignidade da pessoa humana, referem-se ao respeito do próprio ser e ao gozo como tal, na sua integridade, e dimensões física e espiritual.

Na abordagem do tema existem divergências e convergências quanto à própria definição dos direitos da personalidade, pois ora se define como um conjunto de caracteres próprios da pessoa, dos quais originam-se direitos e deveres, ora como direitos próprios da pessoa humana.

Maria Helena Diniz citando Goffredo Teles Júnior expõe (2003, p.19):

A personalidade consiste no conjunto de caracteres próprios da pessoa. A personalidade não é um direito, de modo que seria errôneo afirmar que o ser humano tem direito à personalidade. A personalidade é que apóia os direitos e deveres que dela irradiam, é o objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens.

Ensina Pontes de Miranda (2000, p.38):

[...] O direito à personalidade com tal é direito inato, no sentido de direito que nasce com o indivíduo, é aquele *in se ipsum*, a que juristas do fim do século XV e do século XVI aludiam, sem ser, propriamente, o direito sobre o corpo, *in corpus suum postestas*. Não se diga que o objeto é o próprio sujeito, nem se pode dizer que, nele, o eu se dirige ao próprio eu [...].

Do magistério de Carlos Roberto Bittar colhemos (1995, p.1):

[...]os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos[...].

Carvalho Fernandes comenta (1995, p.5):

[...]a categoria dos direitos da personalidade é de formação relativamente recente e, embora tenha sido objeto de largos estudos nos últimos tempos, constitui ainda hoje matéria muito polêmica quanto ao seu conceito, quanto à sua natureza, quanto ao seu âmbito e até quanto a questões mais singelas como sua própria designação. Vários autores têm proposto outras designações, como direitos à personalidade, direitos essenciais ou direitos fundamentais, direitos sobre a própria pessoa, direitos individuais e direitos personalíssimos; contudo, a designação que se mostra com maior aceitação é a de direitos de personalidade ou da personalidade.

Mesmo diante da divergência doutrinária constata-se a transcendência dos direitos da personalidade ante o direito posto ou positivado, porque são inerentes à própria condição humana, e não comportam limitações no que se referem à dignidade da pessoa humana, sujeitas a agressões decorrentes da própria evolução tecnológica, e, portanto, a enumeração destes direitos seria incompleta ante a infinidade de situações inusitadas ou emergentes.

Se por um lado acham-se conceituados os direitos da personalidade, também é pacífico ser a ofensa a tais direitos causadora de danos não materiais definidos como danos morais, passíveis de indenização. Embora haja entendimento pacificado de que é devida indenização por danos morais, há controvérsias na identificação e conceituação de danos morais.

Do magistério de Sergio Cavalieri Filho, colhemos (2008, p. 83-84):

[...]Só deve ser reputado como dano moral *a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações ju-*

diciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos. [...] Dor, vexame, sofrimento e humilhação são consequência, e não causa. Assim como a febre é o efeito de uma agressão orgânica, dor, vexame e sofrimento só poderão ser considerados dano moral quanto tiverem por causa uma agressão à dignidade de alguém [...]

Questiona-se como pode ocorrer dano moral à pessoa sem discernimento, ao doente mental, ao nascituro. Analisaremos a extensão dos direitos da personalidade com algo intrínseco ao próprio conceito de ser humano.

Deve-se atentar para o fato de que os direitos da personalidade não se identificam na totalidade com os direitos fundamentais da primeira, segunda e terceira geração, caracterizados como garantias do indivíduo em relação ao poder do Estado, portanto, externos à pessoa. Diferentemente dos direitos de personalidade os quais são inatos, como os que dizem respeito à manipulação genética.

Sobre o tema conceitua Paulo Bonavides (2006, p.536-564):

[...]Os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente. [...]Os direitos de primeira geração ou os direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa que ostentam na subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado[...]

Os direitos fundamentais de segunda geração dizem respeito aos direitos sociais, relacionados com assistência social, saúde, cultura, trabalho, lazer, habitação, contemplando desta forma as carências mínimas de sobrevivência do indivíduo, reclamando a ação do Estado na resolução dos problemas sociais.

Alexandre de Moraes (2006, p.60) em relação aos direitos da terceira geração ensina:

[...]Por fim, modernamente, protege-se, constitucionalmente, como direitos de terceira geração os chamados direitos de solidariedade e fraternidade, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, a paz, a autodeterminação dos povos e a outros direitos [...].

Os direitos fundamentais de quarta geração dizem respeito à integridade genética, diante das novas tecnologias de manipulação, e portanto, são inatos, intrínsecos à própria condição humana razão pela qual relacionam-se mais propriamente com os direitos de personalidade.

Neste sentido o ensinamento de Noberto Bobbio (1992, p.6):

[...] O passo dos direitos fundamentais a essa nova dimensão de reconhecimento de direitos se deve a que, se já há algum tempo é perfeitamente possível observar a manipulação de animais e vegetais, hoje a manipulação é sobre o ser humano diretamente, colocando-se no mundo uma discussão inicial sobre as possibilidades de se dispor do patrimônio genético individual, evitando a manipulação sobre os genes e ao mesmo tempo, mantendo-se a garantia de gozar das contemporâneas técnicas de engenharia genética[...].

2 O portador de necessidade especiais e o dano moral

Em recente julgamento¹ O Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dando provimento ao recurso especial oriundo do Estado de Minas Gerais decidiu que a pessoa portadora de incapacidade mental pode sofrer danos morais, independentemente do grau de discernimento.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, quando da apelação, havia manifestado entendimento contrário sob o argumento de que o autor da ação não tivera ciência dos saques em conta corrente, nem poderia ter ciência do alcance do prejuízo financeiro. A ação foi proposta pelo incapaz, representado pelo curador, em litígio contra o Banco do Brasil. Da decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais² extraímos:

Pelo que se extrai dos autos, o autor não sofreu qualquer dano moral, até porque não se tem notícia de que tenha tido ciência dos saques em sua conta e do alcance do prejuízo financeiro, diante de sua diagnosticada demência. O autor não passou por qualquer constrangimento, aborrecimento, ou teve sua honra ou privacidade afetadas pela conduta do apelado, quem realmente sofreu os reveses dos saques indevidos foi a sua curadora, que conforme relata na inicial sofreu com o descaso dos prepostos do apelante, tendo se dirigido por várias vezes ao banco não tendo o mesmo demonstrado qualquer empenho para apurar os fatos ou ressarcir o autor dos pre-

¹ STJ-Quarta Turma-RESP Nº1..245.550-MG(2011/0039145-4)-Data do julgamento-17/03/2015

² STJ-REsp nº 1245550 / MG (2011/0039145-4) autuado em 06/04/2011,

juízos. Assim, entendo que o pedido deve ser julgado improcedente, pois a integridade moral só pode ser defendida e sofrida pelo seu titular, não sendo possível a sua transmissão a terceiros, mesmo que os danos experimentados tenham sido decorrentes do fato da curadora estar representando os interesses de seu pai/apelado/curatelado.

Na decisão do Superior Tribunal de Justiça o Ministro Luiz Salomão destacou em contraposição ao acórdão do Tribunal de Justiça de Minas que o dano ao direito personalíssimo ocorre no momento em que é atacado, portanto, independe da ciência do ofendido, e consequentemente da capacidade de entendimento:

Isso porque a configuração do dano moral não se verifica no aborrecimento, no constrangimento por parte do prejudicado, mas, ao revés, o dano se caracteriza pelo ataque a direito personalíssimo, no momento em que ele é atingido.

A questão em comento envolveu uma situação em que uma filha, como curadora do pai, interditado, promoveu ação de indenização por danos materiais e morais contra instituição bancária, sob o fundamento de que houve vários saques indevidos da conta bancária. A decisão de Juízo de 1º grau reconheceu a existência de danos morais e materiais, todavia, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais embora tenha mantido a condenação por danos materiais, não reconheceu a existência de danos morais sob o argumento de que o interditado, pai da curadora, não tiver ciência dos saques na conta, devido à doença mental, nem do alcance financeiro, e de que a integridade moral só poderia ser defendida pelo titular. Em grau de recurso o STJ modificou o entendimento do primeiro grau quanto a existência dos danos material e moral.

O reconhecimento do dano moral nestas circunstâncias, e consequentemente do direito à indenização, engloba aquelas situações extremas em que a vítima não tem consciência ou discernimento da realidade tais quais os estados de coma, vegetativo, crianças recém-nascidas, doentes, mentais, porque a ocorrência do dano moral não pressupõe, necessariamente, a reação psíquica da vítima.

Lapidar é o magistério de Sérgio Cavalieri Filho (2008, p.79-80) sobre o tema:

Pode haver ofensa à dignidade da pessoa humana sem dor, vexame, sofrimento, assim como pode haver dor, vexame e sofrimento sem violação da dignidade. Dor, vexame, sofrimento e humilhação podem ser consequên-

cias, e não causas. Assim como a febre é o efeito de uma agressão orgânica, a reação psíquica da vítima só pode ser considerada dano moral quando tiver por causa uma agressão à sua dignidade. Com essa ideia abre-se espaço para o reconhecimento do dano moral em relação a várias situações nas quais a vítima não é passível de detrimento anímico, como se dá com doentes mentais, as pessoas em estado vegetativo ou comatoso, crianças de tenra idade e outras situações tormentosas. Por mais pobre e humilde que seja uma pessoa, ainda que completamente destituída de formação cultural e bens materiais, por mais deplorável que seja seu estado biopsicológico, ainda que destituída de consciência, enquanto ser humano será detentora de um conjunto de bens integrantes de sua personalidade, mais precioso que o patrimônio. É a dignidade humana, que não é privilégio apenas dos ricos, cultos ou poderosos, que deve ser por todos respeitada. Os bens que integram a personalidade constituem valores distintos dos bens patrimoniais, cuja agressão resulta no que se convencionou chamar dano moral.

Noutro julgado o Superior Tribunal de Justiça ^{teve} posicionamento semelhante:

“Legitimidade do recém-nascido, pois as crianças, mesmo da mais tenra idade, fazem jus à proteção irrestrita dos direitos da personalidade, entre os quais se inclui o direito à integralidade mental, assegurada a indenização pelo dano moral decorrente de sua violação”.

Arnaldo Rizzardo conceitua dano moral (2011, p.32):

[...] é aquele que atinge valores eminentemente espirituais ou morais, como honra, a paz, a liberdade física, a tranquilidade de espírito, a reputação etc. É o puro dano moral, sem qualquer repercussão no patrimônio, atingindo aqueles valores que têm um valor precioso na vida, e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos.

Há no entendimento do conceito de direitos de personalidades a identificação daqueles direitos próprios da pessoa, os quais são inerentes por natureza ao ser humano, além dos direitos de personalidade que se refletem na interação com a sociedade, decorrente da projeção da pessoa humana como ente moral e social (BITTAR, 1995, p.5).

Colhemos trecho da Jurisprudência do Superior Tribunal³ sobre o tema:

[...] Precedentes – As crianças, mesmo da mais tenra idade, fazem jus à proteção irrestrita dos direitos da personalidade, entre os quais se inclui o direi-

3 REsp 1037759/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 23/02/2010, DJe 05/03/2010.

to à integridade mental, assegurada a indenização pelo dano moral decorrente de sua violação, nos termos dos arts. 5º, X, in fine, da CF e 12, caput, do CC/02. – Mesmo quando o prejuízo impingido ao menor decorre de uma relação de consumo, o CDC, em seu art. 6º, VI, assegura a efetiva reparação do dano, sem fazer qualquer distinção quanto à condição do consumidor, notadamente sua idade. Ao contrário, o art. 7º da Lei nº 8.078/90 fixa o chamado diálogo de fontes, segundo o qual sempre que uma lei garantir algum direito para o consumidor, ela poderá se somar ao microsistema do CDC, incorporando-se na tutela especial e tendo a mesma preferência no trato da relação de consumo. [...]

A dignidade humana é o fundamento do direito de personalidade, e portanto, o fato de “ser humano”, confere este direito, independentemente do consentimento, por conseguinte a violação a este direito, independe da consciência da vítima.

Ilumina o tem José Oliveira Ascensão (1997, p.71):

“[...] Os critérios poderão ser vários. Mas o essencial é o próprio fundamento ético que está na base do sistema. Só pode ser considerado direito da personalidade o que manifeste essa exigência da personalidade humana. [...]”

A dignidade humana conceitua-se com a qualidade específica e essencial, que caracteriza o ser humano como tal, distinguindo-o de outras espécies de seres.

Bigotte Chorão discorrendo sobre o reconhecimento do ser humano como pessoa por qualidades intrínsecas e singulares ensina (1991, p.584):

[...]insistir na idéia de que a condição da pessoa comporta forçosamente uma dimensão jurídica: quem é pessoa ontologicamente falando é também, por isso, pessoa em sentido jurídico: por outras palavras, o homem é, por natureza, protagonista da ordem jurídica, tendo sempre algo seu a reivindicar em termos justiça (ius suum) [...]

Alexandre dos Santos Cunha, citando Kant, sobre o conceito de dignidade destaca (2002, p.55-58):

Para Kant, a dignidade é o valor de que se reveste tudo aquilo que não tem preço, ou seja, não é passível de ser substituído por um equivalente. Dessa forma, a dignidade é uma qualidade inerente aos seres humanos enquanto entes morais: na medida em que exercem de forma autônoma a sua razão prática, os

seres humanos constroem distintas personalidades humanas, cada uma delas absolutamente individual e insubstituível. Conseqüentemente, a dignidade é totalmente inseparável da autonomia para o exercício da razão prática, e é por esse motivo que apenas os seres humanos revestem-se de dignidade

Evidencia-se a dignidade da pessoa humana como fundamento do direito de personalidade, e portanto a existência de agressão é objeto de reparação, portanto, vem a constituir o dano moral, a ensejar a adoção de medidas preventivas, repressivas, como a fixação de indenização à reparação do mal causado.

O princípio da dignidade da pessoa humana não poderá estar sujeito a ponderações e caso surja na aplicação normativa confrontos com outras normas, mesmo dentro do mesmo sistema, deve ser aplicado o princípio mais compatível.

Neste sentido é do posicionamento de Daniel Sarmiento (2003, p.76):

[...] Neste particular, não concordamos com Robert Alexy, quando este afirma que o princípio da dignidade da pessoa humana pode ceder, em face da ponderação com outros princípios em casos concretos. É certo que, sob certas condições, a ponderação pode importar em restrição ou afastamento de direitos fundamentais, para a tutela de bens coletivos de estatura constitucional. Porém, tomando-se como premissa uma perspectiva personalista e não individualista da dignidade da pessoa humana, que valorize também a dimensão coletiva do homem, esta restrição, por si só não bastará para caracterizar lesão à dignidade da pessoa humana. Assim reiteramos o nosso entendimento de que nenhuma ponderação pode implicar em amesquinha da dignidade da pessoa humana, uma vez que o homem não é apenas um dos interesses que ordem constitucional protege, mas a matriz axiológica e o fim última dessa ordem [...].

5 Conclusão

Existe possibilidade da existência de dano moral à dignidade da pessoa humana, sem que a pessoa ofendida sinta dor, sofrimento ou angústia.

A ofensa a dignidade da pessoa humana ocorre quando se lesiona direitos inerentes à personalidade os quais são inerentes à própria condição de ser humano.

O dano moral quando dirigido à personalidade ou ao direito da personalidade independe da ciência ou consciência da vítima, porque atinge direito inato subjacente à condição humana.

O dano moral antecede aos sentimentos de tristeza, menosprezo ou dor.

A ofensa ao direito à dignidade da pessoa caracteriza dano moral.

Cabe indenização por dano moral decorrente de ofensa à dignidade, ao direito da personalidade, independentemente do estado psíquico da vítima.

A irrenunciabilidade é característica dos direitos da personalidade.

A enumeração dos direitos da personalidade não tem caráter exaustivo porque o fundamento destes direitos é a dignidade da pessoa humana.

Deve prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana em confronto com outros princípios, porque o ser humano deve ser matiz da ordem jurídica.

O direito da personalidade configura-se como exigência da personalidade humana.

O reconhecimento dos direitos da personalidade resguarda a dignidade da pessoa humana, razão pela qual tais direitos não são estanques e limitados.

Na conceituação dos direitos da personalidade encontram-se abrangidos os direitos inatos do homem.

Os direitos da personalidade não se identificam, na sua totalidade, com os direitos fundamentais.

Referências

ASCENSÃO, José Oliveira. **Teoria Geral do Direito Civil**. Coimbra: Editora Coimbra, 1997. 432 p.

BIGOTTE CHORÃO, Mário Emílio. O problema da natureza e tutela do embrião humano à luz de uma concepção realista e personalista do Direito. **Separata da Revista o Direito**, Lisboa, a.123, v.4, ano 123, p.584, 1991.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. 147p.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 217 p.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. 808 p.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**.8.ed.rev.e ampl. São Paulo: Atlas, 2008, 577 p.

CUNHA, Alexandre dos Santos. **A normatividade da pessoa humana: o estudo jurídico da personalidade e o Código Civil de 2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 115p.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 20.ed.São Paulo: Saraiva, 2003. v.1. 631 p.

CARVALHO FERNANDES, Luís A. Teoria **Geral do Direito Civil I**.3 ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2001. 760 p.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. 948 p.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Campinas: Bookseller, 2000. tomo 7,592p.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.963 p.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003. 220 p.

Referência do artigo

CORDEIRO, Fernando Antonio Sabino. Direito do incapaz, portador de necessidades especiais por doença mental, à indenização por dano moral. **Revista da ESMape**, Recife, v. 20, n. 41, p. 87-98, jan./jun. 2015.

A competência no novo Código de Processo Civil. Abordagem técnica sobre as inovações introduzidas pela Lei nº 13.105, de 16.03.2015

José Raimundo dos Santos Costa

Mestre pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela ESMAPE. Professor de Direito Processual Civil da Faculdade Universo. Juiz de Direito em Recife.

Resumo

O presente artigo visa, sem muita profundidade em questões de complexas indagações, tecer comentários de forma técnica e didática, acerca das principais inovações na parte disciplinada o estudo da competência, trazidas pela Lei nº 13.105 de 16.03.2015, que introduziu o Novo Código de Processo Civil. Buscamos de forma elementar explicar as alterações instituídas sobre a competência internacional e,

delineando acerca das regras de competência territorial, ressaltamos as inovações sobre a modificação da competência, notadamente, acerca do instituto da conexão, da reunião das ações para julgamento conjunto e da regra de determinação da prevenção.

Palavras-chave: Competência. Processo Civil.

Abstract

This article aims, without much depth of complex inquiries issues, commenting technical and didactic, on the main innovations in the discipline the study of competence, introduced by Law No. 13105 of 03/16/2015, which introduced the new Code of Civil Lawsuit. We seek to explain the elemental form instituted changes on international

jurisdiction and outlining about the territorial jurisdiction rules, we emphasize innovations on the modification of competence, notably about the connection Institute, the meeting of the actions be tried and rule determining prevention.

Keywords: Competence. Process Civil.



Introdução

A jurisdição é exercida pelo Poder Judiciário em todo o território nacional e, para melhor exercício, especializaram-se setores da função jurisdicional, para os quais foram distribuídas o poder de processar e julgar as demandas da mesma natureza. Embora uma, por decorrer de poder do Estado, a jurisdição é exercida por diversos órgãos jurisdicionais, dentro de certos limites territoriais, para que seja a Justiça mais bem administrada.¹

Ovídio A. Baptista da Silva, ao considera que a “jurisdição é o poder de julgar, conferido aos juízes e Tribunais” assim, o exercício da função jurisdicional é atribuído ao Poder Judiciário.²

Os critérios estabelecidos pela Constituição Federal, Constituições Estaduais e Distrital, Leis Federais e Estaduais e os Regimentos Internos dos Tribunais, para distribuir entre os vários órgãos do Poder Judiciário, o poder de processar e julgar as demandas, compõe ao conceito de competência. Como afirma DIDIER JR. “a competência jurisdicional é o poder de exercer a jurisdição nos limites estabelecidos por lei”³

O presente artigo não pretende aprofundar-se nas questões que possam gerar polêmicas na aplicação prática das normas que regem a competência, mas tão somente mostrar as principais inovações introduzidas pela nova lei, de forma didática e com uma linguagem clara e de fácil compreensão, tecendo comentários de ordem técnica dos dispositivos que regulamentam a competência.

1 Limites da jurisdição nacional – Competência da justiça brasileira

Antes de se propor uma demanda de natureza cível dentro do território brasileiro é necessário, em primeiro lugar, verificar se a justiça brasileira tem competência para processar e julgar a causa. Assim, “a primeira tarefa a ser realizada é a comprovação de que a jurisdição brasileira é efetivamente competente para tal causa”⁴

1 DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p.197.

2 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Teoria Geral do Processo Civil* – 5. ed. Ver. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009. p. 77.

3 DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p.197/198.

4 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Teoria Geral do Processo Civil* – 5. ed. Ver. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009. p. 79.



Assim como no CPC de 1973, a lei 13.105/2015, que introduziu no ordenamento jurídico o novo CPC, estabeleceu as hipóteses de competência exclusiva e concorrente da jurisdição brasileira.

A competência concorrente da jurisdição pátria foi disciplinada nos artigos 21 e 22 do novo CPC. Segundo o artigo 21, compete à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações em que: a) o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil (Conforme o Parágrafo Único do artigo 21 do NCPC, a pessoa jurídica estrangeira será considerada domiciliada no Brasil, se aqui tiver agência, filial ou sucursal); b) no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação e c) o fundamento seja fato ocorrido ou ato praticado no Brasil.⁵

Pelo artigo 22, compete ainda aos juízes brasileiros processar e julgar as ações de alimentos quando o credor tiver domicílio ou residência no Brasil e quando réu mantiver vínculos no Brasil, tais como posse ou propriedade de bens, recebimento de renda ou obtenção de benefícios econômicos; as ações decorrentes de relações de consumo, quando o consumidor tiver domicílio ou residência no Brasil e as ações em que as partes, expressa ou tacitamente, se submetem à jurisdição brasileira.⁶

A competência exclusiva da jurisdição pátria veio disciplinada no artigo 23, que afirma ser da competência da autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra: a) processar e julgar as ações relativas a imóveis situados no território brasileiro; b) em matéria de sucessão hereditária, proceder a confirmação de testamento particular, e ao inventário e partilha de bens situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional e c) em divórcio, separação judicial ou dissolução de união estável, proceder à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o titular seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território brasileiro.⁷

Nos casos exclusivos de competência concorrente (novo CPC, art. 21 e 22), é incompetente o juiz brasileiro para processar e julgar ação, em que sobre o seu objeto, haja foro de eleição exclusivo estrangeiro, expressa em contrato internacional, desde que o haja alegação expressa pelo réu em sua contestação (novo

5 Não houve alteração em relação ao Código de Processo Civil de 1973, tendo repetido o disposto no artigo 88.

6 Inovação da nova lei que introduz, ação de alimentos, decorrentes da relação de consumo e da submissão espontânea à jurisdição brasileira.

7 Somente a hipótese da letra c) foi acrescentado pela lei nova. As duas hipóteses anteriores são reproduções, com melhor redação, do artigo 89 do CPC de 1973.



CPC, art. 25 e § 1º), aplicando-se ao caso as regras da eleição de foro estabelecidas nos §§ 1º ao 4º do artigo 63. Isso significa que, não havendo argüição da incompetência do Juiz brasileiro, na contestação, em razão de foro de eleição exclusivo no estrangeiro, ocorre a prorrogação da competência, passando a causa a ser de competência da jurisdição pátria. Vale salientar, que nessa hipótese, é ônus exclusivo do réu argüir tal incompetência, sendo vedado ao juiz, conhecer dela de ofício.

Ressalta-se, que em razão dessas regras, salvo se houver disposições em contrário contidas em tratados internacionais e acordos bilaterais, em vigor, firmado entre o Brasil e outro país, não haverá litispendência, entre ação proposta na Brasil e outra idêntica tramitando em outro país, não obstante que a autoridade judiciária brasileira conheça dessa ação das que lhes são conexas. (NCPC, art. 24). Ademais, nos casos de competência concorrente, o fato de haver uma ação pendente de julgamento na justiça brasileira, não impede a homologação de sentença estrangeira proferida em ação idêntica, quando exigida para produzir efeitos no Brasil, (Parágrafo Único do art. 24).

2 Da perpetuação da jurisdição – *perpetuo Jurisdictione*

Por perpetuação da jurisdição, entende-se a definição do juízo competente para processar e julgar a demanda levada à jurisdição através do exercício do direito de ação pelo jurisdicionado bem como o momento em que essa competência é fixada tornando-se, como regra, imutável.

Conforme artigo 43 do NCPC, a fixação da competência é determinada no momento do registro da petição inicial, se a ação for proposta em comarca de vara cível única ou no momento da distribuição da inicial caso haja mais de uma vara cível. Eventuais modificações futuras do estado de fato (ex.: mudança de domicílio do autor ou do réu) ou de direito (ex.: redução ou ampliação do limite do valor da causa para proposição de ação nos Juizados Especiais Cíveis), não modificam a competência anteriormente fixada.

Há, porém, duas situações em que ocorrendo, ocorrerá a redistribuição da demanda para outro juízo: a primeira ocorre quando houver a supressão do órgão judiciário. Assim, caso venha a ser extinta uma determinada vara ou uma comarca, as demandas que tramitam nelas serão redistribuídas para outra vara ou co-



marca, que, conforme as regras de distribuição seja a competente para recebê-las e a segunda se dá quando ocorrer a alteração de competência absoluta, ou seja, quando uma determinada vara tiver sua competência em razão da matéria, da função ou da pessoa, alterada (ex.: uma vara cível é transformada em vara privativa de demandas de família, todas as demandas que não sejam de família serão redistribuídas para outra vara de competência geral cível).

3 Das regras de Competência interna

3.1 Disposições gerais

Conforme o artigo 42, do NCPC, as demandas em matéria cíveis “serão processadas e decididas pelo juiz nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei”. Assim, assegurando aos litigantes a possibilidade de resolução extrajudicial do conflito de interesses, através da arbitragem, regida pela Lei nº 9.307/1996, com as alterações introduzidas pela Lei nº 13.129/2015, o processamento e o conseqüente julgamento das ações cíveis, se submeterão às regras de competência, previstas na Constituição Federal, no Código de Processo Civil, na legislação especial federal, pelas normas de organização judiciária e, no que couber, pelas Constituições Estaduais (NCPC, art. 44).

Sabemos que a jurisdição é o poder de julgar conferido ao Poder Judiciário, sendo a competência a “medida da jurisdição, vale dizer, a porção dela atribuída pela lei a cada magistrado, ou aos tribunais colegiados, ou a porções fracionários destes, para apreciar e julgar determinada causa.”⁸

3.2 Para ações fundadas em direito pessoal ou direito real sobre bens móveis

As ações fundadas em direito pessoal ou em direito real sobre bens móveis será proposta, em regra, no foro de domicílio do réu (NCPC, art. 46). Entretanto, se o réu tiver mais de um domicílio poderá ser demandado no foro de qualquer um deles (§ 1º). Porém, sendo incerto ou desconhecido o domicílio do réu, ele poderá

8 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Teoria Geral do Processo Civil** – 5. ed. Ver. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 77.

ser demandado onde for encontrado ou no foro de domicílio do autor (§ 2º). Se o réu não tiver domicílio ou residência no Brasil, a ação será proposta no foro de domicílio do autor, e, se este também residir fora do Brasil, a ação será proposta em qualquer foro (§ 3º).⁹

Na hipótese de litisconsórcio passivo em que os réus tiverem diferentes domicílios, a ação será no foro de qualquer deles, à escolha do autor (§ 4º).¹⁰

A execução fiscal será proposta no foro de domicílio do réu, no de sua residência ou no do lugar onde for encontrado (§ 5º).

3.3 Para ações fundadas em direito real sobre bens imóveis

Segundo o artigo 47 do NCP, as ações fundadas em direito real sobre bens imóveis terão como competente o foro de situação dos bens. É possível, entretanto, a critério do autor, a ação ser proposta no foro de domicílio do réu ou pelo foro de eleição se o litígio não recair sobre direito de propriedade, vizinhança, servidão, divisão e demarcação de terras e de anunciação de obra nova (§ 1º). As ações possessórias sobre bens imóveis serão propostas no foro de situação da coisa, cujo juízo tem competência absoluta.¹¹

3.4 Para as ações de inventário e partilha

O foro de domicílio do autor da herança, no Brasil, é o competente para o inventário, a partilha, a arrecadação, o cumprimento de disposições de última vontade, a impugnação ou anulação de partilha extrajudicial e para todas as ações em que o espólio for réu, ainda que o óbito tenha ocorrido no estrangeiro (NCP, art. 48).

Porém, se o autor da herança não possuía domicílio certo, é competente para as demandas previstas no *caput* do artigo 48: I – o foro de situação dos bens imó-

9 Essas regras não sofreram nenhuma mudança, tendo sido repetidas as regras do artigo 94 do Código de Processo Civil de 1973.

10 Essas regras não sofreram nenhuma mudança, tendo sido repetidas as regras do § 4º do artigo 94 do Código de Processo Civil de 1973.

11 Repetiu integralmente o disposto no artigo 95 do Código de Processo Civil de 1973, apenas destacando o foro competente para as ações possessórias que continua sendo o da situação da coisa.

veis, caso tenha deixado bens imóveis apenas numa Comarca; II – havendo bens imóveis em foros diferentes, qualquer destes; III – não havendo bens imóveis, o foro do local de qualquer dos bens do espólio.¹²

3.5 Para as ações que o for réu o ausente e o incapaz

A ação em que o ausente for réu será proposta no foro de seu último domicílio, também competente para a arrecadação, o inventário, a partilha e o cumprimento de disposições testamentárias (NCPC, art. 49).

A ação em que o incapaz for réu será proposta no foro de domicílio de seu representante ou assistente (NCPC, art. 50).

3.6 Para as ações em que a União figurar como parte

É competente o foro de domicílio do réu para as causas em que seja autora a União. Mas, se a União for a demandada, a ação poderá ser proposta no foro de domicílio do autor, no de ocorrência do ato ou fato que originou a demanda, no de situação da coisa ou no Distrito Federal.

3.7 Para as ações em que os Estado ou o Distrito federal seja parte

É competente o foro de domicílio do réu para as causas em que seja autor Estado ou o Distrito Federal (NCPC, art. 52). Se Estado ou o Distrito Federal for o demandado, a ação poderá ser proposta no foro de domicílio do autor, no de ocorrência do ato ou fato que originou a demanda, no de situação da coisa ou na capital do respectivo ente federado.

¹² O artigo sistematizou melhor as regras de competência para a hipótese em que o autor da herança não tenha domicílio certo, direcionando para o foro da situação de bens imóveis. No CPC de 1973, a matéria vem disciplinada no artigo 96 e tem como elemento para a fixação da competência o foro da situação dos bens em geral.



3.8 Para as ações de dissolução e reconhecimento de entidade familiar e ação de alimentos

Conforme o artigo 53 do NCPC, para a ação de divórcio, separação, anulação de casamento e reconhecimento ou dissolução de união estável é competente o foro de domicílio do guardião de filho incapaz. Se não houver filho incapaz o foro competente será o do último domicílio do casal, mas, se nenhuma das partes residir no antigo domicílio do casal, o foro competente será o de domicílio do réu. Para a ação em que se pede alimentos, é competente o foro de domicílio ou residência do alimentando.¹³

3.9 Para as ações previstas no inciso III, do artigo 53, do NCPC

É competente o foro do lugar onde está a sede, para a ação em que for ré pessoa jurídica de direito privado ou onde se acha agência ou sucursal, quanto às obrigações que a pessoa jurídica contraiu.

É competente para a ação em que for ré sociedade ou associação sem personalidade jurídica, o foro de lugar a sociedade ou associação exercem suas atividades

A competência para a ação em se exige o cumprimento de obrigação é do foro de lugar onde a obrigação deve ser satisfeita.

É competente o foro de residência do idoso, para a causa que verse sobre direito previsto no estatuto do idoso.

É competente o foro da sede da serventia notarial ou de registro, para a ação de reparação de dano por ato praticado em razão do ofício;

¹³ Acrescentou ao artigo 100, inciso I, do CPC de 1973, novas regras de competência para ações de família em geral, incluindo, a ação para reconhecimento e dissolução de união estável.



3.10 Para as ações previstas nos incisos IV e V do artigo 53 do NPCP

É competente o foro do lugar do ato ou fato para a ação de reparação de dano.

É competente o foro do lugar do ato ou fato para a ação em que for réu administrador ou gestor de negócios alheios.

É competente o foro de domicílio do autor ou do local do fato, para a ação de reparação de dano sofrido em razão de delito ou acidente de veículos, inclusive aeronaves.

4 Da Modificação da Competência

4.1 Considerações iniciais

Modificar a competência significa deslocar a competência para processar e julgar a demanda do juízo originariamente competente, para outro juízo em virtude da lei (conexão e continência), de convenção das partes (negócio jurídico de eleição de foro) e vontade unilateral do réu (não arguição de incompetência relativa).¹⁴

Assim, a modificação da competência, ou a prorrogação, como afirma Fredie Didier, ocorre “quando se amplia a esfera de competência de um órgão judiciário para conhecer certas causas que não estariam, ordinariamente, compreendidas em suas atribuições jurisdicionais”.¹⁵

4.2 Não alegação da incompetência relativa

A incompetência relativa continuou sendo ônus do réu a sua arguição. Contudo, não mais pela via de exceção ritual, mas como preliminar de contestação (NPCP, art. 337, inciso II e art. 64). Não alegada, pelo réu, em sua preliminar de contestação a incompetência relativa, prorroga-se a competência para o juízo

14 DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p.226.

15 DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p.197.



onde foi distribuída a demanda, passando a ser o competente para a causa (NCPC, art. 65. O novo código acrescentou no Parágrafo único do artigo 65, a legitimidade do Ministério Público argüir a incompetência relativa, nas causas em que atuar como fiscal da ordem jurídica.

4.3 Conexão e continência

A competência relativa poderá modificar-se pela conexão ou pela continência (NCPC, art. 54).

Ocorre a conexão entre 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir (NCPC, art. 55). Os processos de ações conexas serão reunidos para decisão conjunta, salvo se um deles já houver sido sentenciado (§ 1º).¹⁶

A conexão poderá ocorrer entre ação de execução de título extrajudicial e a ação de conhecimento relativa ao mesmo ato jurídico e entre as execuções fundadas no mesmo título executivo. (§ 2º, I e II).

A reunião de processos para julgamento conjunto também ocorrerá mesmo quando não houver conexão, quando os julgamentos em separado deles, possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias. (§ 3º).

Haverá continência entre 2 (duas) ou mais ações quando entre elas houver identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o pedido de uma, por ser mais amplo, abrange o das demais (NCPC, art. 56). Quando houver continência e a ação continente tiver sido proposta anteriormente, no processo relativo à ação contida será proferida sentença sem resolução de mérito, caso contrário, as ações serão necessariamente reunidas (NCPC, art. 57).

A reunião das ações propostas em separado, para julgamento conjunto, em face de conexão, continência ou risco de decisões contraditórias, far-se-á no juízo prevento, onde serão decididas simultaneamente, sendo este o competente para o julgamento em conjunto das ações.

O juízo prevento será aquele onde ocorreu em primeiro lugar o registro, caso no foro tenha juízo único de competência cível ou em razão da matéria ou onde

¹⁶ Não houve nenhuma alteração acerca dos conceitos de conexão e continência.

ocorrer primeiro a distribuição, na hipótese de haver mais de um juízo competente (NCPC, Art. 59).

Se a demanda tiver como objeto imóvel situado em mais de um Estado, comarca, seção ou subseção judiciária, a competência territorial do juízo prevento estender-se-á sobre a totalidade do bem (NCPC, art. 60).

A competência para julgar a ação acessória será do juízo competente para a ação principal.

4.4 Do foro de eleição

Por ser absoluta, a competência determinada em razão da matéria, da pessoa ou da função é inderrogável por convenção das partes, ou seja, não pode ser modificada pela eleição de foro (NCPC, art. 62). Em se tratando de competência relativa, conforme artigo 63 do NCPC, as partes podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde será proposta ação oriunda de direitos e obrigações.

Para a produção do efeito da modificação da competência, é necessário que a eleição de foro seja feito em instrumento escrito e aludir expressamente a determinado negócio jurídico (§ 1º). O foro eleito contratualmente os herdeiros e sucessores das partes (§ 2º).¹⁷

O juiz pode controlar, de ofício, a legalidade da eleição de foro, quando a mesmo for abusiva em relação ao réu. Assim, antes da citação, se entender que o foro eleito trouxe excessiva desvantagem ao réu, considerando-a abusiva, o juiz pode declará-la ineficaz e, determinará a remessa dos autos ao juízo do foro de domicílio do réu (§ 3º). Após a citação, cabe ao réu alegar a abusividade da cláusula de eleição de foro na contestação, sob pena de preclusão (§ 4º).

17 Cf. DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 227. “anote-se, ainda, que não há óbice à eleição de mais de um foro pelas partes contratantes. Pense-se no exemplo da eleição de dois foros contratuais: um para a hipótese de ser parte autora o contratante “A” e outro para o caso de o demandante ser o contratante “B”. Nada impede, ainda, que, em um mesmo negócio jurídico, haja a eleição do foro e a convenção de arbitragem; nesse caso, o foro de eleição servirá para identificação do juízo competente para futura execução da sentença arbitral ou para a demanda para efetivação de medidas urgentes, hipóteses que fogem da competência do juízo arbitral.”



4.5 Da intervenção do ente federal

A nova lei trouxe regras específicas para a hipótese de intervenção de entes federais em demandas que tramitam na justiça estadual. Assim, pelo artigo 45 do NCPC, “tramitando o processo perante outro juízo, os autos serão remetidos ao juízo federal competente se nele intervier a União, suas empresas públicas, entidades autárquicas e fundações, ou conselho de fiscalização de atividade profissional, na qualidade de parte ou de terceiro interveniente”. Por se tratar de incompetência absoluta, o juiz, verificando que é parte os entes federais listados no artigo 45 da nova lei, deve, de ofício, declarar-se incompetente e remeter os autos ao juízo federal competente. Mesma atitude deve tomar se o ente federal vier aos autos na condição de terceiro interveniente.

Essa regra, porém, não se aplica nas ações de recuperação judicial, falência, insolvência civil e acidente de trabalho e nas ações sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho.

Havendo cumulação de pedidos e parte deles a apreciação seja de competência do juízo perante o qual foi proposta a ação o juiz não remeterá os autos à justiça federal. Nessa hipótese, o juiz, ao não admitir a cumulação de pedidos em razão da incompetência para apreciar qualquer deles, não examinará o mérito daquele em que exista interesse da União, de suas entidades autárquicas ou de suas empresas públicas, ante a sua incompetência absoluta (§§ 1º e 2º do art. 45 do NCPC).

5 Da Incompetência

Tanto a incompetência, absoluta como a relativa, deverá ser alegada pelo réu como questão preliminar de contestação (art. 64). A incompetência absoluta, entretanto, se não alegada como preliminar de contestação, poderá ser alegada em qualquer tempo e grau de jurisdição, devendo, inclusive ser declarada de ofício pelo juiz, na omissão do réu. Em relação à incompetência relativa, porém, o juiz não poderá declará-la de ofício, cabendo ao réu arguí-la em preliminar de contestação, sob pena de prorrogação da competência (art. 65). O Ministério Público também tem legitimidade para argüir a incompetência relativa nas causas em que atuar (Parágrafo Único, do art. 65).



O julgamento do pedido de declaração de incompetência absoluta ou relativa, quando formulado em preliminar de contestação, deve ser apreciado antes de qualquer outro ato processual, devendo o juiz, intimar a parte autora para responder aos termos do pedido de incompetência e em seguida decidirá imediatamente (§ 2º). Sendo acolhido o pedido de declaração de incompetência, os autos serão remetidos ao juízo competente (§ 3º).

As decisões proferidas pelo juiz incompetente, antes da declaração de incompetência (relativo ou absoluta) conservarão os seus efeitos até que outra seja proferida, se for o caso, pelo juízo competente, salvo se na declaração de incompetência o próprio juiz declare a ineficácia das decisões anteriores (§ 4º).

Conclusão

A Lei nº 13.105 sancionada em 16 de março de 2015 instituiu o novo Código de Processo Civil que, em razão da *vatio legis* de um ano, entrará em vigor em 17 de março de 2016, trouxe mudanças significativas em relação à atual sistemática. Houve manutenção de algumas regras do CPC de 1973, mas trouxe algumas inovações visando uma maior celeridade processual e maior efetividade na prestação jurisdicional.

Como novidade podemos citar o instituto da conexão poderá ocorrer entre ação de execução de título extrajudicial e a ação de conhecimento relativa ao mesmo ato jurídico e entre as execuções fundadas no mesmo título executivo (NCPC, art. 55, § 2º, I e II). Outra novidade cinge-se na possibilidade de reunião de autos de processos não conexos para julgamento em conjunto, sempre que existir risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias, caso sejam julgadas separadamente (NCPC, art. 55, § 3º). Também veio em boa hora uma definição mais clara para a determinação do juízo prevento, que passa a ser aquele para o qual ocorreu primeiro o registro ou a distribuição do feito (NCPC, art. 59), excluindo esse efeito do ato de citação.



Referências

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, 786p.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Teoria Geral do Processo Civil**. 5. ed. rev. e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009. 318p.

BRASIL. Lei nº 13.105 de 16.03.2015.

BRASIL. Lei nº 5.869 de 11.01.1973.

Referência do artigo

COSTA, José Raimundo dos Santos. A competência no novo Código de Processo Civil. Abordagem técnica sobre as inovações introduzidas pela Lei nº 13.105 de 16.03.2015. **Revista da ESMape**, Recife, v. 20, n. 41, p. 99-112, jan./jun. 2015.

O direito de danos na perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro: delimitação para a construção dos paradoxos decorrentes de uma evolução necessária

Marcelo Marques Cabral

Juiz de Direito. Professor da Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco (EJUD-TJPE).

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

Resumo

Através de breves considerações, o presente artigo voltou-se a estudar a evolução do instituto da responsabilidade civil, a enumeração de novos paradigmas e de alguns paradoxos decorrentes do direito pós-moderno, a ensejar e propiciar a

mudança vernacular do termo "responsabilidade civil" para o termo "direito de danos".

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Direito de danos. Evolução. Paradigmas. Paradoxos.

Abstract

Through brief remarks, this article turned to study the evolution of the liability institute, the list of new paradigms and some paradoxes arising from the post-modern law, give rise and provide the vernacular change

of the term "liability" for the term "right to damages."

Keywords: Civil liability. Right to damages. Evolution. Paradigms. Paradoxes.

1 Do porquê da nomenclatura: direito de danos

A justiça se diz em dois sentidos: como conformidade ao direito (*jus*, em latim) e como igualdade ou proporção. 'Não é justo', diz a criança que tem menos que as outras, ou menos do que julga lhe caber; e dirá a mesma coisa o seu amiguinho que trapaceia – nem que seja para restabelecer uma igualdade entre eles –, nem respeitando as regras, escritas ou não-escritas, do

jogo que os une ou os opõe. Do mesmo modo, os adultos julgarão injustas tanto as diferenças demasiado gritante das riquezas (é nesse sentido que se fala sobretudo de justiça social) quanto a transgressão da lei (que a justiça, isto é, no caso, a instituição judiciária, terá de conhecer e julgar). O justo, inversamente, será aquele que não viola os interesses legítimos de outrem, nem o direito (em geral) nem os direitos (dos particulares), em suma, aquele que só fica com a sua parte dos bens, explica Aristóteles, e com toda a sua parte dos males. 'A justiça situa-se inteira neste duplo respeito, à *legalidade*, na Cidade, e à *igualdade* entre os indivíduos: O Justo é o que é conforme a lei e o que respeita a igualdade, e o injusto o que é contrário à lei e o que falta com a igualdade'¹.

A Constituição da República Federativa brasileira consagrou como valor fundamental do Estado Democrático de Direito, a Justiça² e, ao mesmo tempo, lançou-a como meta a ser perseguida; logo, passou a ser concebida como valor, antes demais nada, para só depois, traduzir-se em fim primordial do Estado Constitucional e, essa justiça como valor, engendra um conceito dotado de conteúdo, não expressado simplesmente pela vontade do soberano, esteja esse soberano legitimado democraticamente ou não.

Não importa, pois, a expressão da vontade da lei traduzida meramente pela vontade do poder pelo poder, mas sim do poder democraticamente constituído sob o pálio da legitimação assente na liberdade positiva do cidadão, contrária á liberdade negativa ou de distanciação, como se consagrou entre os modernos, no dizer de Canotilho³.

Após as atrocidades cometidas durante a segunda grande guerra mundial, o direito se envolveu em um processo de "despositivação", em decorrência do inexplicável cumprimento cego das determinações do Estado meramente legislativo de direito, plasmado sob o ponto de vista filosófico do positivismo jurídico.

Passa a se galgar o homem, não aquele ensimesmado, para o núcleo dos desideratos do poder e a Constituição para o núcleo do ordenamento jurídico, redundando na primazia da dignidade da pessoa e na funcionalização do direito infracons-

1 COMTE-SPONVILLE, André. *Pequeno tratado das grandes virtudes*. Trad. de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 71 e 72.

2 "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em assembléia nacional constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL" (Preâmbulo da Constituição de 1988).

3 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, p. 99.

titucional pela cosmovisão do direito como uma ciência interdisciplinar que deve ser interpretado multifacetariamente à luz da Lei mais elevada do ordenamento. A análise, então, de temas correlatos como os de sociologia, antropologia, filosofia moral etc, passa a ser primordial para o perfazimento da Justiça e do próprio Direito.

Do constitucionalismo, como movimento tipicamente liberal de limitação do poder, nasce e se desenvolve o neoconstitucionalismo (novo constitucionalismo), cujo marco filosófico se deu com o pós-positivismo jurídico, a partir do surgimento da constituição de Bonn, em 1949, e com a criação do Tribunal Constitucional Federal alemão, em 1951⁴, seus marcos históricos.

A lei Maior do país passa a ser a fonte primária das demais leis, dotada de uma força normativa que deverá ser traduzida pela “vontade de constituição”⁵ de todo aquele que se encontra exercendo o poder em nome do povo, mas também dos cidadãos, os quais devem respeitá-la e fazer uso e exercício dos anseios da axiologia constitucional. É ela, destarte, uma carta política que exprime, sim, os ideais da mola propulsora que a inspirou, o poder constituinte originário, mas também uma norma jurídica com uma “força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado”⁶.

Interagindo o sistema jurídico de cima para baixo, em círculos de interação constitucional, é de conclusão truística o fato de que o direito que envolve a responsabilidade civil daquele que ao seu semelhante causou danos, também sofre os influxos dessa mesma interação.

O Código Civil deixa de ser o único diploma de direito que ousa disciplinar as relações particulares e passa a ser coadjuvante para essa finalidade, lavando-se em consideração a primazia da carta constitucional. O Direito Civil, desde logo, passa a ser cotejado constitucionalmente, humanizando as relações entre entes particulares, a fim de se atingir a sua plena funcionalização condensada pelo princípio da dignidade da pessoa humana e capilarizada através de seus diversos institutos.

4 BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 247/250.

5 Para Konrad Hesse, a vontade de constituição se traduz na compreensão e necessidade de uma ordem normativa inquebrantável para proteger o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme e na compreensão de que a ordem deve se encontrar sempre em processo de legitimação, não podendo tal ordem normativa lograr eficazmente sem o concurso da vontade humana, isso porque todos os homens estão convocados a darem conformação à vida do Estado, assumindo e resolvendo as tarefas por ele colocadas (HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 20 e 21).

6 *Ibidem*, p. 11.

É sob esse viés que o termo “responsabilidade civil” deve perder forças para a incorporação de um termo mais relacionado com a preocupação central do ordenamento constitucional quanto ao instituto da responsabilidade civil, que é justamente a preocupação com o seu fundamento central, o dano, e com a sua raiz antropológica, a vítima, tendo-se por escopo primordial o fato de que todo o dano seja, de fato, reparado.

A consagração da nomenclatura tradicional revela a nítida preocupação da doutrina do individualismo jurídico para com o autor do dano, considerando que o termo responsabilidade advém de verbo responder e, portanto, é respaldado no dever jurídico de reparação, dever este que é imposto, não ao vitimado, mas sim ao agente ativo da conduta danosa. Assim, ao se analisar a responsabilidade de alguém, até que intuitivamente, volta-se a atenção para aquele que tem o dever jurídico, procedendo-se a um processo de empatia com o autor da ação danosa.

Por outro lado, tratando-se o dever de reparar sob o enfoque da vítima e do próprio dano, a nomenclatura do instituto tende a se acoplar constitucionalmente com a construção do termo “direito de danos”. Logo, a reparação deixa de ser primordialmente o dever, embora não o deixe de ser, para se pré-figurar em um direito por parte do vitimado, o que determina a mudança de enfoque por parte do observador, seja este doutrinador ou juiz.

Retrocedendo ao pensamento de Comte-Sponville, citado logo acima, a Justiça é uma virtude da moral e o justo é aquele que não ofende a interesses legítimos de outrem e nem a lei.

A justiça, nesse sentido, deve imperar também para o direito posto como valor supremo de um povo e o direito tem como função fazer imperar a lei e os interesses legítimos; dessa forma, não só os direitos subjetivos propriamente ditos de um cidadão frente ao outro.

A justiça decorrente do direito de danos é aquela que se preocupa essencialmente com a reparação das conseqüências decorrentes da lesão a direitos ou interesses jurídicos tutelados pelo ordenamento pátrio, a partir da construção de modelos que primem pela realização existencial do ser humano em todas as suas vicissitudes enquanto tal, cuja finalidade prática se resume a se tentar, ao máximo, recompor o estado anterior ao dano, pois, como enfatizou Maria Celina Bodin de Moraes,

...importa ressaltar que a responsabilidade civil tem hoje, reconhecidamente, um propósito novo: deslocou-se o eixo da obrigação do ofensor de responder por suas culpas para o direito da vítima de ter reparadas as suas perdas. Assim, o foco, antes posto na figura do ofensor, em especial na comprovação de sua falta, direcionou-se à pessoa da vítima, seus sentimentos, suas dores e percalços⁷.

Trata-se da aplicação pura e simples do paradigma construído desde os romanos: *honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere*⁸.

2 Da responsabilidade civil. Enquadramento geral

É clássico o conceito apresentado por R Savatier para a responsabilidade Civil, segundo o qual seria “o dever – obrigação – que incumbiria a alguém de reparar um dano causado a outrem por um fato seu, pelo fato das pessoas ou das coisas dele dependentes⁹”.

A responsabilidade civil redundaria no ato de “responder” por um dano.

Nesse diapasão, diante do conceito clássico, já muito criticado por autores de escol¹⁰, a responsabilidade civil consistia em um “dever” de “reparar” um dano atribuído a alguém, entretanto este dever poderia ser atribuído ao próprio devedor – autor do dano – ou a terceiros, quando responsáveis por fato de outra pessoa ou de coisa dele dependente.

Mas, o que e quem seria de fato responsável?

Tal conceito redundou em embates doutrinários, pois, para os irmãos Mazeaud, responsável seria a pessoa que deveria reparar um prejuízo, uma vez que a definição de Josserand, para estes, seria demasiadamente ampla, envolvendo como responsável também uma pessoa suportadora, em definitivo, de um

7 MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2007, p. 12.

8 Viver honestamente, não causar danos, dar a cada um o que é seu.

9 SAVATIER, René. *Trate de la responsabilité civile en droit français*. 10. ed. Paris: Ledj, 1951, v. I, nº 1.

10 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 7.

No mesmo sentido Aguiar Dias cita as críticas dos Mazeaud, para os quais Josserand formulou conceito demasiadamente amplo, capaz de caracterizar como responsável a própria vítima quando causadora de um dano a si mesma. Entretanto, pecaram por utilizar o mesmo vocábulo a ser definido, já que a “responsabilidade” consistiria em responder (DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Belfor Dias. – Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 23).

dano. Portanto, no conceito mais restrito, toda definição de responsabilidade civil deve se referir a duas pessoas, supondo um conflito que tenha se estabelecido entre elas¹¹.

Tal argumento expendido pelos Mazeaud refletia, segundo José de Aguiar Dias, o fundamento na culpa que queriam emprestar ao dever de reparar, todavia, mesmo nesse terreno, tal censura perderia valor caso se considerasse a culpa não como fundamento, mas sim como fonte do dever de reparar. Culpa e risco, seriam, em resumo, títulos, modos, ou casos de responsabilidade¹².

Sérgio Cavalieri Filho, com apoio em Arnaldo Wald, doutrina que para Larenz 'a responsabilidade seria a sombra da obrigação', não se confundindo com a obrigação que a ensejou¹³.

A obrigação seria, então, o momento necessário pretérito ao surgimento da responsabilidade, a qual tão somente existiria caso existisse violação da obrigação principal, originária, primária; configurando-se a responsabilidade civil como uma obrigação secundária, decorrente da violação de uma obrigação primária.

Para San Tiago Dantas o conceito de responsabilidade civil teria realmente esteio quando tal se fundamentasse na conduta culposa do causador do dano. Destarte, sendo a responsabilidade civil uma obrigação sucessiva, decorrente da violação da obrigação originária, caracterizada pela lesão a dever jurídico anterior, por outro lado, quando tivesse por fundamento o risco, não existiria necessariamente responsabilidade, justamente pela falta da violação originária. O que existiria, em verdade, segundo ele, seria um dever jurídico originário, uma obrigação, não uma responsabilidade, criada pela lei para distribuir os ônus da reparação civil¹⁴.

11 MAZEAUD, Henri y Léon. TUNC, André. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delctual y contractual*. Trad. de Alcalá-Zamora y Castillo, de la 5ª ed. Francesa, Tomo I, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, p. 2 e 3 "...Así pues, no puede admitirse, por ser demasiado amplia, la definición de la responsabilidad en los términos de la cual 'una persona es responsable siempre que soporta en definitiva un daño'. Toda definición de la responsabilidad debe enfrentar a dos personas; supone necesariamente un conflicto que se alza entre ellas...".

12 DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Belfor Dias. – Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 22. A conclusão de Aguiar dias é extraída da própria confissão de Mazeaud et Mazeaud, pois, segundo estes, os partidários de uma concepção restrita mostram-se mais exigentes para obrigar a alguém reparar um dano causado. *Ibidem*, p. 3.

13 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 24 e 25.

14 DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. Vol. II. Rio de Janeiro: Rio, 1978, p. 46.



Tal conotação conceitual foge das premissas da sociedade hodierna, como bem adverte Aguiar Dias, considerando que “a idéia do ressarcimento prima sobre a da responsabilidade¹⁵”.

A conclusão mais elementar que se pode extrair de todo esse arcabouço doutrinário-conceitual é o fato de que o termo “responsabilidade civil” se resta, por demais, superado, máxime quando o interesse pela reparação de danos cresceu na mesma medida do crescimento da causação dos próprios danos ao homem, fazendo exsurgir a necessidade de reparação dos danos oriundos de causas etiológicas completamente distintas, ou seja, desde a reparação com fundamento na culpa, passando pela reparação com fundamento na teoria do risco, com ou sem possibilidade de alegação de fatores excludentes de nexos causal para aquele que estivesse a exercer atividades consideradas perigosas, até à reparação com fundamento em um fato lícito, apoiada na equidade legislativa, a qual muitas vezes entende que, embora lícito o dano, afigura-se injusto, passível de reparação.

De prêmio, é fácil se concluir que a responsabilidade civil tida como um dever atribuído a alguém, indicado pelo ordenamento como responsável, de reparar prejuízos, embora não se tenha teoricamente violado qualquer obrigação originária, seja por incapacidade civil, seja por não ter realizado a conduta elementar de suporte fático normativo culposo, seja ainda por não ter sequer dado causa ao dano, como nas hipóteses de atribuição de dever de reparar por imputação transubjetiva, nos moldes dos artigos 932 e 933 do Código Civil do Brasil, apresenta-se demasiadamente defasada sob o ponto de vista da teoria geral do “Direito de Danos”, uma vez que não explica com profundidade e exatidão científicas os novos fenômenos reparatórios existentes numa sociedade de riscos como a atual.

Como referido alhures, a colocação da vítima e do dano no centro das atenções dos estudiosos do “Direito de Danos”, reflete uma mudança de paradigmas desde a modulação do conceito do instituto em análise até o enfrentamento de questões relativas a multiplicidades de eventos danosos passíveis de reparação, ao combate do oportunismo reparatório e às tendências resultantes de uma aplicação mais rigorosa da cláusula genérica de responsabilidade civil objetiva – prevista na última parte do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil – a abarcar o exame do dever de reparar precedentemente ao exame da atribuíbilidade do próprio nexos causal, do risco decorrente do exercício de uma determinada ati-

15 DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Belfor Dias. – Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 23 e 24.

vidade e da culpa, como fatores de imputação de responsabilização, conforme instigado por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, na sua magistral tese de livre docência apresentada à Faculdade de Direito de São Paulo, publicada sob o título: “responsabilidade pressuposta” pela editora Del Rey¹⁶.

3 Conseqüências dos novos paradigmas para os pressupostos e fundamentos da responsabilidade civil

A nova roupagem conferida à responsabilidade civil gerou conseqüências profundas no instituto.

O dano, por exemplo, passou a ser configurado como elemento nuclear da responsabilidade civil, fundamento (fonte) primordial do dever de reparar, exacerbando a função compensatória do direito civil sobre uma suposta função punitiva, própria do direito penal, que se preocupa essencialmente com a ilicitude culposa da conduta e, por conseguinte, com a sua reprovação moral. Dessa maneira, o princípio que ganhou relevo foi o da reparação integral do dano (art. 944 do C.C), exigindo-se a máxima e integral proteção da pessoa da vítima, galgada ao centro das atenções do “Direito de Danos”, tornando menos relevantes, para a projeção do dever de reparar, considerações que leve em conta a conduta do ofensor.

A partir desse contexto dado ao dano e à sua reparação, concebeu-se a evolução dos conceitos imbricados no juízo reparatório. Assim, da culpa como fundamento único da reparação civil, passou-se para o risco, como fundamento do dever de reparar quando o dano decorresse do exercício de uma atividade indutora de riscos aos diretos de outrem; sem se esquecer da própria transfiguração do conceito integral de culpa em artifícios que, na verdade, tentavam mascarar a própria idéia de risco, a exemplo das presunções absolutas de culpa, da culpa na guarda, da culpa preexistente, etc., conforme visualizou Alvino Lima¹⁷.

Da mesma forma, o fundamento da evolução das fontes do dever de reparar, da culpa ao risco, deixou de se apoiar apenas na constatação da evolução da tecnologia ocorrida ao longo do século XX e das dificuldades probatórias pela quais passa-

16 Aqui será citado o resumo da obra publicada como artigo jurídico na homenagem realizada ao professor Ricardo Pereira Lira, pela editora Renovar, sob o título: “Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamentos e paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade”. In: TEPEDINO, Gustavo. FACHIN, Luiz Edson (org.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira de Lira, Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2008.

17 LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 327.



ria a vítima para ser ressarcida, num sistema voltado à responsabilização subjetiva do agente, para se apoiar também e, mais decisivamente, na superação de dogmas do individualismo jurídico, superação esta regida pela diretiva da igualdade substancial, já que a culpa, enquanto elemento da responsabilidade civil não mais se harmonizava com o novo modelo de justiça baseado na igualdade, e não somente na liberdade¹⁸. Reconduzir, então, ao máximo, a vítima ao estado anterior do dano passaria a ser um imperativo de justiça em busca do restabelecimento da igualdade substancial existente entre as partes envolvidas no evento danoso.

Quanto à classificação da responsabilidade civil, também ganhou relevo a nova roupagem, uma vez que o dano, como fonte e elemento central do direito, não se coaduna com a existência, cientificamente irrelevante, de uma responsabilidade civil contratual e outra extracontratual. Portanto, o dano, seja contratual ou não, enseja sempre o dever de reparar, salvo as hipóteses de exclusão previstas pelo ordenamento jurídico, não se justificando tratamentos diferenciados para vítimas de danos em situações ontologicamente semelhantes.

Aliás, não são o descumprimento contratual e o obrar em desacordo com o cuidado e a cautela que induzem o dever de reparar, mas sim o dano, porque o simples descumprimento da obrigação originária, por si só, nada diz em termos de responsabilidade civil, porquanto o inadimplemento não é a verdadeira fonte do dever de indenizar, “não sendo protagonista, mas sim mero sucedâneo da obrigação originária, nascida do contrato”¹⁹.

De mais a mais, a ilicitude culposa da conduta deixou de ser a fonte exclusiva do dever de reparar, assim como a culpa deixou de ser fundamento único da ilicitude, em decorrência da própria preocupação central do Direito com o dano e a sua reparação. Com isso, variados ilícitos surgem fora da concepção clássica de culpa, apergaminhados numa espécie de culpa social do sujeito que realizou o ato ensejador do dano. O ato ilícito, nesse tom, passou a se configurar pela contrariedade ao ordenamento como um todo, que repudia atuações desfuncionalizadas e descompassadas com os limites impostos pela boa-fé objetiva, pelos bons costumes e pela função social e econômica do direito. Trata-se da ilicitude no modo de exercício de um direito,²⁰ a configurar casos de abuso de direito. Ade-

18 Essa é a opinião de Roger Silva Aguiar (*Responsabilidade civil. A culpa, o risco e o medo*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 22-26 e 32-38).

19 EHRHARDT JR, Marcos. Em busca de uma teoria geral da responsabilidade civil. In _____ EHRHARDT JR, Marcos (Coord.). *Os dez anos do código civil. Evolução e perspectivas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 345.

20 MARTINS COSTA, Judith. *Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé objetiva*. In _____; DELGADO, Mário Luiz. ALVES, Jones Figueiredo. (Coords.). *Novo código civil. Questões controvertidas. Parte geral do código civil. Série grandes temas do direito privado – Vol. 6*. São Paulo: Método, 2007, p. 517.

mais, o fato lícito pode desencadear o dever reparatório desde que o dano dele resultante se afigure injusto pelo ordenamento jurídico.

Por fim, o direito de danos não se coaduna com uma espécie de responsabilização punitiva, característica essa própria do direito punitivo; entretanto, nada obsta, como se vem aplicando no dia a dia dos tribunais brasileiros, que se atribua uma função educativa à reparação civil, isto no sentido mais amplo de punição, apenas, levando-se em consideração que de há muito a responsabilidade civil relegou ao direito penal a função propriamente punitiva e reprovadora da conduta do homem, preocupando-se com o dano e seu ressarcimento.

3.1 O dano e a sua reparação. A constatação do primeiro paradoxo decorrente da mudança de enfoque e perspectivas

O dano é um dos elementos objetivos da responsabilidade civil. Assim, de fato, sem dano inexistente dever de reparar²¹, ao contrário do que ocorre com outros elementos, como culpa e nexos causal; a existência de dano indenizável é pressuposto indispensável à configuração do dever de reparar. Nas precisas ponderações de Jorge Mosset Iturraspe, *"el daño es presupuesto central de la responsabilidad civil; de ahí que puede hablarse de un 'Derecho de Daños' o de una 'responsabilidad por daños', al referirse a ella"*²².

A noção de dano é trazida pelo Código Civil argentino que, em seu art. 1.068, preceitua: *"Habrá daño siempre que se causare a outro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades"*²³. Tal definição, contudo, sofre severas críticas da doutrina argentina por conceber uma noção restrita de dano que não leva em consideração a lesão a interesses da pessoa suficientemente estáveis e certos, desde que legítimos²⁴.

21 Não se deve olvidar que a doutrina atualmente já vem admitindo a responsabilidade civil mesmo que na ausência de dano comprovado em situações excepcionais a exemplo da reparação das situações decorrentes da perda de uma chance nas hipóteses de não interrupção do processo aleatório (como a perda de uma chance de cura de um mal ou de se evitar o processo de morte, nos casos médicos) e de situações decorrentes da responsabilidade civil por criação de risco. Em todos esses casos não se trabalha com a ideia de dano e não se repara o dano como elemento certo e atual do dever de reparar. Na perda de uma chance nos casos referidos, o dano decorrente da morte não se repara, caso contrário não se estaria diante de um caso de perda de uma chance e, igualmente, na responsabilidade pela criação de riscos inexistente dano a ser reparado, mas uma forte probabilidade desse acontecimento futuro, por isso se estabelecer um convencimento do valor da reparação reduzido, tendo-se por perspectiva a reparação do dano em si, caso este viesse a ocorrer e as probabilidades de seu acontecimento. (Ver, sobre o tema: SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2012).

22 MOSSET ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidad por daños*. Tomo I. Parte general. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni Editores, 1998, p. 251.

23 *Código Civil*. Buenos Aires: Ediciones del Pais, 2011.

24 MOSSET ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidad por daños*. Tomo I. Parte general. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni Editores, 1998, p. 256.

Zanoni, por seu turno, salienta que todo dano pode ser ressarcido pecuniariamente, porém a noção de dano transcende os confins dos prejuízos suscetíveis de apreciação pecuniária, podendo se traduzir, direta ou indiretamente, em menoscabo de valores econômicos, ou não, quando o prejuízo não atinge a esfera patrimonial da vítima, tratando-se do dano moral²⁵.

Para Geneviève Viney e Patrice Jourdain, na França, o prejuízo é considerado uma lesão a um interesse (*le préjudice est la lésion d'un intérêt*²⁶), todavia, não costumam esses autores distinguir as expressões “prejuízo” e “dano”, uma vez que “a responsabilidade civil tem por objeto a reparação das conseqüências de um atentado a uma pessoa ou a um bem, quer se chame este atentado de prejuízo ou de dano”²⁷, afigurando-se de maior importância a centralidade do dano na responsabilidade civil, enquanto condição do dever de reparar.

Dano, hodiernamente, é prejuízo de ordem patrimonial ou não patrimonial.

A distinção entre dano e prejuízo, porém, remonta ao direito romano, para o qual o dano seria o fato, podendo ser reparado apenas *in natura*, e o prejuízo seria a conseqüência danosa, podendo ser reparado pelo equivalente monetário. Tais, distinções, destarte, segundo Viney e Jourdain, foram abandonadas, há muito, pela linguagem jurídica²⁸.

No Brasil, autores clássicos como Orlando Gomes, atribuíam papel de menor importância ao dano como elemento do ato ilícito culposo, inexistindo ilicitude do ato sem dano, sendo este o elemento objetivo da ilicitude, e a culpa, seu elemento subjetivo, ligados por uma relação de causalidade²⁹. Dessa forma, sem dano não haveria ato ilícito, pois, a ilicitude se tornaria irrelevante.

O dano seria uma faceta da ilicitude e elemento integrativo seu, ligado necessariamente a uma análise de reprovação moral de uma conduta, isso porque a responsabilidade civil, nessas situações, ligava-se à ilicitude subjetiva do ato e, sem dano, não existiria fato ilícito. Por outro lado, sem ilicitude de conduta, mas havendo dano reparável, o fato que o originou deixaria de ser ilícito e passaria a ser apenas danoso (fato danoso).

25 ZANNONI, Eduardo A. *El daño en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Ástrea, 2005, p. 45/47.

26 VINEY, Geneviève. JOURDAIN, Patrice. *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*. 3ª ed. Paris: LGDJ, 2006, p. 15.

27 *Ibidem*, p. 4.

28 *Ibidem*.

29 GOMES, Orlando. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 60, 63 e 64.

Tal entendimento redundava na irreparabilidade de danos não decorrentes de fatos ilícitos propriamente ditos, ou ilícitos no sentido estrito, ou seja, daqueles decorrentes de culpa.

Atualmente, com o avanço da responsabilidade civil fundada no risco³⁰, o dano deixa de ser apenas um simples elemento da ilicitude e passa a ser elemento central do próprio dever de reparar, considerando que existem fatos ilícitos, em sentido mais amplo, sem que haja necessariamente dano, assim como também existe dano passível de reparação independentemente da ilicitude culposa da conduta.

Nesse contexto, dano e ato ilícito culposo não guardam uma relação de necessidade, surgindo variadas espécies de danos que se afiguram passíveis de reparação, donde começar a assumir relevo o termo “dano injusto”.

O art. 2.043 do Código Civil italiano³¹ gerou uma gama de controvérsias acerca da denominação ao preconizar que: “qualquer fato doloso ou culposo, que cause a outro um dano injusto, obriga aquele que o houver praticado a ressarcir o dano”.

Guido Alpa doutrina que o conjunto de interesses merecedores de tutela se enquadra na cláusula geral do dano injusto, previsto no art. 2.043, formando um sistema atípico e aberto³². Porém, alguns doutrinadores italianos, a exemplo de Adriano de Cupis, entendiam que tão somente se deveria ressarcir o dano antijurídico, sem embargo da jurisprudência do Tribunal de Cassação se inclinar por uma noção mais ampla³³.

O enfoque conferido ao dano injusto por Guido Alpa amplia a noção de dano reparável para abarcá-lo como aquele decorrente de lesão a quaisquer interesses tutelados constitucionalmente, desde que, quando comparado àquele do ofensor, seja mais merecedor de tutela, *in verbis*:

...Attualmente, si propone di intendere l'espressione ingiustizia del danno com riferimento ai principi costituzionali: è danno ingiusto la lesione qualsiasi

30 Para Viney e Jourdain os partidários da responsabilidade subjetiva atribuem um papel secundário ao dano, enquanto que os partidários da responsabilidade civil objetiva, atribuem ao dano um papel mais relevante, principal (VINEY, Geneviève. JOURDAIN, Patrice. *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*. 3ª ed. Paris: LGDJ, p. 4).

31 *Código Civile e Leggi Complementari*. Santarcangelo di Romagna: Maggioli Editore, 2012: (“*Risarcimento per fatto illecito*. Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che há comesso il fatto a risarcire il danno”).

32 ALPA, Guido. *Manuale di diritto privato*. Padova: CEDAM, 2011, p. 841.

33 ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidad por daños*. Tomo I. Parte general. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni Editores, 1998, p. 253 e 255.

*interesse direttamente tutelato della Costituzione (diritto allá salute, diritto di propriet ), qualsiasi interesse espressamente tutelato della legge e, ancora, qualsiasi interesse che, comparato con quello del danneggiante, risulta maggiormente meritevole di tutela*³⁴.

Em Portugal, o termo “dano injusto” foi referido, pela primeira vez, no artigo 28 do Decreto n  32.171, de 29 de julho de 1942, que veio disciplinar a responsabilidade civil do médico.

Segundo Antunes Varela, o recurso do Decreto ao termo se deu pela estreiteza no conceito usado na legisla o civil quanto ao termo “dano ilícito”, ligado   no o de viola o a direito subjetivo, por haver muitos interesses – quer no domínio do direito privado, quer no do direito público – cuja lesão deve ser indenizada, apesar do seu titular não ser propriamente sujeito de direito subjetivo, merecendo críticas por colocar o acento t nico da ilicitude sobre o efeito da conduta (o dano) e não sobre o fato (a conduta em si mesma considerada)³⁵.

Sem embargo das respeitáveis críticas que boa parte da doutrina européia revelou, a designa o vem ganhando importância, e o dano será considerado injusto “quando, mesmo que decorrente de conduta l cita³⁶, afetando aspecto fundamental da dignidade humana, não for razoável, ponderados os interesses contrapostos, que a vítima dele permaneça irressarcida³⁷”; isso quer dizer, então, que o dano se avulta de importância, e não se avilta, a partir de uma constru o interpretativa constitucional da responsabilidade civil, a qual confere primazia   sua repara o, em toda   sua extensão e aspectos, desde que se configure “injusto”, no caso concreto, a vítima suportá-lo considerada, por outro lado, a tutela do interesse jurídico do autor do dano consistente na lesão.

O primeiro paradoxo decorrente da constru o doutrinária atual   justamente o de se enfrentar o problema do excesso de a oes de indeniza o, mais particularmente com rela o ao dano moral, a fim de se evitar a promiscuidade das indeniza oes e o avultamento da indústria dos danos não patrimoniais e, ao mesmo tempo, não deixar de se reparar les oes a bens e interesses jurídicos concretamente mercedores de tutela pelo ordenamento jurídico nacional.

34 ALPA, Guido. *Manuale di diritto privato*. Padova: CEDAM, 2011, p. 823 e 824.

35 VARELA, João de Matos Antunes. *Das obriga oes em geral*. Vol. I. 10 ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 530/532.

36 A exemplo dos arts. 188, inc. II C/C arts. 929 e 930 do Código Civil brasileiro.

37 MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos   pessoa humana*. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2007, p. 179.

Nesse cenário, desenvolvem-se ações de reparação de variadas matizes, como ações fundadas em insólitos pedidos de reparação por constatação de inseto, ou de outros corpos estranhos, em recipientes de sucos e refrigerantes; por cobrança indevida, embora não vexatória; por rompimento de namoro, até aquelas fundadas em pedidos mais consistentes, como decorrentes da perda de ente querido; do dano à honra; do dano corporal; do dano estético, etc.

A resolução prática dessas questões é geralmente concretizada com base no bom senso. Contudo, questões há mais intrincadas que se espreitam à zona cinzenta existente entre o ponderável e o não ponderável.

No Brasil, aparentemente, Anderson Schreiber³⁸ iniciou uma solução para o paradoxo, embora, ao que tudo indica a dinâmica dos fatos sociais, não definitiva, ao conceituar o dano indenizável como sendo aquele que lesiona, não abstratamente, porém concretamente, interesse jurídico relevante e, por isso merecedor de tutela, observado à luz da ponderação que deve ser efetivada no caso concreto pelo Juiz, conflitando o interesse da vítima, supostamente merecedor de tutela, com o interesse lesivo do autor do fato danoso. A partir de então, postas as ponderações nos eixos, chega-se à conclusão de qual o interesse deva prevalecer.

A ponderação concreta dos interesses em jogo, como doutrina Schreiber, só tem razão na análise de reparação de danos em casos de responsabilidade civil objetiva, já que nas hipóteses de responsabilidade subjetiva, a ponderação teria sido realizada pelo próprio legislador ao considerar a conduta lesiva ilícita porque evitada de culpa.

De qualquer maneira, deixando-se tal ponderação ao exame do Magistrado no caso concreto, sobreleva a sua discricionariedade que se contextualiza dentro de uma dada sociedade.

38 SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 3ª ed. São Paulo: atlas, 2011, p. 187/191.



4.2 Responsabilidade contratual e extracontratual. Razões para uma unificação e a constatação do segundo paradoxo decorrente da mudança de enfoque e perspectivas

É clássica a subdivisão da responsabilidade civil em contratual e extracontratual, não obstante a tendência, em vários países, como por exemplo, no direito argentino, da unificação dos conceitos para a fórmula subsumida na expressão “direitos de danos” ou “responsabilidade por danos”, sendo “*muy fuerte el movimiento unificador de los âmbitos de responsabilidad civil. Lo demuestran las recomendaciones de congresos y jornadas*” conforme anotam Iturraspe e Piedecasas³⁹.

Segundo Álvaro Villaça Azevedo⁴⁰ a chamada responsabilidade contratual se situa no âmbito da inexecução obrigacional do contrato; já a chamada responsabilidade extracontratual se posiciona no inadimplemento obrigacional normativo.

No dizer de Henri e Léon Mazeaud⁴¹ “*no existe diferencia fundamental entre los dos ordens de responsabilidades: su estudio depende del de las fuentes y de los efectos de las obligaciones*”. Assim, as regras concernentes à responsabilidade contratual, segundo eles, foram trazidas pelos redatores do Código Civil francês no capítulo consagrado aos efeitos das obrigações convencionais, enquanto que as da responsabilidade extracontratual, ou delitual, no título denominado “*de las obligaciones que se forman sin convención*”, no capítulo II que trata “*de los delitos y cuasidelitos*”, existindo um vínculo de direito que ligam as partes na responsabilidade obrigacional e inexistindo esse vínculo, na responsabilidade extracontratual.

Antunes Varela é quem melhor conceitua os termos das duas variantes da responsabilidade civil, iniciando uma primeira discussão. Para ele, a responsabilidade extracontratual decorre da violação de deveres gerais de abstenção, omissão ou não ingerência, correspondentes aos direitos absolutos; enquanto que a responsabilidade contratual é resultante do não cumprimento lato sensu dos deveres relativos próprios das obrigações, incluindo os deveres acessórios de conduta⁴².

39 ITURRASPE, Jorge Mosset. PIEDECASAS, Miguel A. *Responsabilidad contractual*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2007, p. 45 e 46.

40 AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 244.

41 MAZEAUD, Henri y Léon. TUNC, André. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Trad. de Alcalá-Zamora y Castillo, de la 5ª ed. Francesa, Tomo I, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, p. 115 e 116.

42 VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Vol. I. 10 ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 521 e 522.

A primeira discussão se situa na conveniência semântica de se utilizar os termos: “contratual” e “extracontratual”, isso porque os danos derivados do incumprimento contratual somente podem ser entendidos em um sentido amplo, envolvendo o incumprimento de contrato ou qualquer negócio jurídico, por isso mais apropriada a expressão, “responsabilidade negocial” e, por conseqüência, “responsabilidade extranegocial”.

De qualquer maneira, os termos “negociais” e “extranegociais” afiguram-se inapropriados, porque pode surgir dever reparatório extranegocial não obstante exista relação jurídica negocial entre as partes, como por exemplo uma negativação nos cadastros de proteção ao crédito decorrente de dívida adimplida pelo devedor.

Ora, nessas situações, inexistente descumprimento contratual por parte do agente causador do dano, mas apenas a falta de cuidado genérico na conduta que ensejou a inscrição do nome do devedor em cadastros de inadimplentes de comércio sem a devida atenção. Assim, pode parecer aos mais desatentos que se devem aplicar os corolários da responsabilidade civil contratual numa ação de reparação de danos desse fato decorrente, caso saia o consumidor, por hipótese, vencedor, inclusive quanto ao termo inicial de incidência de juros, correção monetária, aplicação de prazos prescricionais, etc.

Por outro lado, a aplicação pura e simples de mudança nos vernáculos não soluciona muitas contradições que podem existir na práxis judicial.

Marcos Ehrhardt Jr, com um esclarecedor exemplo, aponta um dos problemas decorrentes da adoção da classificação bipartida da responsabilidade civil, nos moldes ora combatido.

Dessa maneira, imagine-se a seguinte situação hipotética: Uma empresa de transporte de cargas foi contratada por uma empresa de engenharia para fazer transporte de equipamentos para um determinado canteiro de obras, todavia, no percurso, o motorista da transportadora deu causa a um acidente vindo atingir fisicamente um funcionário da empresa de engenharia que estava fiscalizando e acompanhando todo o transporte; mas não só! Também atingiu terceira pessoa que se encontrava andando pela rua, local do acidente.

A responsabilidade civil para a hipótese do empregado da empresa de engenharia seria contratual, donde se aplicar o termo inicial de incidência



de juros moratórios a partir da citação; enquanto que, quanto aos danos provocados no terceiro, transeunte, aplicar-se-iam as regras decorrentes do estabelecimento da natureza extracontratual da reparação, sendo aplicável o termo inicial da incidência desses juros a partir da data do evento danoso, na conformidade do enunciado da súmula 54 do STJ. Em suma, diante de situações bem idênticas, o terceiro se restaria beneficiado pelo emprego da distinção e dicotomia⁴³.

O referido articulista aponta, e com assaz razão, uma verdadeira vantagem para o terceiro em relação ao passageiro, funcionário da empresa de engenharia, considerando que não é de ser aplicado na hipótese ilustrativa o CDC, isso porque nada justifica um tratamento diferenciado para vítimas de um mesmo evento que se enquadram perfeitamente em uma situação de igualdade.

O segundo paradoxo, pois, consiste na necessidade de se mudar a nomenclatura para “Direito de Danos” e, ao mesmo tempo, toda a sistemática referente aos regimes de prazos prescricionais, de incidência de juros, correção monetária, etc, e, ainda, sistematizar todas as matérias subjacentes, sem oportunização legal para tanto. A mudança de enfoque, por si só, já demandaria uma mudança na própria estrutura legal do próprio instituto, a divisar uma oportuna codificação própria e específica para o mesmo.

Enquanto isso, deve o juiz solucionar as antinomias do sistema de acordo com o que nortear os vetores constitucionais de proteção às vítimas em relação aos danos, visando imprimir, casuisticamente, soluções humanizadoras e coerentes com o termo ora defendido, na pretensão de funcionalizar o próprio sistema.

43 EHRHARDT JR, Marcos. Em busca de uma teoria geral da responsabilidade civil. In _____ EHRHARDT JR, Marcos (Coord.). *Os dez anos do código civil. Evolução e perspectivas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 352 e 353.

4.3 Responsabilidade civil e antinomias decorrentes das espécies novas de atos ilícitos e de atos lícitos danosos. A impossibilidade técnica de se empregar o termo clássico para a reparação dos danos oriundos de ilicitude impropriamente dita e da licitude de conduta. O terceiro paradoxo

Hodiernamente o dever de reparação de um dano, sem a menor sombra de dúvidas, pode se originar de danos decorrentes de condutas que não são ilícitas, sob o ponto de vista culposo, e até de condutas lícitas, ou seja, aquelas justificadas pelo ordenamento jurídico.

Segundo Pontes de Miranda existem mais atos ilícitos ou contrários a direitos que os atos ilícitos de que provém o dever de indenizar; da mesma forma que existem obrigações de indenizar sem ilicitude do ato ou de conduta, seria para ele a ilicitude juridicizante, ou seja, aquela que traria repercussão na órbita do direito quando: determinadora da entrada do suporte fático no mundo jurídico para a irradiação da sua eficácia responsabilizadora (art. 159, atual art. 186); determinadora para a perda de um direito, pretensão ou ação (caducidade com culpa, como se observa com a perda do pátrio poder (art. 395 do Código revogado e Código Penal, arts. 92, II, 136, 244 e 246, e.g.); quando infratora culposa de deveres, obrigações, ações ou exceções, como acontece com toda a responsabilidade culposa contratual, ou quando nulificante (art. 145, inc. I do Código de 1916)⁴⁴.

O professor Silvio Neves Baptista⁴⁵, seguindo a orientação pontiana, fundamenta os danos de acordo com a classificação dos atos que os ensejam. Assim, o ato ilícito no sentido estrito, ou ato ilícito *stricto sensu*, seria aquele ato violador da regra jurídica com culpa (dolo, negligência, imprudência ou imperícia); o fato ilícito *stricto sensu* seria aquele que se caracteriza pela existência de obrigação de reparar mesmo diante de caso fortuito ou força maior, “em que a culpa não ingressa como elemento configurativo da responsabilidade civil”, como acontece nas hipóteses do possuidor de má-fé; do devedor em mora; do procurador que substabelece os poderes outorgados, não obstante a proibição contratual, mesmo que o prejuízo resulte de caso fortuito (art. 667, § 1º), etc; por sua vez, o ato-fato ilícito seria aquele ato que não foi querido pelo agente ou, mesmo se querido, a vontade do agente se

44 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Parte geral: bens, fatos jurídicos. In: _____. *Tratado de direito privado*. Atual. Por Wilson Rodrigues Alves. Capinas: Bookseller, 2000. v. 2, p. 241.

45 BAPTISTA, Silvio Neves. *Teoria geral do dano*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 50-56.



apresenta irrelevante para o ordenamento, dado “que a ação entra para o mundo jurídico como um simples fato, resultando deste fato a sua eficácia”, nessa hipótese se incluem, segundo o professor, a responsabilidade civil fundada na teoria do risco. Por fim, o fato lícito, gerador do dano lícito, impõe o dever de indenizar mesmo quando a violação do bem seja permitida pelo ordenamento jurídico, a exemplo do dever de reparar nas circunstâncias do art. 188, inc. II C/C ou art. 929 do Código. Neste último caso, trata-se de uma espécie de ato-fato, ou melhor, de um ato-fato jurídico indenizativo, segundo Marcos Bernardes de Melo⁴⁶.

Sintetizando, o dever de reparar, segundo o atual ordenamento jurídico nacional e a mais abalizada doutrina sobre o assunto, pode se originar de uma ilicitude no sentido mais restrito, também denominada comumente de ilicitude subjetiva, aqui denominada de ilicitude propriamente dita, nos casos de sua caracterização por atuação culposa do agente causador do dano (C.C art. 186), e de uma ilicitude no seu sentido mais amplo, comumente denominada de ilicitude objetiva, ou aqui denominada de ilicitude não propriamente dita, considerando o surgimento do dever de reparar decorrente de um fato ilícito *stricto sensu*, de um ato-fato ilícito (parágrafo único do art. 927 do C.C) e de um ato-fato caracterizador do abuso de direito (C.C art. 187).

São ilícitos impróprios os atos desencadeantes de danos, em cuja ação de reparação o Juiz não avalia erro de conduta ou violação do dever de cuidado. Trata-se de imposição do dever de indenizar, ou de reparar, que leva em consideração apenas a relação de imputação estabelecida entre o exercício da atividade de risco danosa e o seu conseqüente resultado, independentemente da avaliação de aspectos volitivos do sujeito danificador.

Nessas situações, o dever de reparar decorre de imposição de lei, e a vontade do sujeito, no aspecto de identificação do responsável pela indenização, é totalmente desconsiderada por ela. Pressupõe-se, destarte, a imputação da obrigação reparatória, sem necessariamente haver ilicitude culposa; logo, o responsável será o que deu causa ao dano, porém sem que necessariamente tenha obrado com culpa.

Outra espécie de ilicitude imprópria é aquela decorrente do ato consistente no abuso de direito, que ingressa no rol dos ilícitos funcionais⁴⁷, e tanto se trata de

46 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico – plano da existência*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.135.

47 BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Codificação ou interpretação. Os efeitos possíveis dos ilícitos civis. In _____ EHRHARDT JR, Marcos (Coord.). *Os dez anos do código civil. Evolução e perspectivas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 352 e 353.



ilícito que o Código Civil, expressa e taxativamente, classifica-o dessa forma quando inicia a redação do artigo 187 ao preceituar que “*também comete ato ilícito...*”.

Sem embargo de um uma espécie de exercício de direito ser legitimado pelo ordenamento e, por conseguinte, lícito na sua origem, passa a ser ilícito quanto ao modo de atuação do seu titular. Decorre do mau exercício de um direito, não consagrador, *a priori*, da violação direta da lei. É a “ilicitude no modo do exercício⁴⁸”. A violação aqui decorre da contrariedade ao ordenamento como um todo, podendo se verificar este ordenamento como um complexo de princípios, regras e modelos jurídicos derivados das fontes de produção de normatividade⁴⁹. Nesse sentido, passou-se a estabelecer diferenças entre as figuras da ilegalidade e da ilicitude, sendo esta um termo mais abrangente.

Alvino Lima, com apoio em Campion, aduz que no abuso de direito se configura uma “culpa social”, ou seja, uma “culpa que lesa diretamente a sociedade”, não havendo, nessa hipótese, apreciação de erro de conduta, bastando a lesão à coletividade no exercício de um direito, no que se baseia em um critério social. Diz ele: “O maior prejuízo social constitui o critério fixador do ato abusivo de direito⁵⁰”.

O ato lícito, nos termos do artigo 188, inciso II e artigos 929 e 930 do Código civil, é aquele que é justificado pelo ordenamento, mas, mesmo assim, induz o dever de reparar. É a situação daquele que deteriora ou destrói coisa alheia, ou lesiona alguém, a fim de remover perigo iminente⁵¹ e, mesmo assim agindo, contra ele subsiste o dever de indenizar, desde que o dono da coisa lesada ou a pessoa lesionada não sejam culpados do perigo.

Para a teoria clássica da responsabilidade civil ela só transparecia quando existisse concretamente violação a alguma obrigação originária, seja a obrigação de cumprimento de um determinado negócio jurídico, seja a obrigação de agir com cuidado e cautela⁵². Porém, o que dizer se o Juiz, diante de um caso concreto de imposição do dever de indenizar, independentemente da análise de culpa, não

48 MARTINS COSTA, Judith. *Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé objetiva*. In _____; DELGADO, Mário Luiz. ALVES, Jones Figueiredo. (Coords.). *Novo código civil. Questões controvertidas. Parte geral do código civil. Série grandes temas do direito privado* – Vol. 6. São Paulo: Método, 2007, p. 517.

49 *Ibidem*, p. 518.

50 LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.999, p. 256 e 257.

51 Não obstante a imperatividade dos dispositivos da lei civil, a indenização poderá ser reduzida nos moldes do que estabelece o artigo 944, em seu parágrafo único, como atesta o Desembargador Jones Figueiredo Alves (ALVES, Jones Figueiredo. DELGADO, Mário Luiz. *Código civil anotado*. São Paulo: Método, 2005, p. 120 e 121).

52 DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. Vol. II. Rio de Janeiro: Rio, 1978, p. 46.



deva avaliar a quebra da obrigação originária ou primária? Indo-se bem mais além, e se o Juiz, diante de um fato justificado pelo direito – por ter o danificador agido por estado de necessidade – mas, mesmo assim, a ele impõe o dever de reparar, também fica impedido de avaliar descumprimento da obrigação originária, até porque não houve, nessa hipótese, violação de direito qualquer? Não existe responsabilidade civil? Para a respeitável doutrina clássica a resposta é simples, incisiva e direta: não!

A construção clássica da responsabilidade civil não é destoada de razão ao remeter a análise do dever de reparação à perquirição da imputação, não só material, mas principalmente moral do dever de indenizar⁵³, isso porque no direito romano clássico a responsabilidade civil se resolvia pela vingança privada pelo simples inadimplemento, como doutrinou Wilson Melo da Silva, “de início, na aurora da civilização, todo o dano provocava, de imediato, a reação brutal por parte da vítima, sendo a culpa uma exigência da *lex aquilia*”⁵⁴.

Diante desse fato, a culpa surgia como uma necessidade para a evolução humanitária da própria responsabilidade civil. Entretanto, de regra humanizadora do direito, passou a ser regra reprodutora de injustiças reparatórias com o avanço das revoluções liberais e da tecnologia dos maquinários utilizados e desenvolvidos pelo homem. Os danos passaram a se produzir em largas e amplíssimas escalas com cada vez mais devastadores efeitos sobre ele.

Nesse novo horizonte, nasce a responsabilidade fundada no risco do desempenho das atividades desenvolvidas pelo ser humano, todavia, como observou Ripert, quando a teoria do risco faz a lei de responsabilidade derivar da lei de causalidade, destrói a idéia moral que seria a única, para ele, que poderia justificar a responsabilidade⁵⁶.

Sem imputação de ordem moral que sustentasse a repreensão da conduta do homem, portanto sem violação de dever jurídico preexistente, inexistiria responsabilidade civil.

53 SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa e socialização do risco*. Belo horizonte: Bernardo Aves S.A: 1962, p.37.

54 *Ibidem*, p. 41 e 41.

55 Também nesse sentido: ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Instituzioni di diritto romano*. Napoli: Casa Edritice Dotti; Eugenio Jovene, 1997, p. 159.

56 RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Trad. da 3. ed. francesa por Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2002, p. 216.

O enfoque mudou, assim como os olhares dos estudiosos e daqueles que julgam, passando o dano e a vítima a ganharem relevo na apreciação dos casos concretos de reparação de danos.

Eis, de logo, o terceiro paradoxo.

A expressão “Direito de Danos”, por não envolver a análise da solução reparatória sob a visão do autor do dano, resolve o inconveniente técnico de se impor responsabilidade sem violação de dever primário ou originário, pelo simples fato de existir dano e vítima, não sendo justo que esta sofra, sozinha, as consequências do ato de terceiros, sem que, ao menos, tenha contribuído para a sua eclosão.

O dever de reparar, no entanto, surge do dano, e não da conduta do ofensor, tendo o ofendido direito a ser reparado, caso o seu interesse jurídico violado, representado pela lesão ao seu patrimônio material ou existencial, seja merecedor de tutela em relação ao direito do autor do dano, consistente no interesse lesivo, no caso concreto.

4.4 Responsabilidade civil e indenização punitiva. Contradição entre os termos. A possível solução dada pelo “direito de danos” no ordenamento brasileiro. Dano moral e dano punitivo. O quarto paradoxo.

Como referido alhures, a responsabilização de alguém por um dano, anteriormente ao advento da lei aquilia para o direito romano, era objetiva, pois o que se visava era, antes, a punição da conduta contrária ao direito, portanto se imiscuíam as vicissitudes da seara penal com as da seara reparatória⁵⁷. Só a partir da legislação aquiliana é que se passou a atribuir o dever de indenizar através de uma espécie de imputação moral que se fazia sobre a conduta do causador do dano, sendo este anteriormente punido de acordo com a lei de Talião, “olho por olho, dente por dente”, prevista na lei das XII tábuas⁵⁸.

A partir desse divisor de águas – a *lex aquilia* – a imputação do dever de reparar passou a repousar sobre a ideia de justiça moral, pela análise da conduta de um

57 SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa e socialização do risco*. Belo horizonte: Bernardo Aves S.A: 1962, p.37.

58 TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. Direito das obrigações e responsabilidade civil. Vol. 2, São Paulo: Método, 2010, p. 306.

sujeito de acordo com a sua culpa para a eclosão do dano. Igualmente, a conduta consistia no centro da análise do processo responsabilizatório.

Com a evolução dos institutos, entretantes, foi se observando que o direito penal deveria cuidar da conduta faltosa de alguém para que se lhe impusesse uma pena na medida de sua culpabilidade. Assim, o direito punitivo sempre se preocupou com a reprovação social da conduta do criminoso, como forma de proteção dos interesses sociais como um todo, máxime com a prevenção de novos delitos; porém, mesmo com uma nítida divisão entre as esferas penal e civil, a ideia de culpa que permeava a reparação do dano na esfera civil, com nítida destinação de defender interesses particulares, continuou e ainda hoje continua persistindo.

Como referido anteriormente, “o Direito de Danos” que se está a construir, vem focando os olhares da doutrina e dos Juizes para a reparação plena e integral dos danos, esquecendo o aspecto psicológico-moral da conduta do ofensor, ao menos para o estabelecimento do dever de reparar e para a concessão do direito da vítima em ser reparada.

Insta notar que, não obstante toda essa sistemática voltada para o dano e sua reparação, a doutrina e a jurisprudência, aqui e alhures, insistem em defender a tese da responsabilidade civil punitiva, sobretudo quando se fala sobre reparabilidade do dano moral. E esse fato não é de causar estranheza, isso porque as consequências de lesão a interesses tutelados pela cláusula de valorização à dignidade da pessoa humana, prevista constitucionalmente, de fato, não pode vetorizar uma interpretação que não conduza à concretização das finalidades primordiais do direito, que são: a justiça, a paz social e o bem comum.

O último paradoxo sistematizado neste trabalho reside justamente em se admitir uma função puramente compensatória da responsabilidade civil, e mais particularmente do dano moral, consentânea com os novos paradigmas dos “Direitos de Danos” como, ao mesmo tempo, se impingir caráter punitivo ao dever de reparar, com a finalidade de coibir atos ilícitos dolosos ou fundados em grave culpa do ofensor, fazendo transparecer uma função preventiva, sem que se incentive a busca por indenizações milionárias que atrairiam os postulantes megalomaniacos.

No Brasil, André Gustavo de Andrade, Caroline Vaz, Sérgio Cavalieri Filho⁵⁹, entre outros, admitem uma função punitiva da responsabilidade civil, quiçá quando se entra em jogo as reparações por danos morais. Por outro lado, existem outros autores, desde os mais clássicos, Como Wilson Melo da Silva⁶⁰, até os mais renomados de hoje, a exemplo de Maria Celina Bodin de Moraes e Sérgio Savi, que se contrapõem a tal sentido.

Não há que se falar em pena civil, pois a pena sempre é pública e imposta de forma prévia, isto é, prevista legislativamente antes do fato delituoso, tornando um fato típico na ordem do direito penal.

O direito penal visa, antes de mais, a análise da conduta do sujeito, embora o crime possa não se consumir, punindo-se, destarte, a intenção e o início da execução sem dano; ao passo que o “Direito de Danos” se preocupa de forma prevalente e imediata com a solução reparatória, com vistas à recomposição do estado anterior ao dano.

No direito penal não se pode trabalhar pressupondo a comprovação de elementos subjetivos e normativos do tipo (dolo e culpa), por isso se apresentar impensável uma responsabilidade objetiva, ou sem culpa, nesse ramo.

Além do mais, mira-se a responsabilidade penal na pessoa do ofensor, enquanto que a responsabilidade civil, na vítima, e na extensão do prejuízo⁶¹.

Mesmo nos casos em que se obre com grave culpa ou dolo para prejudicar a outrem, o ofensor deve ter sua conduta adequada a um tipo penal, não servindo de argumento plausível o fato de o legislador penal ser mais moroso.

Quando a pessoa além de uma perda de caráter patrimonial, ainda aufere um dano pela intervenção ilícita de alguém em seus bens ou patrimônio, a responsabilidade civil tão somente se prestará para reincorporar as perdas decorrentes do dano e não dos prejuízos em sentido mais amplo, uma vez que para isso o ordenamento brasileiro tem antídoto específico que é o do enriquecimento sem causa, acoplado casuisticamente para cada hipótese concreta.

59 ANDRADE, André Gustavo de. *Dano moral e indenização punitiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 109. VAZ, Caroline. *Funções da responsabilidade civil – da reparação à dissuasão – dos punitivos damages no direito comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

60 SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1969, p.436 e 437; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2007; SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil e enriquecimento sem causa. O lucro da intervenção*. São Paulo Atlas, 2012.

61 SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1969, p. 437.



Mesmo em sede de reparação por danos extrapatrimoniais, a função pretensamente punitiva que se lhe querem atribuir, advém da sua aproximação com o seu conceito clássico ligado a fatores anímicos, como a dor e o sofrimento. Com isso, onde houver “mais dor”, ou sofrimento mais intenso, deve se aumentar a verba punitiva para castigar o ofensor.

René Savatier concebeu o conceito clássico de dano moral como sendo todo sofrimento humano não revelado por uma perda de caráter pecuniária, consistente em todo sofrimento físico, ou em uma dor moral, ou lesão à reputação, ao pudor, à segurança e tranqüilidade, ao amor próprio, nos aspectos de inteligência, nas afeições, assim:

“Nous entendons par dommage moral tout souffrance humaine ne résultant pas d’une perte pécuniaire. Les aspects en sont donc très variés. On peut réclamer, pour une souffrance physique, le *pretium doloris*. Plus souvent encore, la victime souffre d’une douleur morale, dans sa réputation, dans son autorité légitime, dans sa pudeur, dans sa sécurité et sa tranquillité, dans son amour-propre, dans l’intégrité de son intelligence, dans ses affections, etc.”⁶².

Ainda hoje autores renomados impregnam o conceito do dano moral de fatores anímicos ou psicológicos por parte da vítima.

Para o “Direito de Danos” não é a consequência que deve nortear a conceituação do termo, considerando que a dor e o sofrimento, sentimentos, aliás, bem subjetivos, nem sempre se encontram presentes, mesmo na existência de lesão a interesse ou direito existencial da pessoa humana.

De fato, há danos extrapatrimoniais sem que mesmo tenha havido dor, sofrimento ou humilhação; caso contrário, o juiz não deveria conceder reparação pecuniária àquele que sofreu de forma ilícita, por vinte vezes por exemplo, danos à sua honra e privacidade por inclusão indevida do seu nome nos órgãos de proteção ao crédito. É de se crer que, nessas situações, o homem já se tenha acostumado com a situação e passe auferir sérios aborrecimentos, mas não verdadeiramente uma dor ou um sofrimento.

Jorge Mosset Iturraspe advoga que mesmo se mantendo a denominação tradicional – “dano moral” – a existência de um tipo aberto de proteção aos direitos

62 SAVATIER, René. *Trate de la responsabilité civile en droit français*. 10. ed. Paris: Ledj, Vol. II, 1951, p. 92.

extrapatrimoniais na Argentina, leva ao reconhecimento dos danos à pessoa humana, independentemente da sua origem, com ou sem a presença de dor, já que o “preço da dor” sempre ensejou dificuldades em sua demonstração⁶³.

Sem embargo da célebre e importante versão clássica dos danos morais, o direito não se encontra, hoje, a tutelar apenas essa espécie de dano extrapatrimonial, mas também quaisquer deles que sejam uma decorrência de lesão a interesse jurídico, e não só a direito subjetivo propriamente dito, merecedor de tutela pelo ordenamento jurídico, levando-se em consideração, nessa avaliação, o vetor axiológico central do ordenamento constitucional que é o princípio da dignidade humana; daí surgindo as novas variáveis de danos consagradas sob a expressão “novos danos” os quais não se enquadram perfeitamente na moldura dos danos morais, a exemplo do dano estético e do dano à vida de relação.

O reconhecimento, pois, de novos danos extrapatrimoniais, mas que não podem ser configurados sob o rótulo tradicional, é exigência do novo “direito de danos” para dar cabal cumprimento ao princípio da reparação integral.

Ora, o conceito de dano extrapatrimonial, moral ou não, ligado a sentimentos bem subjetivos, não guarda mais conexão com a nova ordem reparatória constitucional e não se alinha à perspectiva constitucional da responsabilidade civil de hoje.

Nesse diapasão, abstraindo do conceito do dano extrapatrimonial elementos que digam respeito à dor ou ao sofrimento, é de conclusão categórica e inevitável, a de que a responsabilidade civil, quiçá por danos morais, não guarda relação com uma função punitiva no seu sentido mais restrito, pois, do contrário, a dor seria fator relevante para se estabelecer a verba punitiva (*an debeat*), não o seu *quantum*, o que na prática ocorre.

Por outro lado, há aqueles que advogam a tese da função punitiva da responsabilidade civil e dos danos morais. Em Portugal, Paula Meira Lourenço defende que a tese da responsabilidade civil punitiva, numa época onde se há maiores preocupações com o dano e o ressarcimento do lesado, apenas parece ser um anacronismo, pois, segundo a autora, a socialização do dano “agudiza” o interesse pela investigação de outras funções da responsabilidade civil, no interesse de se caracterizar a indenização como fator desestimulante à violação do direito, fazendo defluir dessa constatação que a prática de comportamento grave do lesante e

63 ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidad por daños*. T. V. El daño moral. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2007, p. 20.

a racionalidade puramente econômica que subjaz à atuação do dano permitem atribuir-se ao instituto uma função preventiva-sancionatória⁶⁴. No mesmo sentido, no Brasil, Yussef Said Cahali ensina que o direito moderno sublimou o caráter aflitivo da obrigação de reparar os danos causados a terceiros, sendo uma consequência civil da infração de conduta exigível⁶⁵.

Conforme ponderam, de forma acertada, Jones Figueiredo Alves e Mário Luiz Delgado, a função preventiva da responsabilidade civil é nota característica da evolução dos conceitos nela imbricados, evolução esta que adveio da sua conotação social, em virtude da multiplicação dos danos, em detrimento da sua clássica conotação individual, o que traduz a noção sociológica da responsabilidade civil, tendo os tribunais brasileiros adotado a teoria do desestímulo sem grandes e maiores impasses⁶⁶.

Maria Celina Bodin de Moraes contradiz esse caráter punitivo, defendendo a sua natureza puramente compensatória no direito dos países que adotam o *civil law* como regime, por representar a função punitiva “um grande incentivo à malícia”. Ao cabo do seu estudo, conclui que a função punitiva dos danos só se justificaria em casos ultrajantes ou em condições insultuosas em relação à consciência coletiva e de prática danosa reiterada, exigindo-se atuação específica do legislador⁶⁷.

O quarto e último paradoxo decorrente da análise do “Direito de Danos” na atualidade é justamente o de se conceber uma função puramente compensatória à reparação dos danos com enfoque totalmente voltado para o dano e sua vítima e, ao mesmo tempo, atribuir-lhe uma função punitiva, mudando o enfoque da reparação sobre o dano, para o ofensor e sua conduta; tanto é assim que para se punir mister se faz a análise pormenorizada da culpa, mesmo em sentido normativo, mas mais ainda em seu sentido subjetivo, como forma de castigar o autor da lesão não justificada, tornando maior o valor da indenização enquanto maior for o seu grau de culpa.

Como, então, solucionar as contradições em termos e a consequente *vexata quaestio*?

64 LOURENÇO, Paula Meira. *A função punitiva da responsabilidade civil*. Coimbra: Coimbra Editora, , 2006, p. 15.

65 CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011, p. 35.

66 ALVES, Jones Figueiredo. DELGADO, Mário Luiz. *Código civil anotado*. São Paulo: Método, 2005, p. 410.

67 MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro/ São Paulo/Recife: Renovar, 2007, p. 328e 330.

Ao se analisar o teor das sentenças e acórdãos proferidos pelos julgadores brasileiros, sobrepõe a importância que se confere às indenizações pedagógicas, e não às aquelas propriamente punitivas, até porque o sistema dos danos punitivos no Brasil não se coadunaria com a forma pela qual ele se reveste nos países respaldados no *common law*.

Nos Estados Unidos da América do Norte, mais particularmente, a análise das indenizações punitivas são destacadas da análise das reparações compensatórias no corpo dos julgamentos e representam cifras milionárias, no intuito mesmo de castigar o autor do dano reiterado ou malicioso, uma vez que “os *punitive damages* assumiam uma função punitiva de condutas infames, intoleráveis, humilhantes, vexatórias, agressivas, ou mesmo violentas”⁶⁸.

Será mesmo que no Brasil os Tribunais vêm fixando uma verdadeira indenização punitiva nos casos específicos dela ensejadoras noutros países? Por exemplo, a atribuição de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) ou de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) constitui sanção punitiva ao lesante, o qual de forma reiterada e indevida inscreveu o nome do consumidor nos cadastros de proteção ao crédito?

A resposta é desestimuladora! Um sonoro não.

O que se vem praticando no Brasil é na verdade uma função compensatória aliada à incorporação de fatores que denotam uma função apenas pedagógica, ou educativa. Portanto, punitiva só em um sentido muito amplo. E não é de se supor que todo efeito pedagógico atribuído a uma sanção é, necessariamente, punitivo. As sanções podem ser punitivas e pedagógicas sem que se confundam totalmente.

A esse argumento vêm em socorro as célebres lições de José de Oliveira Ascensão, para quem as várias espécies de sanções se distinguem uma da outra não por traços estruturais, mas sim pela função que desempenham, podendo ter finalidades diversas como a compulsória, a reconstitutiva, a compensatória, a preventiva e a punitiva.

Para o professor da Faculdade de Direito de Lisboa, a sanção compensatória se opera sempre através de uma indenização de danos sofridos visando à reintegração em uma dada situação. Ao passo que a sanção punitiva representa um

68 LOURENÇO. Paula Meira. *A função punitiva da responsabilidade civil*. Coimbra: Coimbra Editora, , 2006, p. 166.



sofrimento e uma reprovação para o infrator, de maneira simultânea, sendo espécies dessa sanção as sanções penais e civis. Quanto a estas últimas, que da mesma forma assumem função repressiva, confere a hipótese do afastamento do indigno de receber por sucessão⁶⁹.

Em conclusão, pode-se estabelecer como argumento mais adaptável para o direito brasileiro a atribuição das funções compensatórias e pedagógicas à responsabilidade civil, no que atine mais de perto aos danos morais, unindo a necessidade de se ressarcir todo o dano suportado pela vítima e em toda a sua extensão e perspectivas, à necessidade de se conceder à reparação civil um caráter pedagógico, com o escopo de se buscar o estabelecimento da paz social.

O tema ora proposto é desafiante, como desafiante é o estabelecer de diretrizes que possam se adaptar ao direito brasileiro e à evolução empreendida ao instituto da responsabilidade civil no cenário jurídico dos países que adotam o *civil Law*. De qualquer maneira, lançar luzes para uma reflexão mais aprofundada do tema, antes mesmo de se estabelecer soluções definitivas aos paradoxos encontrados, foi a proposta da presente humilde pesquisa.

5 Conclusões

A terminologia “responsabilidade civil” para designar a obrigação de se reparar um dano é clássica e usual entre os autores da doutrina do Direito Civil brasileiro e, de um modo geral, do Direito Civil europeu.

Não sobejam dúvidas da existência do dever de reparar para aquele que ocasiona dano a terceiro, e a responsabilidade civil constitui-se neste próprio dever. Entretanto, analisando sob o aspecto do princípio da reparação integral, olhado sob o enfoque conferido pelo princípio constitucional da dignidade humana, o dano passa a se configurar no elemento central da responsabilidade civil, fazendo exsurgir vários danos passíveis de reparação que antes eram relegados pelo ordenamento jurídico elaborado e sistematizado pelo Estado Liberal de Direito.

O termo “responsabilidade civil” fora cunhado para definir a obrigação de indenizar distanciada da responsabilidade penal, sob o império da Lei Aquilia, que

69 ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito. Introdução e teoria geral*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 65/74.

avaliava moralmente a conduta do causador do dano, para se lhe impingir o dever reparatório como uma sanção retributiva do mal ocasionado a outra pessoa. Formava-se, desde então, o substrato da responsabilidade civil subjetiva extracontratual, a qual se estendeu para o Código Civil Napoleônico e posteriormente para outros mais a exemplo do Código Civil brasileiro de 1916.

O aumento vertiginoso dos danos, produzidos em larga escala e em grandes intensidades, decorrentes de uma evolução/revolução tecnológica oriunda do progresso liberal, sobretudo, propiciou a criação de uma espécie de responsabilidade civil que não pautava as suas atenções sobre a conduta faltosa do autor do dano, antes a relegava, apoiando-se na teoria do risco, fazendo desmoronar o termo clássico até hoje empregado.

Ora, se clássica e teoricamente a responsabilidade civil é uma obrigação oriunda do descumprimento de outra obrigação, chamada de primária ou originária, ou seja, a obrigação de agir com cautela e de cumprir o contrato de modo a não causar dano, quando a obrigação de reparar se respaldava no dano apenas sem a análise do erro de conduta, inexistiria tecnicamente responsabilidade civil.

De fato, assiste inteira razão para os clássicos e eméritos doutrinadores que pensaram e pensam ainda nesse sentido, isso porque as reparações começaram a sobrepairar também sobre os danos decorrentes de fatos lícitos, a teor do que preceituam os atuais artigos 188, inc. II, 929 e 930 do Código Civil pátrio. Qual violação da lei ou do ordenamento jurídico exsurgiria de um fato justificado pelo mesmo ordenamento? Sem violação de conduta, seria de forçosa conclusão, inexistente responsabilidade civil.

A expressão “Direito de Danos” parece solucionar este primeiro paradoxo originário da evolução do instituto, uma vez que a análise do doutrinador e do Juiz, em um dado caso concreto, volta-se para o dano e para a vítima, no intuito de se lhe garantir o máximo possível a reparação integral de todos os danos oriundos de uma conduta ou atividade lesiva exercida pelo homem ou por uma empresa.

A vítima, pois, tem direitos, e, *prima facie*, não deveres, por isso o emprego da expressão “Direito de Danos” como termo mais adequado para explicar a análise e reparação dos agnominados “novos danos”. A análise parte, então, da “injustiça” do dano e não de sua ilicitude culposa.



Sobressaindo-se o dano como fonte primordial e elemento central do instituto, razões inexistem para justificar uma bipolarização da responsabilidade civil em “contratual” e em “extracontratual”. Entretanto, a terminologia bipartida tem amparo na legislação civil brasileira que fomenta tratamentos diversificados quanto ao termo inicial da incidência de juros e correção monetária sobre o montante da reparação/indenização e quanto aos prazos prescricionais, dependendo da sua espécie, fazendo com que surjam soluções desbaratadas para situações semelhantes.

Outro paradoxo surge quando ordenamento legal não confere soluções ajustadas para se evitar injustiças reparatorias, cabendo ao juiz, caso a caso, intermediar e procurar solucionar os casos de acordo com a justiça e a equidade que dele se espera em um Estado Constitucional de Direito.

De mais a mais, com a virtude do novo enfoque de se primar pela reparação completa e integral de todas as situações danosas, por outro lado, surgem as demandas irrelevantes e frívolas, abarrotando o Poder Judiciário e fomentando a indústria dos danos extrapatrimoniais, a caracterizar mais um paradoxo da evolução do instituto. Porém, caberá ao Magistrado uma análise rigorosa baseada em critérios de ponderação, a fim de estabelecer critérios concretos de confrontação dos interesses postos em jogo, isto é, fazendo confrontar os interesses da vítima com os interesses lesivos ensejadores do dano. Caso haja prevalência dos interesses da vítima, não se lhe parecendo justo que ela sofra com a ação danosa os prejuízos, existirá dano indenizável/reparável.

Enfim, o quarto paradoxo que surge necessariamente dessa análise, é o de conciliar as funções reparatorias e punitivas da responsabilidade civil atual, tornando-se impossível aparentemente se encontrar um remédio para tal questão tão intrincada.

Tratando-se de “Direito de Danos”, e não mais de “responsabilidade civil”, a função punitiva fica relegada exclusivamente ao Direito Penal, por ter este a missão que lhe é afeita por natureza da análise do comportamento e da culpa do causador do dano. Tanto é que em sede de direito punitivo não urge se invocar a responsabilidade objetiva. Ao revés, ao direito civil incumbe a preocupação com o dano e sua inteira e completa reparação.

Em contrapartida, não se pode deixar de levar em consideração que todo o Direito, e não só o “Direito de Danos”, máxime quando os seus postulados são fun-

dados em valores humanos decorrentes da instauração de um Estado de Direito Democrático, preocupa-se com o estabelecimento da paz social, revelando-se o instituto estudado como um ótimo recurso para se alcançar tal desiderato. Assim, não obstante a impossibilidade de se punir o ofensor pela prática do fato danoso, o “Direito de Danos” deve exercer uma função pedagógica, pois se reveste também de mecanismo de controle da instabilidade social, lançando mão da “teoria do desestímulo”, conclusão esta que se faz a partir de uma concepção de que as sanções civis podem ser compensatórias, preventivas e, nalguns casos, fora da responsabilidade civil, punitivas; não havendo como se gerar confusão semântica entre os termos sanção civil preventiva (pedagógica/educativa) e sanção civil punitiva no seu sentido estrito.

Diante desse cenário que se descortina, o valor pela reparação dos prejuízos extrapatrimoniais, em quaisquer de suas modalidades, deve primar em primeiro plano pela compensação do lesado e, ao depois, pelo efeito pedagógico, não podendo, por tais razões, alcançar patamares vultosos, e assim vêm se posicionando, mesmo que intuitivamente, a maioria dos tribunais e juízes brasileiros.

Bibliografia

AGUIAR, Roger Silva. *Responsabilidade civil. A culpa, o risco e o medo*. São Paulo: Atlas, 2011.

ALPA, Guido. *Manuale di diritto privato*. Padova: CEDAM, 2011.

ALVES, Jones Figueiredo. DELGADO, Mário Luiz. *Código civil anotado*. São Paulo: Método, 2005.

ANDRADE, André Gustavo de. *Dano moral e indenização punitiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Instituzioni di diritto romano*. Napoli: Casa Editrice Dotti; Eugenio Jovene, 1997.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito. Introdução e teoria geral*. Coimbra: Almedina, 2005.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2011.

BAPTISTA, Silvio Neves. *Teoria geral do dano*. São Paulo: Atlas, 2003.



BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Codificação ou interpretação. Os efeitos possíveis dos ilícitos civis. In _____ EHRHARDT JR, Marcos (Coord.). *Os dez anos do código civil. Evolução e perspectivas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p 357/390.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011.

COMTE-SPONVILLE, André. *Pequeno tratado das grandes virtudes*. Trad. de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fonte, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros, 2003.

DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. Vol. II. Rio de Janeiro: Rio, 1978.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Belfor Dias. – Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

EHRHARDT JR, Marcos. Em busca de uma teoria geral da responsabilidade civil. In _____ EHRHARDT JR, Marcos (Coord.). *Os dez anos do código civil. Evolução e perspectivas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 325/356.

GOMES, Orlando. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamentos e paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade". In: TEPE-DINO, Gustavo. FACHIN, Luiz Edson (org.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira de Lira, Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2008, p 797/825.

ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidad por daños*. Tomo I. Parte general. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni Editores, 1998.

_____. *Responsabilidad por daños*. Tomo V. El daño moral. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2007.

ITURRASPE, Jorge Mosset. PIEDECASAS, Miguel A. *Responsabilidad contractual*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2007.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LOURENÇO, Paula Meira. *A função punitiva da responsabilidade civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

MARTINS COSTA, Judith. *Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé objetiva*. In _____; DELGADO, Mário Luiz. ALVES, Jones Figueiredo.(Coords.). *Novo código civil. Questões controvertidas. Parte geral do código civil*. Série grandes temas do direito privado – Vol. 6. São Paulo: Método, p. 505-54.

MAZEAUD, Henri y Léon. TUNC, André. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delctual y contractual*. Trad. de L Alcalá-Zamora y Castillo, de la 5ª ed. Francesa, Tomo I, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Parte geral: bens, fatos jurídicos. In: _____. *Tratado de direito privado*. Atual. Por Vilson Rodrigues Alves. Capinas: Bookseller, 2000. v. 2.

RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Trad. da 3. ed. francesa por Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2002.

SAVATIER, René. *Trate de la responsabilité civil en droit français*. 10. ed. Paris: Ledj, Vol. I, 1951, nº 1.

_____. *Trate de la responsabilité civil en droit français*. 10. ed. Paris: Ledj, Vol. II, 1951.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 3ª ed. São Paulo: atlas, 2011.

SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1969.



_____. *Responsabilidade sem culpa e socialização do risco*. Belo Horizonte: Bernardo Alves S.A, 1962.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. Direito das obrigações e responsabilidade civil. Vol. 2, São Paulo: Método, 2010.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Vol. I. 10 ed. Coimbra: Almedina, 2012.

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

VINEY, Geneviève. JOURDAIN, Patrice. *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*. 3ª ed. Paris: LGDJ, 2006.

ZANNONI, Eduardo A. *El daño en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Ástrea, 2005.

Referência do artigo

CABRAL, Marcelo Marques. O direito de danos na perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro: delimitação para a construção dos paradoxos decorrentes de uma evolução necessária. **Revista da ESMape**, Recife, v. 20, n. 41, p. 113-148, jan./jun. 2015.

A empatia como aporte para a Justiça (Restaurativa)

Mariana Tavares

Psicóloga. Especialista em Direitos Humanos. Grupo de Pesquisa em Justiça Restaurativa – UFPE.

Marcelo L. Pelizzoli

Doutor em Filosofia. Pós-doutor em Bioética. Prof. do Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Coord. do Espaço de Diálogo e Reparação.

Resumo

Trata-se aqui da demonstração da centralidade da empatia e seu exercício diante dos conflitos humanos, a qual pode ser levada a cabo por meio de uma justiça de molde restaurativo, na busca por realizar o escopo maior da cultura de paz e dos Direitos Humanos. É preciso evidenciar a importância desta dimensão restau-

rativa para a sociedade, tanto quanto entender o seu fim último como sendo a consolidação da Justiça calcada na empatia antes que na dimensão apenas retributiva e vingativa.

Palavras-chave: Empatia. Justiça Restaurativa. Resolução de Conflitos.

Abstract

Here is a demonstration of the centrality of empathy and its practice in dealing with human conflict, that can be achieved by use of the restorative justice model, aiming for the larger scope of the Culture of Peace and Human Rights. The importance of the restorative dimension must be highlighted

to the society, understanding its ultimate objective as being the consolidation of Justice based on empathy instead of mere retribution and vengeance.

Keywords: Restorative Justice. Conflict Resolution.



Introdução

Dimensões como a *empatia*¹, que é um dos componentes básicos do equilíbrio emocional, é responsável pela capacidade dos seres humanos de poderem afeiçoar-se, compreender-se mutuamente e de acatar os sentimentos alheios. A empatia é um importante pré-requisito para que uma pessoa possa estabelecer relacionamentos sociais de uma maneira saudável, tanto no lar como nos ambientes de trabalho, de lazer e de convívio social (BERGMAN, 2001). Portanto, pensar e fazer valer a eficácia da Justiça, tanto quanto dos Direitos Humanos e da Cultura de Paz que lhe dão fundamento último, passa necessariamente pelo resgate da empatia e de valores de conexão social, dimensões estas centrais para as formas de resolução de conflitos humanos, em especial das chamadas práticas restaurativas ou justiça restaurativa. Buscaremos encadear aqui a importância da empatia no âmbito dos conflitos² e, conseqüentemente, das práticas restaurativas, na medida em que tomamos estas como o ápice da resolução de conflitos. Entendemos aqui por resolução de conflitos um campo amplo de filosofias e práticas que visam a compreensão, o manejo e tipos de solução para conflitos negativos em especial. A chamada Justiça Restaurativa é a dimensão especial neste caminho, contando com tipos diferentes de práticas restaurativas, com crescente recomendação e ação dentro não apenas da Justiça, mas do âmbito educacional e práticas socio-culturais. Consideramos que hoje, as práticas restaurativas bem como as formas de resolução de conflitos (baseadas na empatia) são essenciais para a construção da pacificação e do resgate do equilíbrio social perdido (PELIZZOLI, 2012 e 2008).

1 Conflito, mediação e Justiça restaurativa

O convívio humano é um fenômeno que por suas características singulares é capaz de gerar conflitos de toda ordem. São acidentes de trânsito, perturbações do silêncio e da ordem pública, desrespeito aos direitos do consumidor, discus-

1 "O termo empatia originou-se da palavra alemã "einfühlung", cujo significado, no contexto da teoria da estética do século XIX, referia-se a uma projeção da predisposição interna de um observador, em resposta à percepção de um objeto estético. A palavra em alemão foi traduzido para o inglês por Titchener, com o nome de "empathy" significando que seria possível conhecer a consciência de outra pessoa, através da imitação interior ou esforço da mente [...] Outro significado da palavra "einfühlung" foi proposto por Lipps, em 1903, onde a percepção de um gesto emocional emitido por alguém ativa diretamente a mesma emoção no observador, sem a interferência de rotulação, associação ou tomada de perspectiva [...] Desde então, a empatia tem sido objeto de estudo da psicologia nas áreas evolutiva, social, da personalidade e clínica [...]" (FALCONE *et al*, 2008, p. 321).

2 "A mediação de conflitos não se dá à margem dos princípios jurídicos. Os valores jurídicos mais próximos, mais vinculados à mediação de conflitos, são os que consubstanciam os Direitos Humanos. Uma visita a esses princípios fundamentais, constitucionais e internacionais é requisito necessário à formação de mediadores. Do ponto de vista do direito, os princípios são as normas que fundamentam a criação e a aplicação de todas as demais normas do ordenamento jurídico" (VASCONCELOS, 2008, p.53).



sões e brigas entre vizinhos ou familiares, distribuição de bens e renda desigual, dentre muitos outros (VASCONCELOS, 2008).

Os conflitos aparecem quando as pessoas decidem o que querem, estabelecem suas posições e vão à luta para defendê-las. Ele é um elemento, um fato inerente à vida do homem: assim como existe o “ciclo da vida”, existe o “ciclo do conflito” [...] Por isso ele pode ser dividido em fases, são elas: o conflito latente, a iniciação, a busca de equilíbrio de poder, o equilíbrio de poder e a ruptura do equilíbrio [...] (SPLENGER E SPLENGER NETO, 2012, p. 50)

No entanto, o conflito não pode ser visto apenas pelo seu lado negativo. É quase impossível o convívio em sociedade no qual todas as pessoas vivam consensualmente. E isso ocorre porque existem expectativas, percepções, experiências existenciais e desejos personalíssimos em cada uma das fases da vida. Quando se analisa o conflito interpessoal é possível apreender três aspectos que interagem mutuamente. O primeiro deles é o aspecto relacional, aquele composto pelos valores, sentimentos, crenças e expectativas dos conflitantes. O segundo aspecto é o objetivo em que são vistos tanto o interesse objetivo como o interesse material que está envolvido na disputa, bem como, toda a trama que é tecida pela própria dinâmica que resulta do aspecto relacional e do aspecto objetivo. (VASCONCELOS, 2008).

A relação interpessoal apoia-se na premissa que existem, pelo menos, duas pessoas que vivenciam alguma forma de relacionamento, em que valores, sentimentos, expectativas e crenças estão em um jogo de interação. É de suma importância considerar o componente psicológico da relação para poder lidar com o conflito. A comunicação é um fator que pode ora facilitar ora comprometer as formas de condução do conflito (VASCONCELOS, 2008). Já o problema objetivo considera que o conflito interpessoal está calcado numa razão objetiva, material e, portanto, concreta. Por sua vez, essa materialidade, tanto pode se expressar em interesses ou necessidades reprimidas e/ou conflituosas, como por meio de outras condições estruturais, em que a identificação correta do problema objetivo é o pressuposto de uma abordagem anterior e necessária dos aspectos da relação interpessoal (VASCONCELOS, 2008). Em terceiro, a trama ou processo, que em sua expressão denota as contradições entre o conflito na relação interpessoal e as necessidades contrariadas, as estruturas e os interesses, quer sejam eles declarados ou não. É aqui que as perguntas: Como foi? Onde foi? Por que ocorreu? Quando e em que circunstâncias? Quais as responsabilidades de cada uma das partes envolvidas? Quais as estruturas, interesses ou necessidades que estão em

jogo? Precisam ser encaradas e respondidas por todas as partes conflitantes (VAS-CONCELOS, 2008).

De acordo com Slakmon, De Vitto e Pinto (2005) muitas dessas situações conflituosas podem ser apaziguadas exemplarmente por meio da justiça restaurativa³, aquela que é alicerçada em um procedimento consensual, no qual as partes envolvidas – vítima e infrator – e, em muitas situações, outras pessoas ou grupos do convívio social das partes ou envolvidos diretamente no conflito, buscam solucionar coletivamente e de uma maneira ativa, as perdas, danos, feridas e traumas do delito cometido.

Trata-se de um processo estritamente voluntário, relativamente informal, a ter lugar preferencialmente em espaços comunitários, sem o peso e o ritual solene da arquitetura do cenário judiciário, intervindo um ou mais mediadores ou facilitadores, e podendo ser utilizadas técnicas de mediação, conciliação e transação para se alcançar o resultado restaurativo, ou seja, um acordo objetivando suprir as necessidades individuais e coletivas das partes e se lograr a reintegração social da vítima e do infrator. (SLAKMON, DE VITTO E PINTO, 2005, p. 20).

A negociação, a mediação, a conciliação e a arbitragem são as formas comuns utilizadas pela gestão extrajudicial de conflitos. Não obstante, enfatizamos a maior eficiência da resolução nas esferas das práticas da Justiça Restaurativa. Mediar conflitos está na base dos processos restaurativos; os estudos que relatam as primeiras experiências contemporâneas de mediação envolvendo infratores e vítimas, ainda nos anos 1970, já demonstravam características restaurativas, porque naqueles encontros coordenados comumente por um facilitador, as vítimas faziam as suas exposições descrevendo as suas experiências e os impactos negativos provocados pelos delitos, no que os infratores colocavam suas explicações⁴ (SLAKMON, DE VITTO E PINTO, 2005).

Hoje, é possível vislumbrar a formação de um consenso internacional em torno de princípios de justiça restaurativa, principalmente, depois das recomenda-

3 “Embora não haja uma forma predeterminada de procedimento para a Justiça Restaurativa, a Comunicação Não Violenta e a conciliação ou mediação têm sido empregadas no Brasil como método no processo restaurativo. O que se mostra conveniente é que, desde o início dos círculos restaurativos, o facilitador utilize uma linguagem simples e direta, esclarecendo aos interessados principais e secundários que nesse espaço de agir comunicativo deverá ser realizado um trabalho cooperativo, no qual o respeito mútuo e a escuta são fundamentais quanto ao que cada um pretende externar sobre o conflito.” (SPLENGER E SPLENGER NETO, 2012, p. 239).

4 “A experiência neozelandesa, baseada nas tradições maoris, ampliou esses encontros (*restorative conferences*), para dele participarem também familiares e pessoas que apoiavam as partes. No Canadá o modelo também é inspirado nas culturas indígenas em que os protagonistas que se sentam em círculo e um papel é passado de mão em mão, só falando a pessoa que está com esse papel na mão. A reunião se encaminha para um momento em que todos os participantes convergem na percepção que chegou o momento de se solucionar o conflito.” (SLAKMON, DE VITTO E PINTO, 2005, p. 23).

ções feitas tanto pela ONU como pela União Europeia, para que os países adotem práticas de justiça restaurativa. E dessa forma possam melhorar seus sistemas judiciais com a incorporação de mecanismos que simplifiquem a resolução de conflitos. Cabe ressaltar que a ideia de justiça elencada aqui diz muito mais da essência social e ética da justiça do que procedimentos e estatutos formais, ou seja, justiça acima de tudo é uma questão de *valores* humanos e relacionamentos comunitários. Quando se perde este referencial, somos vítimas da burocracia, dos escaninhos de procedimentos advocatícios, do legalismo, do autoritarismo, do *lex dura lex* sem contexto e substância interhumana. Portanto, em termos de valores, cabe ressaltar as diferenças entre o chamado modelo retributivo (e vingativo) convencional, e o modelo restaurativo de justiça.

Valores	
Justiça Retributiva	Justiça Restaurativa
Conceito jurídico-normativo de Crime – Ato contra a sociedade representada pelo Estado – Unidisciplinariedade	Conceito realístico de Crime – Ato que traumatiza a vítima, causando-lhe danos. – Multidisciplinariedade
Primado do Interesse Público (Sociedade, representada pelo Estado, o Centro) – Monopólio estatal da Justiça Criminal.	Primado do Interesse das Pessoas Envolvidas e Comunidade – Justiça Criminal participativa.
Culpabilidade Individual voltada para o passado – Estigmatização.	Responsabilidade, pela restauração, numa dimensão social, compartilhada coletivamente e voltada para o futuro.
Uso Dogmático do Direito Penal Positivo	Uso Crítico e Alternativo do Direito.
Indiferença do Estado quanto às necessidades do infrator, vítima e comunidade afetados – desconexão.	Comprometimento com a inclusão e Justiça Social gerando conexões.
Mono-cultural e excludente	Culturalmente flexível (respeito à tolerância, diferenças, etc.)
Dissuasão	Persuasão

Quadro 1 – Valores da Justiça Retributiva *versus* Justiça Restaurativa

Fonte: Slakmon, De Vitto e Pinto (2005)

Diante da complexidade de situações que podem ser enfrentadas pelos mediadores/facilitadores, é natural que se encontre na literatura especializada em justiça restaurativa e mediação de conflitos, uma série de modelos e técnicas que podem ser utilizadas isoladamente ou em conjunto, para facilitar a resolução dos

conflitos⁵. Os procedimentos da justiça retributiva e da justiça restaurativa são peculiares e adequados conforme o caso, e como ocorre com as leis, também devem evoluir com as transformações da sociedade. Eles devem acima de tudo estar a serviço dos desafios relacionais e éticos das comunidades, sentido primordial que fez surgir as práticas institucionais de Justiça. Quanto aos procedimentos, cabe aqui um quadro para perceber as diferenças básicas entre os modelos retributivo e o modelo restaurativo.

Procedimentos	
Justiça Retributiva	Justiça Restaurativa
Ritual solene e público	Comunitário, com as pessoas envolvidas
Indisponibilidade da ação penal	Princípio da oportunidade
Contencioso e contraditório	Voluntário e colaborativo
Linguagem, normas e procedimentos formais e complexos – garantias	Procedimento informal e com confidencialidade.
Atores principais – autoridades (representando o Estado) e profissionais do Direito	Atores principais – autoridades (representando o Estado) e profissionais do Direito
Processo Decisório a cargo de autoridades (policial, delegado, promotor, juiz e profissionais do Direito) – Unidimensionalidade	Processo Decisório compartilhado com as pessoas envolvidas (vítima, infrator e comunidade) – Multidimensionalidade

Quadro 2 – Procedimentos da Justiça Retributiva versus Justiça Restaurativa

Fonte: Slakmon, De Vitto e Pinto (2005)

Vive-se no Brasil, e em grande parte dos países ocidentais, uma forma de cultura jurídica em que a disputa judicial é utilizada como meio de obter a vitória. Por conseguinte, o direito processual foi elevado a um patamar de maior importância do que o direito material, que na realidade é o regulador do conflito em que o processo deveria procurar a solução (MUSZKAT, 2003). Uma significativa parcela dos conflitos judiciais simplesmente é “solucionada” apenas por meios processuais, sem que exista a resolução do seu mérito. Muitos, inclusive, quando conseguem atingir o mérito, demonstram que as decisões emanadas não chegam a solucionar o conflito, e sim reconhecer quem é afinal o vencedor da disputa. Ressalte-se, que isso não pode ser imputado em primeiro lugar aos operadores do direito, como se fosse somente um pro-

⁵ Cf. Pranis, 2011; Grecco, 2014.



blema cultural, mas sim que nos defrontamos com características do próprio sistema jurídico ainda em vigor, que não priorizou meios para a realização da justiça restaurativa (MUSZKAT, 2003).

Felizmente, esta situação vem mudando, tanto em vista dos protocolos de cooperação e as resoluções do CNJ (Resolução nº. 125/2010), AMB e do Ministério da Justiça, a Lei Federal n. 12.594/2012 que prioriza medidas restaurativas no âmbito da Justiça Juvenil, e as mudanças no código civil, e as ênfases constantes na necessidade de processos mediativos e restaurativos dentro do judiciário. Preveem a introdução de práticas de justiça restaurativa no Sistema de Justiça Brasileiro. Ademais, a crescente implantação de modelos de justiça restaurativa pelo Brasil, em especial nas Varas da Infância e Juventude, iniciada em 2005 em São Paulo, Porto Alegre e Brasília, mas presente hoje em quase todos os Estados da nação.

O modelo restaurativo busca prover suporte às situações de maior complexidade, intersubjetividade e instabilidade, que comumente surgem no dia a dia contemporâneo. Tanto o conflito, como as suas múltiplas possibilidades e formas de resolução, formam uma rica oportunidade para que as pessoas desenvolvam e integrem sua força interior e o sentimento de conexão e o colocar-se no lugar dos outros. Esse modelo utiliza-se dos mesmos princípios utilizados para o empoderamento e o fortalecimento dos indivíduos, como também, pelos princípios de consideração e reconhecimento pelo outro, a *empatia* (YAZBEK, 2007, PRANIS, 2012)

2 Empatia como base ética e resolução de conflitos

Sem a empatia dificilmente as pessoas seriam capazes de construir comunidades, de constituir suas famílias, e até mesmo de sobreviver de uma forma gregária e colaborativa como ocorre na sociedade moderna. A empatia age como uma espécie de dádiva, um amálgama capaz de materializar a salvação da sociedade humana, e, ao mesmo tempo, de tornar as relações íntimas tão prazerosas (BERGMAN, 2001).

O estado de empatia ou ser empático consiste em aperceber-se com precisão do quadro de referências interno de outra pessoa, juntamente aos componentes emocionais e os significados a ele pertencentes, como se fôssemos a outra pessoa, sem perder jamais a condição de 'como se'. Portanto, significa sentir as mágoas e alegrias do outro como ele próprio as sente e

perceber suas causas como ele próprio as percebe sem, contudo, perder a noção de que é 'como se' estivéssemos magoados ou alegres, e assim por diante. Se perdermos esta condição de 'como se', teremos um estado de identificação. (ROGERS E ROSENBERG, 1977, p. 71).

O antônimo de empatia é a repugnância, a indiferença, e as diversas formas de resistência que são sentimentos capazes de gerar o medo. Segundo Falcone *et al* (2008) carências em empatia indicam distorções na percepção, que normalmente estão associadas com problemas psíquicos de regulação e autocontrole emocional, e potencializa comportamentos agressivos.

Pranis (2000) afirma que ser temido é algo negativo e perigoso para o espírito humano, pois o ser humano necessita de amor e aceitação. A sensação de ser temido até pode causar excitação e prazer em algumas pessoas, mas os efeitos sobre a alma humana são de aniquilamento.

Se sou capaz de ouvir o que ele pode me dizer, se sou capaz de compreender como isso lhe parece, se sou capaz de ver o que isso significa para ele, se sou capaz de sentir a sua reação emocional perante tal coisa, nesse caso estou libertando nele poderosas forças de transformação. Se sou realmente capaz de compreender como ele odeia o seu pai, ou a universidade, ou os comunistas — se sou capaz de captar o sabor do seu modo de demência, ou do seu terror da bomba atômica, ou da Rússia —, isso representará para ele uma grande ajuda na transformação desse ódio e desse medo e no estabelecimento de relações realistas e harmoniosas com muitas pessoas e com muitas situações perante as quais experimentava ódio ou medo. Sabemos pelas nossas investigações que uma compreensão empática desse tipo — compreensão *com* uma pessoa, não *sobre* uma pessoa é um modo de contato eficaz que pode provocar importantes alterações na personalidade. (ROGERS, 1981, p.172).

De acordo com Hoffman (2001) a díade afetividade-cognição é basilar quando se considera a capacidade humana de internalizar e construir os princípios que norteiam a moral e a própria vida em sociedade, no que a empatia é um componente fundamental para as relações de justiça distributiva.⁶

De uma forma complementar e paralela às muitas estratégias que podem ser utilizadas para minorar e controlar os comportamentos anti-sociais, é possível

6 "O desenvolvimento de empatia requer: 1) Retorno constante (e dado de forma respeitosa) sobre como nossas ações estão afetando os outros; 2) Relacionamento nos quais somos valorizados e nosso valor é reconhecido; 3) Experiências de ter recebido a simpatia dos outros em situações de sofrimento" (PRANIS, 2000, p. 1).

destacar as propostas que buscam promover o desenvolvimento socioemocional como uma forma de lidar preventivamente com problemas de agressividade. Tais propostas valorizam as habilidades empáticas e diversos outros valores e comportamentos favoráveis a um convívio social pleno e pacífico. Como demonstrado por várias pesquisas sobre empatia, existem correlações entre determinadas condições genéticas, ou simplesmente inatas, e fatores ambientais em interação, o que denota que há um vasto campo para o desenvolvimento de intervenções terapêuticas e/ou educativas em relação a práticas empáticas (PAVARINO, DEL PRETTE E DEL PRETTE, 2005). Ainda de acordo com esses autores, os dados disponíveis de várias pesquisas indicam que inúmeros comportamentos agressivos têm como fatores preditivos, carências tanto no desenvolvimento sócio emocional, como de algumas habilidades interpessoais durante as fases da infância e da adolescência. Dessa forma, quando posteriormente as crianças e/ou adolescentes sofrem exposição a períodos prolongados de violência na vida familiar, no convívio social, etc., tendem a desenvolver formas de comportamento agressivo e re- petem tais padrões na vida escolar (PAVARINO, DEL PRETTE E DEL PRETTE, 2005).

As frustrações são traumáticas quando a tolerância do psiquismo infantil é superada, ou quando as gratificações são imprevisíveis. Nas frustrações traumáticas, as pulsões infantis e as recordações que se lhes associam são isoladas no Inconsciente por causa da angústia e do desespero ligados a elas. As pulsões e as recordações não podem ser influenciadas por novas experiências, portanto ficam incapazes de mudar. Seguem as leis do processo primário e pressionam pela gratificação imediata [...] as frustrações infantis podem ser retrabalhadas, em quantidades manejáveis, quando são mobilizadas na situação terapêutica. A mudança por meio da construção de estrutura é possível através do metabolismo gradativo de frustrações manejáveis. (SIEGEL, 2005, p. 99).

Conceitos como empatia, habilidades sociais e frustrações em geral, estão intimamente relacionados com representações mentais como a “frustração traumática” e a “frustração ótima”. Para Allen M. Siegel, a “frustração ótima” é uma das manifestações da vivência psicoeconômica, pela qual o indivíduo experimenta um sentimento de perda ou decepção externa, em um grau de intensidade que pode ser considerado seguro. Em outras palavras, esse tipo de frustração ocorre numa intensidade psíquica que não chega a “sobrecarregar as capacidades emocionais variáveis da pessoa. Não leva a um estado traumático no qual a capacidade do psiquismo é subjugada pelo afeto. Ao contrário, em pequenos segmentos manejáveis, a frustração leva ao crescimento” (SIEGEL, 2005, p.300). As experiências infantis de distinção entre frustração traumática e frustração ótima, por exemplo,

podem ser consideradas pelo viés das diferenças de grau. É a diferença entre o tom áspero e o tom gentil de um “não” em uma situação que se faz necessária uma proibição, ou da imposição de um limite a uma criança.

É a diferença entre uma ameaça que causa temor e, uma experiência de educação, em que os pais explicam pacientemente o motivo de negarem algo. É a diferença que existe entre a explicação que é dada sem agressividade, com demonstração de amor, porém sem a presença do componente sedutor e, aquela outra, que se mostra intransigente e que somente destaca o que deve e o que não deve, o que ter e o que não ter, o que pode e o que não pode e pronto! (SIEGEL, 2005).

Estágios de desenvolvimento da empatia
1 – Empatia global – Durante o primeiro ano de vida, se o bebê está perto de alguém que expresse uma emoção forte, ele pode corresponder àquela emoção – por exemplo começando a chorar quando ouve outro bebê chorando.
2 – Empatia egocêntrica – Em torno dos 12 aos 18 meses, quando as crianças já desenvolveram uma ideia mais clara de suas identidades separadas, elas reagem ao sofrimento de alguém com seu próprio sofrimento, mas podem tentar “curar” o problema da outra pessoa oferecendo o que acham que para elas mesmas seria mais reconfortante. Por exemplo, uma criança demonstra tristeza quando vê outra criança machucada e chama sua própria mãe para ajudar.
3 – Empatia pelos sentimentos de outra pessoa – A partir dos 2 aos 3 anos e continuando durante os primeiros anos de escola, as crianças percebem os sentimentos dos outros, correspondem parcialmente àqueles sentimentos e respondem ao sofrimento dos outros de modos não egocêntricos. Durante esse período, as crianças se tornam capazes de distinguir um leque mais amplo (e mais sutil) de emoções.
4 – Empatia pela condição de vida de outra pessoa – No final da infância ou adolescência, algumas crianças desenvolvem uma noção mais generalizada dos sentimentos dos outros e reagem não apenas à situação imediata, mas à situação geral ou aos apuros das outras pessoas. Assim, um jovem nesse nível pode ficar mais perturbado pela tristeza de outra pessoa se souber que a tristeza é crônica ou que a situação geral da pessoa é especialmente trágica do que se identifica-la como um problema passageiro.

Quadro 3 – Estágios do desenvolvimento da empatia

Fonte: Boyd e Bee (2011)

Infere-se daí que a empatia pode ser propiciada, apreendida desde as fases iniciais do desenvolvimento da personalidade e, que no decorrer das experiências



de vida, essa qualidade enfim demonstre seu real valor como instrumento para a resolução dos conflitos. Não obstante, a empatia precisa ser equilibrada, bem como não quer dizer fraqueza ou apagamento das responsabilidades geradas pelos malfeitos. Muitas pessoas acham muito difícil ter “empatia para com as pessoas que praticam atos que julgamos imorais”; contudo é fundamental aí “termos em mente que empatia não implica, necessariamente, perdão ou aceitação”, mas sim ter em mente a compreensão “de como e por que a estrutura emocional da pessoa a leva a ter esse ou aquele tipo de comportamento, quer você o aprove, quer não” (BERGMAN, 2001, p.74)

Supondo (a) um mínimo de boa vontade da parte de duas pessoas para estabelecerem contato; (b) uma capacidade e um mínimo de boa vontade da parte de cada uma dessas pessoas para receber a comunicação da outra; e (c) supondo que o contato se mantém durante um certo período de tempo, pode-se admitir como verdadeira a relação hipotética seguinte: Quanto maior for a congruência da experiência, da consciência e da comunicação por parte de um indivíduo, mais a relação originada implicará: uma tendência para uma comunicação recíproca caracterizada por uma crescente congruência; uma tendência para uma compreensão mútua; uma melhoria da adaptação psicológica e do funcionamento de ambas as partes; satisfação recíproca na relação. Inversamente, quanto maior for a *incongruência* comunicada da experiência e da consciência, mais as relações assim originadas envolvem desintegração da compreensão adequada; funcionamento e adaptação psicológica menos adaptados em ambas as partes; insatisfação recíproca na relação. (ROGERS, 1981, p.178).

Por fim, Lynn Hunt (2009) também percorre esse raciocínio quando explana sobre os limites da empatia contemporânea e da congruência-incongruência dos relacionamentos humanos. É preciso perguntar por quais sentimentos devem povoar os corações e as mentes da humanidade diante do acirramento dos conflitos negativos, tanto quanto da punição e da vingança. Ou diante da utilização de crianças e adolescentes como arma de guerra, ao lado da tirania dirigida contra as mulheres, do tráfico internacional de pessoas e da exploração sexual de menores, e de tipos de escravidão laboral⁷ O recrudescimento do *homo homini lupus* ocorre em plena pós-modernidade e paralelamente a avanços sociais nunca experimen-

7 “Um paradoxo entre distância e proximidade está em ação nos tempos modernos. Por um lado, a difusão da capacidade de ler e escrever e o desenvolvimento de romances, jornais, rádio, filmes, televisão e internet tornaram possível que mais e mais pessoas sintam empatia por aqueles que vivem em lugares distantes e em circunstâncias muito diferentes. Fotos de crianças morrendo de fome em Bangladesh ou relatos de milhares de homens e meninos assassinados em Srebrenica, na Bósnia, podem mobilizar milhões de pessoas para que enviem dinheiro, mercadorias e às vezes a si próprias como ajuda ao povo de outros lugares, ou para que exortem seus governos ou organizações internacionais a intervir. Por outro lado, relatos em primeira mão contam como vizinhos em Ruanda se matavam uns aos outros, com furiosa brutalidade, por causa da etnicidade. (HUNT, 2009, p.211).

tados pela humanidade. Mesmo a revolução nos meios de comunicação, que está sendo capaz de conectar milhões de pessoas em todas as partes do mundo, ou as chamadas democracias ocidentais, não têm conseguido prover meios eficazes para que os seres humanos passem a agir de uma forma efetivamente solidária, com empatia. Portanto, trata-se de promover paradigmas e caminhos que operem dentro da lógica e do sentimento da empatia e de seu correlato, a compaixão, não como pena mas como conexão profunda com o sentido e sofrimento humano e o destino comum dos seres.

Considerações finais

Diante da urgência do presente e do futuro sobre a consolidação de uma cultura de paz e garantia de direitos humanos próprios da ideia de justiça, capaz de mediar e reparar as consequências dos conflitos desenfreados, e do desrespeito aos direitos fundamentais do ser humano, faz-se necessário investir ainda mais na institucionalização de meios – em especial para nossas crianças e adolescentes – e no aperfeiçoamento das instituições democráticas de justiça, dotando-as de mecanismos de *restauração* do capital humano empático e do potencial relacional das pessoas e comunidades. Neste sentido, a expansão de práticas de mediação, diálogo e justiça restaurativa, dentro e fora do judiciário, tem contribuído muito para o desenvolvimento de uma consciência reparadora em relação às múltiplas formas de sofrimento humano que são origem, causa e efeito da violência – a qual desemboca em última instância no sistema judicial. Os processos que envolvem práticas restaurativas na justiça proporcionam o resgate da *empatia*, e a consideração da dor, na medida em que o conflito, o crime, violação de outrem, é antes de tudo acontecimento/ferimento interpessoal, o que gera responsabilidades a serem tomadas. Neste âmbito, tende a ocorrer um empoderamento e resgate dos envolvidos e seu entorno, em direção ao verdadeiro sentido da justiça como equilíbrio, dar e receber, geração de responsabilidades – com fim primeiro e último de restauração social.



Referências

- BERGMAN, Ronald L. *Condicionamento do Equilíbrio Emocional*. São Paulo: Cultrix, 2001.
- BOYD, Denise; BEE, Helen. *A criança em crescimento*. São Paulo: Artmed, 2011.
- HOFFMAN, Martin L. *Empaty and Moral Development: implications for caring and justice*. New York, USA: Cambridge University Press, 2001.
- HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos: uma história*. São Paulo: Cia das Letras, 2009.
- FALCONE, Eliane Mary de Oliveira *et al.* Inventário de Empatia (IE): desenvolvimento e validação de uma medida brasileira; *Avaliação Psicológica*, 2008, 7(3), p. 321-334.
- MUSZKAT, Malvina. *Mediação de conflitos: pacificando e prevenindo a violência*. São Paulo: Summus, 2003.
- PELLIZZOLI, Marcelo L.(Org.). *Cultura de paz – restauração e direitos*. Recife: EDUFPE, 2010.
- _____. *Diálogo, mediação e justiça restaurativa*. Recife: EDUFPE, 2012.
- _____. *Cultura de Paz: educação do novo tempo*. Recife: EDUFPE, 2008.
- PAVARINO, Michelle Girade; DEL PRETTE, Almir; DEL PRETTE, Zilda A.Z.; O desenvolvimento da empatia como prevenção da agressividade na infância. *PSICO*, Porto Alegre, PUCRS, v. 36, n. 2, p. 127-134, maio/ago. 2005.
- PRANIS, Kay. *Processos circulares*. SP: Palas Athena, 2012.
- ROGERS, Carl; *Tornar-se pessoa*. São Paulo: Martins Fontes, 1981.
- ROGERS, Carl; ROSENBERG, Rachel L. *A pessoa como centro*. São Paulo: EPU, 1977.
- SAMPAIO, Leonardo Rodrigues *et al.* Justiça Distributiva e Empatia em Adolescentes do Nordeste Brasileiro. *Psicologia: Reflexão e Crítica*, 21(2), p. 275-282; 2008.
- SIEGEL, Allen M. *Heinz Kohut e a psicologia do self*. São Paulo: Casa do psicólogo, 2005.
- SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. *Ética e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.
- SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO R. Gomes (Orgs.). *Justiça Restaurativa: textos selecionados*. Brasília, DF: Ministério da Justiça / PNUD, 2005.
- SPLENGER, Fabiana M.; SPLENGER NETO, T. (Orgs.). *Mediação enquanto política pública: o conflito, a crise da jurisdição e as práticas mediativas*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012.



VASCONCELOS, Carlos E. de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. São Paulo: Método, 2008.

YAZBEK, Vania Curi. Mediação transformativa e justiça restaurativa. *Nova Perspectiva Sistêmica*; a. XV, n. 28, agos. 2007.

Referência do artigo

TAVARES, Mariana. PELIZZOLI, Marcelo L. A empatia como aporte para a Justiça (Restaurativa). **Revista da ESMape**, Recife, v. 20, n. 41, p. 149-162, jan./jun. 2015.

A controvérsia sobre o procedimento licitatório simplificado disposto no Decreto Presidencial nº 2.745/98 aplicável à Petrobras

Marília Guadalupe de Mendonça Galvão Pereira

Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP.

Pós-Graduada em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE.

Resumo

O artigo tem por escopo elucidar alguns pontos que ainda não foram regulamentados pelo Direito Brasileiro acerca da Controvérsia sobre o Procedimento Licitatório Simplificado, disposto no Decreto Presidencial nº 2.745/98, aplicável à Petrobras. No decorrer deste estudo iremos tratar sobre a divergência de posicionamentos, sobretudo entre o Tribunal de Contas da União (TCU) e o Supremo Tribunal Federal (STF) acerca do procedimento licitatório simplificado aplicável à PETROBRAS – Petróleo Brasileiro S.A, conforme o §1º, do art. 173 da Constituição Federal do Brasil. Em face das atividades econômicas exploradas, faz-se mister a utilização de um

Procedimento Licitatório Simplificado que garanta maior autonomia, com o objetivo de dar maior eficiência às empresas estatais de natureza empresarial, possibilitando sua atuação em maior igualdade com as demais empresas privadas que estão concorrendo. O Decreto nº 2.745/98 aprovou o regulamento deste Procedimento simplificado, o qual tem gerado divergências quanto a sua aplicação, as quais serão debatidas no decorrer deste artigo.

Palavras-chave: Licitação. Sociedade de Economia Mista. Petrobras. Exploração de Atividade Econômica.

Abstract

The present article aims to explain some points that still haven't been regulated by the Brazilian law about the controversy over the Bidding Procedure Simplified provisions of Presidential Decree nº 2,745 / 98, applicable to Petrobras. Over the study we will treat about

the divergent positions, especially between the Court of Audit (TCU) and the Federal Supreme Court (STF) on the simplified bidding procedure for Petrobras – Petróleo Brasileiro SA. Due to it's economical activities explored, it's important the use of a Bidding Procedure

Simplified which ensures greater autonomy in order to give greater efficiency to the state-owned companies of business nature, allowing his performance in greater equality with other private companies that are competing. Decree nº 2,745/98 approved the regulations of this

simplified procedure, which has generated disagreement about its application, which will be discussed throughout this article.

Keywords: Bidding. Joint Stock Company. Petrobrás. Exploration of Economic Activity.

1 Licitação para empresas públicas e sociedades de economia mista

1.1 Da ausência do estatuto jurídico aplicável às empresas estatais

Determina a CF, no art. 22, XXVII, que a União deve estabelecer normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, XXI, devendo observar, o disposto no art. 173, §1 (com redação alterada pela EC 19/98) para as empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços.

O §1º, do art. 173 prevê que a lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo inclusive sobre o seu regime licitatório. Ocorre que, esta Lei ainda não foi criada.

O artigo 119 da Lei 8.666/93 fixa normas a serem seguidas pelas entidades da Administração Indireta, determinando que editarão regulamentos próprios, devidamente publicados e aprovados pela entidade de nível superior a que estiverem vinculados, ficando sujeitos à disposições da Lei.

O professor Celso Antônio Bandeira de Mello ilustra tal entendimento:

Com efeito, a Constituição, no §1º do art. 173, estabelece que 'a lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e suas subsidiárias que explorem *atividade econômica* (...) Sem dú-



vida, a adoção do mesmo procedimento licitatório do Poder Público seria inconveniente com a normalidade de suas atuações na esfera econômica, isto é, *não seria exequível em relação aos seus rotineiros procedimentos para operar o cumprimento das atividades negociais em vista das quais foram criadas*. As delongas que lhe são próprias inibiriam seu desempenho expedito e muitas vezes obstariam à obtenção de negócio mais vantajoso. Dela não haveria cogitar tais casos.

Frise-se que, cabe a pertinente ressalva feita por Celso Antônio Bandeira de Melo, que argumenta no sentido de que a exigência de licitação será afastada na rotineira aquisição de seus insumos e na rotineira comercialização dos bens ou serviços que colocam no mercado, ou seja, nas atividades fim.

O entendimento supra é corroborado pelo Tribunal de Contas da União (TCU), o qual em resposta a consulta formulada pelo então ministro da Ciência e Tecnologia, Eduardo Campos, consolidou o entendimento de que só existe a possibilidade de as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica dispensarem o uso de licitação para contratação de bens e serviços que constituam sua atividade-fim.

O entendimento do TCU é de que, enquanto essa lei específica não for editada, toda a administração pública se sujeita às regras gerais de licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, conforme expressa previsão constitucional. No entanto, a regular atividade comercial das empresas, que atuam num mercado de concorrência, não pode ser prejudicada pela obrigatoriedade de licitar. Dessa forma, as estatais podem utilizar de uma situação de inexigibilidade quando da contratação de serviços que constituam sua atividade-fim, enquanto não for editado seu estatuto jurídico – que deverá dispor sobre suas regras de licitação.

Assim, por exemplo, em uma sociedade de economia mista que opera em regime similar aos bancos da iniciativa privada, não se exigirá licitação para promover a venda de produtos e serviços bancários à população em geral. Trata-se da própria atividade-fim da entidade.

No que concerne à Petrobras, objeto de estudo deste Trabalho, cumpre salientar que esta Sociedade de Economia mista tem conseguido no STF várias decisões permitindo a utilização de Procedimento Licitatório Simplificado, previsto no art. 67 da Lei 9.478/97 – regulamentado pelo Decreto 2.745/98, dispensando, assim, a utilização da Lei 8.666/93 em qualquer hipótese. Não obstante, o TCU considera

inconstitucional a aplicação destes dispositivos, reiterando o posicionamento de que enquanto não for criado o estatuto, tais empresas estatais devem observar os ditames da lei 8.666, podendo prescindir de licitação, apenas, para a contratação de bens e serviços que constituam sua atividade-fim.

1.2 Da interpretação sistemática das normas

Toda norma precisa de interpretação, por mais óbvio que sejam as palavras do texto, não sendo correto o entendimento constante no antigo brocardo *in claris cessat interpretario* (as normas claras não precisam ser interpretadas).

Como qualquer fenômeno jurídico, envolvendo as contratações públicas e o evidente processo de seleção dos contratados que as antecedem, demanda considerar o ambiente social, econômico, político e jurídico no qual se inserem em um determinado momento histórico. Impossível evadir-se da lição clássica de que o direito é fruto de processo histórico, portanto mutável como a própria sociedade.¹

Traz-se a baila as palavras do notável jurista Pontes de Miranda:

Hoje, o artigo tal do Código A pode não exprimir, exatamente, o que, no ano passado, exprimia; porque não diz ele o que está nas palavras, mas algo de mutável que as palavras tentaram dizer. Toda codificação é o pródromo de um fracasso: pretende fixar, parar, fotografar, não no espaço, mas no tempo; e muda o próprio objeto, de modo que se há de olhar a realidade de hoje, que é adulta, e o retrato de outrora, para descobrir, não mais a imagem exata, e sim os traços que indiquem a identidade.²

Fazendo uma adequação ao tema, traz-se a colação, os dizeres da sempre lúcida Maria Berenice Dias:

É necessário adequar a justiça à vida e não engessar a vida dentro de normas jurídicas, muitas vezes editadas olhando para o passado na tentativa de reprimir o livre exercício da liberdade.³

1 José Anacleto Abduch Santos. Mestre em Direito pela UFPR. In artigo intitulado: licitação e terceiro setor.

2 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Sistema de ciência positiva do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. tomo I, p. 99.

3 DIAS, Maria Berenice. Manual das Sucessões. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Esta análise parte da evidente e inafastável constatação de que as normas relativas à licitação devem ser analisadas em perspectiva, com base no contexto fático e jurídico vigente. Assim, é necessária a interpretação sistemática das normas licitatórias a fim de enquadrá-las no caso concreto.

Destarte, a *vexata questio*, qual seja, a possibilidade de utilização de um procedimento licitatório simplificado para a Petrobrás há de nortear-se pela dinâmica da mudança de paradigma da sociedade. As constantes mudanças no contexto social fazem com que o interprete tenha que se adequar a tais parâmetros sob pena de tornar a aplicação normativa obsoleta.

Passando a haver a livre concorrência na produção de petróleo, principalmente com empresas internacionais de grande porte, não seria adequado forçar a Petrobras às amarras mais apertadas impostas pela Lei 8.666/93.

A Petrobras não desobedece a lei ao adotar em suas contratações o procedimento licitatório simplificado e baseado nesta concepção já obteve junto ao Supremo Tribunal Federal (STF) dez liminares favoráveis a aplicação do decreto 2.745/98.

2 As regras licitatórias aplicáveis especificamente à Petrobras S/A

2.1 Procedimento licitatório simplificado, previsto na Lei nº 9.478/97 e regulamentado pelo Decreto nº 2.745/98

Na linha do que já dispusemos, não vislumbramos qualquer óbice a que Estados, DF e Municípios editem suas normas específicas sobre licitação, desde que não violem as regras gerais contidas na Lei nº 8.666/93. Deveras, a própria União pode editar norma específica sobre licitação, desde que essa lei se aplique apenas em âmbito federal.

Em 1997 foi editada a Lei nº 9.478, dispondo sobre a política energética nacional e as atividades relativas ao monopólio do petróleo, instituindo o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo, além de outras providências. Todo o Capítulo IX desta Lei (arts. 61 a 68) foi dedicado à Petrobras. O art. 67 dispunha sobre o procedimento simplificado, a ser definido em Decreto.

Como se percebe, a Lei em questão estabeleceu para o Sistema Petrobras a necessidade de instaurar procedimento licitatório simplificado previamente à celebração de seus contratos. De eficácia limitada, a lei delegou à autoridade máxima da República a edição de decreto para regulamentá-la.

Em 04/08/1998 (ou seja, após a edição da EC nº 19, de 04/06/1998), foi publicado o Decreto nº 2.745/98, dando plena eficácia à norma do art. 67 da Lei nº 9.478/97, como se percebe no item 1.1 do Regulamento. Nessa linha cronológica, a Lei nº 9.478/97, regulamentada pelo Decreto nº 2.745/98, é o próprio Estatuto Jurídico de Licitações da Petrobras.

A prática nos demonstra que não é válido qualquer argumento de que o regulamento ser veiculado por Decreto viola a legalidade, já que o Decreto nº 3.555/00 (anterior à Lei nº 10.520/02) instituiu Regulamento para licitação sob a modalidade de Pregão, consoante dispositivo da sintética MP nº 2.026-3, editada em 28/07/2000 (regulamentou o art. 37, XXI, da CRFB instituindo a modalidade de pregão em âmbito federal, e apenas em 2002 foi convertida na Lei nº 10.520).

Fazendo um esforço de síntese, percebe-se que a MP nº 2.026-3 está para o Decreto nº 3.555/00 assim como o art. 67 da Lei nº 9.478/97 está para o Decreto nº 2.745/98.

Caso também bastante parecido é o da Empresa Brasil de Comunicação S.A., empresa pública de prestação de serviço público com criação autorizada pela Lei nº 11.652/08 e com Regulamento Simplificado de Licitação aprovado pelo Decreto nº 6.505/08. Logo, não faltam exemplos de decretos instituidores de regulamentos licitatórios.

É com base nestes fatos que, ausente o estatuto de que trata o art. 173, §1º, entendemos que a Lei nº 9.478/97, em seu art. 67, funciona como uma lei específica para a Petrobras, estatal que exerce atividade econômica, corroborando, assim, o argumento acerca da constitucionalidade do referido diploma legal.

Não obstante o supra relatado, alguns doutrinadores advogam a tese de que tal dispositivo legal resta inconstitucional, pois afronta o art. 22, XVII da Constituição, uma vez que somente a lei formalmente editada pela União poderia versar sobre tal matéria, o que fica definido de forma diversa, quando o art. 67 da supramencionada lei estatui que o Decreto Presidencial regulará o procedi-



mento licitatório. Outrossim, segundo competência definida no art.173, §1º, III, também elegeu-se a legislação específica como sendo capaz de versar sobre a matéria licitatória.

Aduzem que, o Decreto Presidencial que versar sobre a matéria invade a competência do Poder Legislativo, art.2º da Constituição. Aceitar tal decreto é admitir a existência do Decreto Autônomo em nosso ordenamento jurídico, o que resta inconcebível.

Aqui, insta reproduzir a feliz ordem de idéias desenvolvida por Marçal Justen Filho:

Em primeiro lugar, a CF/88 determinou que certas matérias fossem discriminadas por lei. Há explícita referência tanto no art. 22, inciso XXVII, quanto no art. 37, inc. XXI, como no art. 173, § 1º, inciso III, à competência legislativa da União para dispor sobre licitação, contratos administrativos e hipóteses de contratação direta. Essas determinações não significam a vedação à remessa da regulamentação normativa por meio de decreto. Portanto, não há impedimento a que decretos complementem a disciplina contida na lei. Mas não há cabimento em adotar solução equivalente à da delegação de competência pelo Legislativo ao Executivo. Se a CF/88 determina que a lei disporá sobre certo assunto, é inconstitucional que uma lei omita qualquer norma sobre o tema e determine que o tema será objeto de disciplina por meio de regulamentação presidencial.

O Decreto é, em regra, ato administrativo secundário (*seundum legem*)a que visa dar regulamentação específica a uma determinada lei. É por meio dele que existe a regulação do funcionamento da organização dos setores que abrangem o serviço público.

Nota-se que, no caso *sub examine*, não se observa na relação entre tais atos normativos, igualmente, hipótese de delegação disfarçada, mas de mera regulamentação, eis que o Decreto é mero instituidor de procedimento. Sobre a diferença entre tais institutos, Clèmerson Merlin Clève:

Não há delegação quando o Executivo apenas detalha os conceitos ou categorias referidos pelo Legislador, ou disciplina os procedimentos utilizados pela Administração nas relações travadas com particular em decorrência de lei. Se o Legislador, nesse caso, poderia exaurir o âmbito de regulação da matéria legislada e não o fez, o Executivo pode regulamentar a lei em virtude de competência própria com ou sem autorização legal (regulamentos de execução: art. 84, IV, CRFB).

É com base nestes fatos que, ausente a lei geral de que trata o art. 173, §1º, entendemos que a Lei nº 9.478/97, em seu art. 67, funciona como uma lei específica para a Petrobras, estatal que exerce atividade econômica.

A própria PETROBRAS na impetração de Mandado de Segurança contra Ato do Tribunal de Contas da União argumenta que vincular os procedimentos licitatórios da companhia aos preceitos da Lei n. 8.666/93 “significa retirar dela os mecanismos que lhe permitem sobreviver em ambiente constitucional e infraconstitucional de livre concorrência e regido em função das condições de mercado, o que fere o princípio da razoabilidade, assim como da eficiência imposto pelo caput do art. 37 da CRFB, contra os quais investe a ilegal e abusiva decisão objeto deste mandado de segurança”.

Dentro do novo posicionamento econômico do país, a nova regulamentação do setor de petróleo norteou-se por princípios constitucionais afetos à ordem econômica (competitividade, livre iniciativa, livre concorrência). Assim, a Lei nº 9.478/97 ofereceu um novo papel a ser desempenhado pela Petrobras no mercado, o qual impõe a ela não mais o exercício do monopólio estatal do petróleo, mas a participação como agente econômico de mercado.

2.2 O Entendimento do TCU X STF

São duas as principais justificativas apresentadas pelos doutrinadores que defendem a aplicação da Lei Geral de Licitação – 8.666/93 – às empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica: a) considera-se que a utilização de recursos financeiros do Estado para o incentivo da entidade, por si só, avocaria o regime jurídico público; b) a Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666/1993) prevê em seu primeiro dispositivo que qualquer entidade controlada pelo Estado estaria sujeita à sua aplicação.

É o que se extrai do voto proferido pelo Ministro Relator Ubiratan Aguiar, no acórdão TCU nº 1.070/2003:

[...] não tenho dúvida, existem entidades privadas que, por alguma razão, podem-se ver impossibilitadas de aplicar, de forma plena, a lei de licitações. Entretanto, a regra é a utilização da Lei nº 8666/93 e as exceções devem ser devidamente justificadas para cada caso concreto. (BRASIL, 2003)



O Tribunal de Contas da União já repudiou a aplicabilidade do Decreto licitatório da Petrobras, como se verifica na Decisão nº 663/2002 – Plenário. Na concepção do TCU a Petrobrás tem que se submeter à Lei nº 8.666/93, enquanto não houver o advento do estatuto previsto nº 173, § 1º da CF/88.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal deferiu liminar, mantendo a vigência do aludido Decreto nº 2.745/98, como se constata na ementa a seguir transcrita:

Entendeu-se, no ponto, que a suspensão das licitações realizadas com base no Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado (Decreto 2.745/98 e lei 9.478/97) poderia tornar inviável a atividade da Petrobrás e comprometer o processo de exploração e distribuição do Petróleo em todo o país, com reflexos imediatos para a indústria, comércio e, enfim, para toda a população. (AC 1193 MC-QO / RJ, rel. Min. GILMAR MENDES, 09/05/2006)

A Lei 9.478/1997 – que trata da Política Energética Nacional – prevê, em seu artigo 67, que os contratos celebrados pela Petrobras para aquisição de bens e serviços serão precedidos de procedimento licitatório simplificado, a ser definido em decreto do presidente da República. Todavia, para o TCU, o Decreto 2.745/98, que regulamentou o procedimento licitatório simplificado utilizado nas licitações e contratos realizados pela Petrobras, é inconstitucional

Já para a Petrobras, o TCU não teria competência para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, prerrogativa exclusiva do STF. Além disso, argumenta que a obediência à decisão do TCU conduziria à prática de ato ilegal, já que a Petrobras é obrigada por lei a utilizar procedimento licitatório simplificado.

O argumento da Petrobras tem por fulcro a inaplicabilidade da súmula 347 do Supremo Tribunal Federal. Referida regra sumular, aprovada em dezembro de 1963, sob a vigência da Constituição de 1946, dispõe que o Tribunal de Contas, no desempenho de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.

Ocorre que, a validade jurídico-constitucional do mencionado verbete diante da Constituição de 1988 tem sido posta em xeque por julgados mais recentes da Suprema Corte brasileira. Capitaneadas pelo entendimento do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, tais decisões têm afastado a aplicação da citada súmula ao principal fundamento de que o contexto constitucional no qual foi editada diverge

substancialmente do atual, sobretudo no que concerne à evolução ocorrida no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

O Min. Gilmar Mendes, propôs uma revisão desta Súmula no MS 29.123-MC/DF, sob o argumento de que na época em que ela foi feita se justificava essa possibilidade, pois somente o PGR tinha legitimidade para propor ação de inconstitucionalidade. No entanto, a CF/88 ampliou o rol dos legitimados para a propositura de ADIN, não justificando que o Tribunal de Contas, órgão auxiliar do Poder Legislativo realize um controle de constitucionalidade que é função típica do judiciário.

E, superado o argumento supra, destacamos que essa atuação dos Tribunais de Contas não afasta a possibilidade de posterior apreciação da lei ou ato normativo, objeto da controvérsia, pelo Poder Judiciário, se provocado. Desta feita, o ultimato acerca da questão não é do TCU, visto que o STF tem competência para apreciar a matéria.

Segundo a Petrobras, as normas declaradas “inconstitucionais” pelo TCU (Decreto 2.745/98 e Lei 9.478/97) foram editadas para “harmonizar” as atividades relativas ao monopólio do petróleo às novas diretrizes impostas pela Emenda Constitucional nº 9/95, que flexibilizou o monopólio da União sobre a exploração do petróleo.

Em análise ao Mandado de Segurança (MS) 28745, a ministra Ellen Gracie⁴, do Supremo Tribunal Federal (STF), deferiu pedido de liminar feito pela Petrobras contra decisão do Tribunal de Contas da União (TCU) que determinou a aplicação da Lei nº 8.666/1993. Com a decisão da ministra, a determinação do TCU ficará suspensa, até julgamento do mérito, e a estatal continuará a adotar regime diferenciado para realizar licitações.

Segundo a Petrobras, somente o Supremo tem a prerrogativa de declarar, com efeitos *erga omnes* a inconstitucionalidade do art. 67 da Lei 9.478/97. Por isso, o Tribunal de Contas não poderia extrapolar suas competências, previstas pelo artigo 71, da CF.

Para a ministra Ellen Gracie, é evidente a plausibilidade jurídica no pedido formulado pela Petrobras. Conforme ela, a submissão legal da empresa a um regime diferenciado de licitação justifica-se, pois com a relativização do monopólio do pe-

4 Notícia de 17/05/2010 extraída do site do STF – <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=151918>



tróleo trazida pela EC nº 9/95, a Petrobras passou a exercer a atividade econômica de exploração do petróleo em regime de livre competição com as empresas privadas concessionárias da atividade, “as quais, frise-se, não estão submetidas às regras rígidas de licitação e contratação da Lei nº 8.666/93”. “Lembre-se, nesse sentido, que a livre concorrência pressupõe a igualdade de condições entre os concorrentes”.

Considerações finais

Por todo exposto neste breve estudo, e uma vez apresentadas as posições do Tribunal de Contas da União (TCU) e do Supremo Tribunal Federal (STF), parece mais correta àquela favorável à aplicação do regime de licitação simplificado garantido pela Lei nº 9.478/97 e regulamentado pelo Decreto nº 2.745/98. Isso porque, o objetivo da reforma administrativa é coibir o desperdício e racionalizar o gasto público, o que é mais facilmente alcançado com procedimentos mais ágeis e com a livre concorrência.

O argumento do TCU, desfavorável à aplicação do procedimento simplificado cai por terra quando a própria Petrobrás S/A aduz que, as normas declaradas “inconstitucionais” pelo TCU (Decreto 2.745/98 e Lei 9.478/97) foram editadas para “harmonizar” as atividades relativas ao monopólio do petróleo às novas diretrizes impostas pela Emenda Constitucional nº 9/95, que flexibilizou o monopólio da União sobre a exploração do petróleo.

Refutando, ainda, o argumento do TCU, conforme exarado no Parecer AC 15 da advocacia geral da União de julho, 2004, constata-se, portanto, que foge à competência da Corte de Contas o controle da constitucionalidade de leis e decretos, cabendo-lhe fiscalizar a legalidade dos procedimentos administrativos. Em consequência, a manifestação quanto à inconstitucionalidade representa um posicionamento, mas não uma decisão. Desta forma, em pleno vigor a lei e o decreto de que aqui se trata.⁵

O parecer AC 15 da AGU dispôs da seguinte maneira acerca da constitucionalidade do ato, “a inaplicação – por alegada inconstitucionalidade do regime simplificado – a todo o Grupo PETROBRÁS, esbarra no respeito ao princípio da presunção de constitucionalidade das leis e da legalidade dos atos da administração até que

⁵ Parecer AC 15 da advocacia geral da União julho, 2004. Disponível na internet em: <<http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalhado>>.

sobrevenha decisão judicial em contrário, sendo insuficiente a opinião do TCU a quem cabe tão só julgar a regularidade das contas”.

Finalizando o presente estudo, observa-se que a aplicação deste Procedimento Licitatório Simplificado é de suma importância para que a Petrobras, e suas subsidiárias atendam à dinâmica do setor petrolífero, caracterizado por um ambiente de livre competição com outras empresas, onde agilidade e eficiência são fundamentais para o desenvolvimento das atividades operacionais com economicidade e rentabilidade.

Referências

- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. 20. ed. Rio de Janeiro, 2006.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Direito Administrativo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**, 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Sistema de ciência positiva do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. Tomo I, p. 99.
- SILVA, Gustavo Scatolino; TRINDADE, João. **Manual de Direito Administrativo**. [s.l.]: Jus Podium, 2012.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**, São Paulo: Dialética, 2005.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- Parecer AC 15 da advocacia geral da União**, julho, 2004. Disponível na internet em: <<http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalhado>>.

Referência do artigo

PEREIRA, Marília Guadalupe de Mendonça Galvão. A controvérsia sobre o procedimento licitatório simplificado disposto no Decreto Presidencial nº 2.745/98 Aplicável à Petrobras. **Revista da ESMape**, Recife, v. 20, n. 41, p. 163-174, jan./jun. 2015.

A desconsideração da personalidade jurídica: Uma análise sobre o novo Código de Processo Civil

Otávio Luis Leal de Vasconcelos

Pós Graduando em Direito Civil e Processo Civil pela Escola Judicial do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP e Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco – TJPE

Resumo

O objeto deste artigo é a desconsideração da personalidade jurídica, analisado à luz do Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015) e suas possíveis implicações, a partir de uma leitura do direito material e do período em que o instituto não possuía regramento processual próprio e era aplicado, sobretudo com base na doutrina e jurisprudência. Afastada a pretensão de examinar todos os aspectos doutrinários e jurisprudenciais sobre o assunto, far-se-á breve estudo sobre a sua inclusão no direito proces-

sual brasileiro, com incursões sobre os principais aspectos procedimentais tais como: legitimação, forma de decretação, requisitos e fases processuais para sua aplicação. O objetivo não é esgotar o tema, mas contribuir a partir de novas ideias com a recém inclusão do instituto no Direito Processual Brasileiro.

Palavras-chave: Desconsideração da Personalidade Jurídica. Direito Processual Civil. Doutrina. Jurisprudência.

Abstract

The object of this article is to disregard doctrine, seen in the light of the new Civil Procedure Code (Law n°. 13.105, of March 16, 2015) and its possible implications from a reading of the right material and the period that the institute did not have own procedural regramento and was applied mainly based on jurisprudence and judicial practice. Far from the pretense of examining doctrinal and jurisprudential aspects of the subject, it will be a short study on

inclusion in the Brazilian procedural law, raids on key procedural aspects such as legitimation form of adjudication, requirements and stages procedure for their application. The purpose is not to exhaust the subject, but to contribute from new ideas with the newly inclusion of Procedural Law Institute in Brazil.

Keywords: Disregard of doctrine. Civil Procedure. Jurisprudence. Judicial practice.



1 O princípio da autonomia da pessoa jurídica

A aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica está intimamente atrelada a função da pessoa jurídica. Assim, necessário introduzirmos a temática a partir do surgimento e da função da personalidade jurídica.

O homem por sua natureza gregária se reúne em grupos visando a consecução de objetivos comuns, sejam eles oriundos das relações econômicas, sociais ou mesmo familiares.

Neste sentido, a lição de Marcos Ehrhardt Jr para quem a atribuição de personalidade jurídica propiciou uma atuação autônoma e funcional a esses agrupamentos de interesses de modo a permitir a realização de seus objetivos num ambiente de cooperação.¹

Em que pese a importância da personalidade jurídica nas relações sociais como podemos verificar na formação de associações e fundações, foi no campo das relações econômicas que o instituto ganhou maior destaque, sobretudo diante da consagração do princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica. O referido princípio se confunde com a própria compreensão do conceito de pessoa jurídica:

O instituto da pessoa jurídica pode ser compreendido como uma técnica de separação patrimonial utilizada pelo sistema jurídico para permitir a distinção entre a criatura (pessoa jurídica) e seus criadores, mediante atribuição de personalidade própria para permitir que seus integrantes, desde que observados os requisitos legais, não se tornem os titulares dos direitos e obrigações imputados à pessoa jurídica, ser dotado de identidade própria e de autonomia.²

O princípio da autonomia de maneira perfunctória pode ser entendido a partir de três vetores como diz a doutrina, quais sejam: (i) a pessoa jurídica não se confunde com àqueles que a integram; (ii) os direitos e deveres da pessoa jurídica e seus membros são autônomos, e, por fim, (iii) a impossibilidade, em regra, de cobrança dos respectivos membros por dívidas ou obrigações provenientes da pessoa jurídica. Este último aspecto é tido como mecanismo relevante de garantia para criação de empresas.³

1 Cf. EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. **Direito Cvil – LICC e Parte Geral Volume 1**. Editora Juspodium., Salvador: 2009. p. 239.

2 EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. **Direito Cvil – LICC e Parte Geral Volume 1**. Editora Juspodium, Salvador: 2009. p. 241

3 Cf. EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. **Direito Cvil – LICC e Parte Geral Volume 1**. Editora Juspodium, Salvador: 2009. p. 242



Sobre esse aspecto de relevância na atividade econômica, Fredie Didier Jr, comenta o papel da personalidade jurídica como princípio constitucionalmente protegido, chegando a falar, inclusive, em função social da pessoa jurídica empresária.⁴

Ocorre que, esse caráter protetivo do princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica muitas vezes é utilizado de maneira deturpada com o fito exclusivo de praticar fraudes e obter vantagens que não se coadunam com a finalidade do instituto, caracterizando verdadeiro ato ilícito. Nessas situações, impõe-se a atuação do Estado no sentido de reprimir essa utilização fraudulenta, principalmente para proteger a ordem econômica, a propriedade, e na forma subjetiva os credores.

2 Teoria da desconsideração da personalidade jurídica: Conceito, distinções e pressupostos de incidência

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica remonta historicamente de construção jurisprudencial, em especial, a inglesa, no caso *Salomon versus Salomon* em 1897, onde, pela primeira vez a *disregard doctrine* foi aplicada em uma sentença, muito embora posteriormente reformada pela Casa dos Lords que decidiu pela impossibilidade da responsabilização pessoal dos sócios por dívidas da empresa. Posteriormente, a *disregard of legal entity* ganhou forte aplicação nos Estados Unidos.⁵

A desconsideração da personalidade jurídica pode ser entendida como a ineficácia parcial, da autonomia patrimonial da pessoa jurídica nas hipóteses de utilização abusiva da personalidade. Explicamos.

A ineficácia parcial da autonomia patrimonial da pessoa jurídica consiste na possibilidade de, em decorrência de atos específicos, fora dos objetivos sociais, adentrar no patrimônio protegido pela distinção entre instituidor e o ente instituído. Decorrente disso, não há falar em despersonalização, ou seja, a personalidade jurídica permanece para todos os demais efeitos. Neste sentido a doutrina de Paulo Lôbo para quem “o ato desviante é válido, porém ineficaz. A ineficácia não desce ao plano da validade ou da existência.”⁶

4 DIDIER JR, Fredie. **Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica**. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/aspectos-processuais-da-desconsideracao-da-personalidade-juridica.pdf>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2015.

5 Cf. RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Curso de Direito Empresarial**. Editora Juspodium, Salvador: 2010. p. 355.

6 LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Parte Geral**. Saraiva, Salvador: 2010. p. 188.

Já a utilização abusiva da personalidade pode ser caracterizada de forma ampla, tais como: desvio de finalidade, confusão patrimonial e abuso de direito.

Importante distinção é a que se faz entre a desconconsideração da personalidade jurídica e a imputação direta de responsabilidade aos sócios, muitas vezes confundida pela doutrina e jurisprudência:

(...) Aplica-se a teoria da desconconsideração, apenas, se a personalidade jurídica autônoma da sociedade empresária colocar-se como obstáculo à justa posição de interesses; se a autonomia patrimonial não impede a imputação da responsabilidade ao sócio ou administrador não existe desconconsideração. (...) A personalidade jurídica é desconconsiderada quando não se puder imputar diretamente o ato fraudulento ao sócio; o ato era aparentemente lícito.⁷

Cumpra esclarecer também, que a teoria da desconconsideração da personalidade jurídica subdivide-se em duas categorias conforme os pressupostos de sua incidência, quais sejam: teoria maior e teoria menor. Sobre o tema, a Ministra do Superior Tribunal de Justiça Nancy Andrighi em seu voto-vista quando do julgamento do Recurso Especial 279273/SP aponta:

(...) A teoria maior não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente. Exige-se aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade, ou a demonstração de confusão patrimonial. A prova do desvio de finalidade faz incidir a teoria (maior) subjetiva da desconconsideração. O desvio de finalidade é caracterizado pelo ato intencional dos sócios em fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica. A demonstração da confusão patrimonial, por sua vez, faz incidir a teoria (maior) objetiva da desconconsideração. A confusão patrimonial caracteriza-se pela inexistência, no campo dos fatos, de separação patrimonial do patrimônio da pessoa jurídica e do de seus sócios, ou, ainda, dos haveres de diversas pessoas jurídicas. A teoria maior da desconconsideração, seja a subjetiva, seja a objetiva, constitui a regra geral do sistema jurídico brasileiro, positivada no art. 50 do CC/2002. A teoria menor da desconconsideração, parte de premissas distintas da teoria maior: para a incidência da desconconsideração com base na teoria menor, basta a prova da insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial. (...) No ordenamento jurídico brasileiro, a teoria menor da desconconsideração foi adotada excepcionalmente, por exemplo, no Direito Ambiental (Lei n. 9.605/1998, art. 4º) e no Direito do Consumidor (CDC, art. 28, § 5º).⁸

7 DIDIER JR, Fredie. **Aspectos processuais da desconconsideração da personalidade jurídica**. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/aspectos-processuais-da-desconsideracao-da-personalidade-juridica.pdf>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2015.

8 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ) Resp n° 279273/SP. 3ª Turma. Relator: Min. Ari Pargendler, Dj em 29/03/2004).



Por fim, pode-se falar ainda na desconsideração inversa da personalidade jurídica que consiste na possibilidade da quebra da autonomia patrimonial a fim de executar bens da sociedade por dívidas pessoais dos sócios, o instituto vem sendo muito aplicado no direito da família nos casos em que um dos cônjuges desvia bens pessoais para a empresa com a finalidade de afastá-los da partilha.⁹

3 A decretação da desconsideração da pessoa jurídica antes da Lei n. 13.105/2015

Não há, atualmente, regramento processual que regule especificamente a aplicação da disregard doctrine no Brasil, o que gera inúmeras discussões doutrinárias e uma aplicação processual não uniforme do instituto nas suas mais variadas vertentes, seja quanto a forma de decretação, legitimação, requisitos e fase processual em que se admite o instituto. Assim, é possível encontrar julgados díspares quando o assunto é a efetivação pelo Direito Processual da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Inicialmente, há de se destacar a utilização não técnica, por parte da jurisprudência e doutrina, do termo declaração da desconsideração da personalidade jurídica, e aqui, adotamos a linha sustentada por Fredie Didier Jr na qual não há falar em declaração, mas sim, em decretação. Para o autor, o instituto constitui uma sanção, portanto, deve ser decretada e não declarada.¹⁰

Quanto à forma, durante o vigente Código de Processo Civil de 1973 adotou-se a linha de que a utilização do instituto dispensa a instalação de uma ação autônoma, podendo ser aplicada de modo incidental ao processo no qual se discuta obrigações relativas à empresa ou mesmo em juízo falimentar.

Quanto a legitimação não há um consenso doutrinário. Na visão de André Luiz Santa Cruz Ramos a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica depende de requerimento da parte ou do Ministério Público. Para tanto, utiliza como paradigma o artigo 50 do Código Civil. Para o autor, mesmo o Código de Defesa do Consumidor e a Legislação ambiental não poderiam permitir que

9 Cf. GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor: Código Comentado e Jurisprudência**. Editora Juspodium, Salvador: 2013. p. 271

10 DIDIER JR, Fredie. **Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica**. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/aspectos-processuais-da-desconsideracao-da-personalidade-juridica.pdf>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2015.

o juiz de ofício decretasse a penetração no patrimônio dos sócios.¹¹ Ao reverso, há quem entenda, conforme lição de Leonardo Medeiros Garcia, na possibilidade da decretação de ofício, sempre que se esteja diante da teoria menor, como nos casos consumeristas e ambientais por se tratar de normas de ordem pública e interesse social.¹²

No que pertine aos requisitos, como já explanado quando da análise dos pressupostos de incidência, o requerente deverá apontar as condições conforme a situação concreta se enquadre na teoria maior ou menor. Na primeira, há necessidade de demonstração do desvio de finalidade ou confusão patrimonial, bastando, na segunda hipótese, apenas a demonstração da insolvência.

Em relação ao momento processual em que se admite a aplicação da teoria, Fredie Didier Jr aponta 3 momentos de aplicação: (i) a possibilidade de instalação de forma incidental no processo de conhecimento, desde que respeitado o contraditório e a ampla defesa; (ii) a formação de um litisconsórcio eventual, ou seja, desde o início da fase cognitiva, onde o autor pode demandar contra a empresa e os sócios; e por fim (iii) admite também, como lícita, a citação do sócio no processo de execução, desde que instaurado um processo cognitivo para efetivação do contraditório.¹³

Neste cenário, fácil concluir que a inexistência de regramento processual próprio sobre a teoria da desconsideração da personalidade jurídica levou a aplicação disforme no campo processual. Sobretudo, diante de um direito material também dissonante. Atento a esta necessidade, a novel legislação processual civil, a Lei 13.105/15, atualmente em período de *vacatio legis*, trouxe capítulo próprio regulando a matéria que analisaremos em breves comentários.

11 Cf. RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Curso de Direito Empresarial**. Editora Juspodium, Salvador: 2010. p. 352.

12 Cf. GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor: Código Comentado e Jurisprudência**. Editora Juspodium, Salvador: 2013. p. 271

13 DIDIER JR, Fredie. **Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica**. Disponível em: <http://www.frediedier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/aspectos-processuais-da-desconsideracao-da-personalidade-juridica.pdf>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2015.



4 A desconsideração da personalidade jurídica no novo Código de Processo Civil

4.1 Uma nova modalidade de intervenção de terceiros

De início, atenção especial deve ser dispendida em relação a localização topográfica que o legislador concebeu à processualização da desconsideração da personalidade jurídica.

A lei 13.105/2015 que instituiu o Novo Código de Processo Civil, no seu título III versa sobre a Intervenção de Terceiros, e, foi neste título, mais precisamente no capítulo IV que foi criado o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica (art. 133 ao 137).

A inclusão do incidente de desconsideração da personalidade jurídica como modalidade de intervenção de terceiros nos parece que se coaduna com a natureza jurídica da intervenção, tendo em vista constituir fato jurídico processual que implica uma alteração da relação jurídica processual existente. Deste modo, um terceiro, autorizado pela lei, ingressa no processo transformando-se em parte.¹⁴

No entanto, partindo da premissa de que o incidente constitui nova modalidade de intervenção de terceiros, destacamos que a partir de uma análise atenta de todos os dispositivos que regularam a matéria é possível afirmar que nem sempre a desconsideração se dará mediante intervenção de terceiros. Explicamos.

O artigo 134 da Lei 13.105/15, em seu parágrafo 2º, versa: “Dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica.”¹⁵ Infere-se que aqui, a situação se amolda a formação de um litisconsórcio, ou seja, não haverá terceiro, mas sim, parte. Neste cenário, não foi outro o entendimento do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis que aprovou um enunciado versando sobre o tema, precisamente o de nº 125, qual seja: “Há litisconsórcio passivo facultativo quando requerida a desconsideração da personalidade jurídica,

14 DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. Vol. 1 Editora Juspodium, Salvador: 2009. p. 331.

15 BRASIL Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Novo Código de Processo Civil Brasileiro. Legislação Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 22 de abril de 2015.

juntamente com outro pedido formulado na petição inicial ou incidentemente no processo em curso.”¹⁶

Devemos aqui tecer uma breve crítica a opção do legislador pela utilização da conjunção alternativa “ou” no parágrafo 2º do artigo 134 do Novo Código de Processo Civil, posto que, a literalidade do dispositivo pode levar o julgador ao entendimento de que realizado o pedido de desconsideração na petição inicial só será possível a citação do sócio ou da pessoa jurídica para responder a demanda.

Optamos por interpretar o dispositivo no sentido de que a conjunção alternativa “ou” fora utilizada na acepção de que se o pedido for pela desconsideração da personalidade jurídica inversa será citada também a pessoa jurídica, se se tratar da desconsideração da personalidade jurídica propriamente dita, será citado também o sócio. No que se assemelha a formação de um litisconsórcio eventual, fenômeno apontado por Araken de Assis, citado por Fredie Didier Jr:

(...) trata-se de fenômeno que normalmente ocorre no pólo passivo da demanda, Muito importante no tratamento processual da desconsideração da personalidade jurídica. No litisconsórcio eventual a procedência de um pedido implica a improcedência do outro, podendo, ainda, obviamente, ambos ser improcedentes.¹⁷

Ultrapassada, a análise da localização topográfica do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica como nova modalidade de intervenção de terceiros passemos a analisar a questão dos legitimados para sua propositura.

4.2 Dos legitimados

O artigo 133 da Lei 13.105/15 versa que “o incidente será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.”¹⁸ Mais uma vez, o legislador prestigiou a disposição que vinha sendo adotada pela jurisprudência que se utilizava da dicção do artigo 50 do Código Civil para aplicar o

16 Enunciados Consolidados do Fórum Permanente de Processualistas Cívis. Disponível em: https://www.academia.edu/9845423/Enunciados_consolidados_do_F%C3%B3rum_Permanente_de_Processualistas_Civis. Acesso em: 27 de abril de 2015.

17 DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. Vol. 1 Editora Juspodium, Salvador: 2009. p. 314.

18 BRASIL Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Novo Código de Processo Civil Brasileiro. Legislação Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 22 de abril de 2015.



posicionamento de que a desconsideração só caberia a partir do requerimento da parte ou do Ministério Público.

Perceba-se que o legislador não fez qualquer menção a instauração do incidente ex officio, o que nos leva a adotar a posição de que somente as partes e ao Ministério Público caberá instaurá-lo, ainda que se trate das hipóteses referente as relações consumeristas e ambientais.

Neste sentido, nos parece que o mesmo juízo fora adotado pelo Fórum Permanente de Processualistas Civis, uma vez que o enunciado n. 124 defende que “a desconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho deve ser processada na forma dos arts. 133 a 137, podendo o incidente ser resolvido em decisão interlocutória ou na sentença.”¹⁹

Ora, se a aplicação da disregard doctrine no direito do trabalho possui a mesma ratio do direito do consumidor e ambiental, ou seja, adotam a teoria menor da penetração, e assim, a mera insolvência patrimonial configuraria razão para o descortinamento do véu da personalidade jurídica. E ainda, se a aplicação do instituto ex officio só era defendida quando referente as legislações protetivas por sua característica de interesse social e vulnerabilidade destas relações, entendemos que se os processualistas do supracitado fórum entendem que no processo trabalhista se deve seguir as regras do Novo Código de Processo, outra conclusão não há, quanto a adoção do mesmo entendimento nas relações de consumo e ambiental. Dito de outro modo, ainda que se trate de relação trabalhista, consumerista ou ambiental, a instauração não se dará de ofício devendo haver requerimento expresso da parte ou do Ministério Público.

4.3 Da forma de instauração e pressupostos de incidência

A forma da instauração do incidente é ponto que nos parece a princípio não oferecer maiores problemas. Instaurado pelos legitimados do art. 133, o § 1º, diz que “o pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei.”²⁰

19 Enunciados Consolidados do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Disponível em: https://www.academia.edu/9845423/Enunciados_consolidados_do_F%C3%B3rum_Permanente_de_Processualistas_Civis. Acesso em: 27 de abril de 2015.

20 BRASIL Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Novo Código de Processo Civil Brasileiro. Legislação Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 22 de abril de 2015.

Sobre os pressupostos de incidência já trouxemos a lição precisa da ministra Nancy Andrighi, a qual teceu comentários a respeito da teoria maior e menor. Deste modo, forçoso reconhecer que caberá ao demandante, a partir do direito material deduzido em juízo, a partir da legislação pertinente a matéria, seja civil, ambiental, consumerista demonstrar à luz dessas legislações a configuração da desconsideração da personalidade jurídica, inclusive, na sua forma inversa, que o legislador fez questão de fazer previsão expressa conforme dicção do § 2º do mesmo artigo.

4.4 Do momento processual

O artigo 134 da Lei 13.105/15 dispõe que “o incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.”²¹

Aqui importante atenção trouxe o legislador no tocante a possibilidade de instalação da execução fundada em título executivo extrajudicial. Tal previsão se coaduna com a doutrina majoritária que defende a necessidade de efetivação do contraditório sempre que aplicado o instituto da desconsideração.

Neste sentido, Fredie Didier Jr, quando da análise sobre o tema, no ainda vigente Código de Processo Civil de 1973:

Admite-se como lícita, também, a citação do sócio já no processo de execução, desde que se instaure um incidente cognitivo no processo executivo, para que se apure, em contraditório, o preenchimento dos pressupostos legais que autorizam a aplicação da teoria bem como se lhe permita o exercício de sua ampla defesa. Não é necessária a instauração de um processo de conhecimento com esse objetivo; o que se impõe é a existência de uma fase cognitiva, mesmo incidente, de modo que o contraditório possa ser exercitado.²²

Portanto, o respeito ao contraditório constitui vetor que rege a instauração do incidente de desconsideração como verdadeira garantia das partes.

²¹ Idem.

²² DIDIER JR, Fredie. **Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica**. Disponível em: <http://www.frediedier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/aspectos-processuais-da-desconsideracao-da-personalidade-juridica.pdf>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2015.



4.5 Dos meios de impugnação

O artigo 136 da Lei 13.105/15 prevê que concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por meio de decisão interlocutória, enquanto o parágrafo único do supracitado artigo dispõe que se a decisão for proferida por relator caberá agravo interno.

A lei 13.105/15 em seu artigo 1.015 traz as hipóteses do cabimento de agravo de instrumento dentre os quais, destaca-se, em seu inciso IV, a possibilidade da utilização do referido recurso das decisões interlocutórias que decidirem o incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

4.6 Dos embargos de terceiros

Questão controvertida foi a inclusão no novo regramento processual, mais precisamente em seu artigo 674, § 2º, III, da possibilidade da utilização dos embargos de terceiros por aquele que sofrer constrição judicial de seus bens por força da desconsideração da personalidade jurídica, de cujo incidente não fez parte.

Embora concordemos com a aplicação do referido instituto, uma vez que, conforme a parte final do inciso III, será possível sempre que a constrição recair sobre aquele que não fez parte do incidente, e deste modo, que ainda não faz parte da relação jurídica processual, e portanto, terceiro, cumpre para efeitos didáticos trazer à baila que o atual posicionamento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que no vigente Código de Processo Civil de 1973 o instituto cabível seria os embargos do devedor, conforme a itinerante jurisprudência daquela corte de justiça. Neste sentido, o acórdão do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 1378143/SP de relatoria do Ministro Raúl Araújo: “os embargos do devedor são o meio adequado para defender interesse patrimonial do ex-sócio incluído no polo passivo da execução por força da desconsideração da personalidade jurídica da empresa.”²³

23 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ) AgRg no Ag n° 1378143/SP. 4ª Turma. Relator: Min. Raul Araújo, Dj em 06/06/2014).



5 Conclusão

É possível perceber que a Lei n. 13.105/2015 que disciplinou o procedimento de desconsideração da personalidade jurídica o fez com base na jurisprudência e doutrina que aplicavam o instituto ainda que sem regramento processual próprio.

Dito isto, verificou-se que o Novo Código de Processo Civil ao incluir a desconsideração da personalidade jurídica como nova forma de intervenção de terceiros, trouxe regras sobre o incidente que versou desde os legitimados para propositura de sua instauração, seus pressupostos de incidência, fases processuais e meios de impugnação.

Nos resta, portanto, verificar como doutrina e jurisprudência tratará o incidente, quando da sua efetiva utilização com o fim do período de *vacatio legis* da Lei n. 13.105/2015.

Referências

BRASIL Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Novo Código de Processo Civil Brasileiro**. Legislação Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 22 de abril de 2015.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. Vol. 1 Editora Juspodium, Salvador: 2009

_____. **Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica**. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/aspectos-processuais-da-desconsideracao-da-personalidade-juridica.pdf>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2015.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. **Direito Cvil – LICC e Parte Geral Volume 1**. Editora Juspodium., Salvador: 2009.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor: Código Comentado e Jurisprudência**. Editora Juspodium, Salvador: 2013

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Parte Geral**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Curso de Direito Empresarial**. Editora Juspodium, Salvador: 2010.

Referência do artigo

VASCONCELOS, Otávio Luis Leal de. A desconsideração da personalidade jurídica: Uma análise sobre o novo Código de Processo Civil. **Revista da ESMape**, Recife, v. 20, n. 41, p. 175-188, jan./jun. 2015.

A função jurisdicional e a sociedade

Rosângela Araújo Viana de Lira

Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

Professora Adjunta de Introdução a Ciência do Direito e Direito Civil da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP).

Resumo

Este artigo científico jurídico trata da função jurisdicional e demonstra que através de suas decisões pode o magistrado gerar um enfraquecimento das tensões sociais na medida em que neutraliza a pressão exercida pelos problemas. Observa que o magistrado independente seria aquele que consciente de seu papel na sociedade dela não se afasta, e busca estar em sintonia com a sua realidade. Verifica que através

de suas decisões impede a continuação de um conflito ou de vários conflitos. Considera-se a observação pessoal da autoral, artigos de livros e artigos de internet para demonstrar que uma função jurisdicional mais próxima da sociedade associada a princípios éticos é mais eficaz.

Palavras-chave: Decisão judicial. Conflitos Sociais. Eficácia.

Abstract

This scientific and juridical written work deals with the jurisdictional function and demonstrates that through the judicial decisions the judge can be responsible to minorate the social tension as he neutralizes the social pressure caused by the social conflicts. Observes that an independent judge is conscious of his role in society and from it he is attentive and searches to be in sintonia with his reality. Verifies that

through judicial decision the judges avoid the continuation of the social conflicts. Considering the personal observation of the writer, doctrine, and internet to demonstrate a judicial activity more close to society and associated to moral principles is more effective.

Keywords: Judicial decision; Social conflicts. Effectiveness.

Os países da América do Sul e Caribe estão emergindo de um período de mudanças e ajustes. Estas mudanças têm provocado uma maior reflexão do papel do Estado. Percebe-se uma tendência a conduzir os países a uma economia de mercado em que os setores privados têm o Estado como um importante regulador da atividade do setor privado e do desenvolvimento. Contudo, devemos nos questionar se estamos respondendo de modo efetivo a estes desafios.

Percebe-se que os diversos governos do nosso hemisfério estão se engajando na construção de instituições que proverão maior eficiência, autonomia funcional e um serviço de qualidade.

O Poder Judiciário é uma instituição pública que deve se conduzir de modo a fornecer uma prestação jurisdicional eqüitativa e transparente para os cidadãos, os agentes econômicos e para o Estado. Entretanto, em muitos países da região da América Latina e Caribe percebe-se uma necessidade de reforma com o intuito de melhorar a qualidade e a eficiência na administração da justiça.

Em muitas partes o Judiciário tem vivido a imensa morosidade na condução do processo, acesso limitado pela população, principalmente as de baixa renda, falta de transparência e uma fraca confiança no sistema judicial.

Observa-se alguns fatores que provocam a ineficiência na administração da justiça. Tal ineficiência é o produto de muitos obstáculos, dentre os quais destacamos a falta de independência do Judiciário, a inadequada capacidade administrativa das Varas, o andamento ineficiente do processo, o número pequeno de magistrados ante o grande número de processos distribuídos, práticas funcionais não competitivas, o treinamento inadequado de servidores, fracas ou nenhuma sanção em relação a comportamentos antiéticos, entre outros.

Verifica-se que existe uma necessidade de definir um programa de reformas judiciais que possa se adaptar as necessidades específicas de cada país.

No Brasil, o Poder Judiciário vive uma época de desafios e oportunidades. Já se tornou perceptível os esforços do nosso país perante as outras nações no sentido de consolidar sua economia e obter níveis seguros de crescimento que conduzam a um desenvolvimento efetivo.



Observa-se que os países que já conseguiram algum avanço, em seus primeiros passos, tiveram uma visão abrangente que alcançou a economia, a eficiência administrativa e a fortificação de suas instituições. A questão da justiça, então, está inserida no contexto geral de reforma governamental e modernização. Tais reformas e modernização requerem ajustes no sistema legal, este último não pode e não deve permanecer isolado do crescimento econômico, da globalização e da troca de relações de todos os tipos entre os diversos membros da comunidade internacional.

Percebe-se um esforço para abertura da economia no Brasil, conseqüentemente medidas para vencer a pobreza e a tentativa de trazer todos os setores da sociedade para o processo de produção. O que nos chama à atenção é o desafio das democracias modernas em solidificar o Direito em padrões modernos e estáveis bem como em um sistema legal independente, moderno e responsável.

Evidencia-se que apesar das dificuldades óbvias, nosso país e em particular o Estado de Pernambuco, vêm reagindo de forma favorável a estas questões e o desejo por mudanças é evidente.

Assim, pretende-se discutir os principais elementos necessários a identificar e garantir a independência do magistrado, uma vez que o Poder Judiciário somente será equitativo e eficiente se os seus componentes, principalmente os magistrados tiverem a consciência de seu papel e o próprio Estado garantir e corroborar com um trabalho eficiente por parte deles. Estes elementos vistos de uma forma geral tendem a garantir a eficiência e a efetividade do Judiciário, isto é, a habilidade do magistrado na resolução de conflitos em sintonia com a realidade e em um tempo, pelo menos por todos aceito como razoável.

Acredita-se que, pela razão do Brasil e do Estado de Pernambuco, apesar das dificuldades, continuarem com o processo de desenvolvimento econômico, uma maior importância tem sido dada à reforma judicial, uma vez que o bom funcionamento do Judiciário é deveras importante para o desenvolvimento econômico.

Para a democracia, o abandono das instituições públicas onde os cidadãos são iguais é mais funesto que a má distribuição de rendas.¹

¹ Democracia. Disponível em: <http://tesseract.sites.uol.com.br/direitosminorias.htm>. Acesso em: 02/02/2015 às 15:00h.

O eixo central da democracia é a idéia de soberania popular, ou seja, a ordem política produzida pela ação humana. Democracia também significa limitação do poder, inclusive o poder do Estado.

Verifica-se que há uma possibilidade de os brasileiros estarem confusos quanto ao significado da democracia por termos nos afastado dos princípios que serviram de base a fundação do país.

Evidencia-se que a democracia não se resume a um apelo a igualdade abstrata de direitos, mas combate a desigualdade, pelo acesso às decisões públicas. Assim, todos os governos democráticos devem ter um judiciário independente que personifique todos os princípios da separação dos poderes.

Entende-se por função jurisdicional aquela que é realizada pelo Poder Judiciário, tendo em vista aplicar a lei a uma hipótese controvertida, mediante processo regular, produzindo, afinal, a coisa julgada, com o que substitui, definitivamente, a atividade e a vontade das partes.

Observa-se que os Juízes estão verdadeiramente preocupados por estabelecer os elementos básicos que possam efetivamente distinguir e delinear um Poder Judiciário independente bem como a independência individual do juiz.

Neste sentido, Carl Schmitt: "*Bandrés afirma que a independência judicial constitui um direito fundamental dos cidadãos, inclusive o direito á tutela judicial e o direito ao processo e julgamento por um Tribunal independente e imparcial!*"²

Evidencia-se a importância do o debate interno, inclusive sobre como os seus integrantes podem exercer suas atividades considerando os interesses da comunidade da qual fazem parte.

O magistrado catarinense Lédio Rosa de Andrade defende a idéia que "*sem antes conhecer a si mesmo, saber sua real função na sociedade, entender o caráter ideológico de seu laboro, torna-se impossível, ao magistrado, converter-se em um operador jurídico orgânico, transformador.*"³

2 Carl Schmitt, La defensa de la constitución, tradução de Juárez tavarez, São Paulo, Editora RT, 1995, p.87 in Alexandre de Moraes, **Direito Constitucional**, p.45.

3 Lédio Rosa de Andrade, **Juiz Alternativo e Poder Judiciário**, p.40.

Observa-se, na atualidade, dentre os magistrados, uma parcela de juizes que por opção afastam-se do povo de forma que sequer entendem necessária a prestação de contas de seus atos perante a sociedade. Nesse cenário, o Estado de Pernambuco tem se demonstrado heterogêneo e conflitivo, a noção de justiça substantiva começa a perturbar a rotina daqueles que aplicam a lei no âmbito de um poder que, por tradição, em todo o país e também neste Estado, tem se apresentado como eminentemente técnico, neutro, profissionalmente independente, autônomo e soberano.

Contudo, já visualiza-se que muito mais no cotidiano de primeira instância, onde ocorre com mais veemência o choque entre o sistema jurídico e as condições reais da sociedade, do que nos tribunais superiores, os julgadores, cada vez mais, se conscientizam da existência de um fosso entre os problemas sociais emergentes e as leis em vigor.

Notadamente em Pernambuco, os magistrados estão enfrentando o desafio de ajustar sua função a uma sociedade em crise.

Apesar de polemica, a iniciativa de questionar as tradicionais técnicas de interpretação na aplicação do Direito a situações não rotineiras merece destaque, pois, denota uma preocupação por parte do nosso Judiciário em como ele é visto pela população pernambucana, pois, ao Judiciário cabe o julgamento dos casos concretos a ele submetidos, em contra partida, os segmentos sociais diversos julgam o Poder Judiciário.

Em sua obra *Direito e Utopia*, João Baptista Herkenhoff expressa que uma equívoca compreensão da independência do Poder Judiciário, alimenta uma concepção que isola o magistrado e assim fecha os canais de comunicação entre a justiça e a população.⁴

Percebe-se que, de uma forma geral, para o povo as atividades do Judiciário são quase que “secretas”, ou seja, desconhecidas da população. Tal forma de proceder pode colocar em risco a confiabilidade ainda existente.

Neste sentido, Volnei Carlin expressa: **“é básico que o povo somente terá respeito e credibilidade em sua justiça, se a conhecer bem”**.⁵

4 João Baptista Herkenhoff. *Direito e Utopia*, p.35.

5 Volnei Ivo Carlin, *Justiça e Imprensa. Jurisprudência Catarinense*, Florianópolis, v.16, nº59, p.43, jan/mar, 1983 in Lédio Rosa de Andrade, íbis idem, p.42.

Defende-sea que os magistrados não devem relutar em aceitar a assertiva de que a visão que uma população tem de seus juízes é importante para que os próprios julgadores tomem consciência de seu papel na sociedade.

Ao Poder Judiciário cabe a prestação jurisdicional, mas ao magistrado individualmente cabe a atuação de uma prestação jurisdicional com uma função social que poderá resultar em transformações na sociedade a qual faz parte o julgador.

Percebe-se que faz-se necessário o esclarecimento entre a percepção da função do magistrado e o exercício desta função. Apesar de semelhantes, são coisas diversas. E, por não terem, os magistrados, uma visão clara sobre sua real função e sobre os conteúdos ideológicos que dela pode emanar causam uma visão mistificada sobre eles mesmos.

Do ponto de vista da sociedade deduz-se que esta demonstra que os Poderes do Estado não encontram, na população, credibilidade. Todavia, verifica-se que entre todos, o Poder Judiciário ainda possui um resquício de confiança, pelo que representa ou tem representado ao longo de nossa história, porém, está muito distante no que diz respeito a uma representação do ideal popular de justiça.

Isto se dá em razão de a população sempre ter visto o magistrado de forma mística⁶ e distante do povo.

Ressalta-se, também, aquela parcela da sociedade que vive em extrema pobreza e sequer chegam a ser descontente com o Poder Judiciário por estar alijada deste Poder.

Ora, o magistrado compõe o Poder Judiciário e exerce um poder em nome do povo.

O distanciamento pode representar uma perda substancial para o Judiciário, pois, a barreira existente entre o povo e o juiz empobrece as duas partes e não contribui para o aperfeiçoamento da justiça.⁷

Verifica-se que o prestígio do Judiciário pode permanecer inabalável por gerações ou decair pela seguinte medida: o respeito dado às decisões. O respeito por

6 Lédio Rosa de Andrade, *Ibid* f. xx

7 Francisco Carlos Rocha de Barros. Distância entre povo e poder ainda é enorme. *Jornal O Estado de São Paulo*, São Paulo, 09 de maio de 1990, p.16.



um julgamento depende de sua coerência, sua lógica, sua força intelectual, sua equanimidade, seu senso comum, suas raízes nos princípios naturais da lei e da justiça e sua contínua vitalidade em um mundo de mudanças.

Contudo, estes padrões de obtenção de sabedoria que um magistrado pode alcançar se tornam irrelevantes se a sua decisão não for reconhecida como um reflexo de sua ética. Uma decisão judicial não receberá nenhuma séria consideração por parte da comunidade jurídica e da população se eles não estiverem confiantes sobre a conduta do magistrado.

Esta conduta também é um reflexo do comportamento do magistrado em suas relações com a família, os seus colegas juizes, advogados, servidores, e com a sociedade. Quanto a esta última, vive-se em um tempo onde a população tem gradualmente procurado se informar sobre o funcionamento das instituições governamentais.

Quando o público volta a sua atenção para o Judiciário, o que ele vê? Condenação e cinismo? Ou Admiração?

Defende-se que *não existe uma maneira mais fácil de minar uma vida profissional, uma vida dedicada à magistratura do que aquela que ocorre quando um juiz fere, viola preceitos éticos que unem magistrados que compõem as sociedades que esperam receber o Direito que deles emana quando da aplicação da lei através de suas decisões judiciais.*

O membro da Suprema Corte de Justiça dos Estados Unidos, Anthony Kennedy, afirma que se deve observar três princípios para se estabelecer e manter um alto padrão de ética judicial⁸:

I – o juiz deve sempre honrar o compromisso pessoal de aderir a altos padrões de conduta ética no desempenho de seus deveres como magistrados assim como nas suas relações sociais;

II – o magistrado deve seguir os preceitos que o próprio Judiciário adotar e anunciar como regras escritas específicas. Tais regras devem nortear o juiz na sua atuação jurisdicional.

⁸ Anthony Kennedy, **Judicial Ethics and the Rule of Law**, Saint Louis University Law Journal, p.1067.

III – deve existir mecanismos e procedimentos judiciais adequados para o próprio Poder Judiciário receber e investigar alegações de má conduta por parte dos magistrados e tomar medidas rígidas em relação a uma má conduta. Somente desta maneira a população terá a certeza que o seu interesse em ter um Judiciário ético está sendo reforçado e assegurado.

No objetivo de manter uma atividade jurisdicional **ética** por parte dos magistrados deve ser reforçado nenhuma ou o mínimo de intervenção política.

Cada magistrado **é** livre para definir seus padrões éticos. Todavia, defende-se apenas que a instituição na qual o magistrado faz parte anuncie com precisão e clareza as responsabilidades éticas do juiz.

Todos os que trabalham com o Direito utilizam a linguagem da lei com uma familiaridade tal que por vezes nos faz esquecer que é uma linguagem com fundamento em princípios éticos.

O princípio é algo intangível, todavia, seguindo a boa doutrina alemã é o princípio o “*der Gheist*”⁹ da norma.

Alerta-se para o fato de que a imersão do dia-a-dia dos magistrados nos detalhes da lei não os devem tornar indiferentes ao seu significado. Devem estar conscientes da verdade que a lei consiste de palavras e conceitos que têm conteúdo ético intrínseco e uma força moral objetiva.

Para Arruda: *“o juiz tem de deixar de ser um pouco príncipe e ser um pouco mais cidadão”*¹⁰

É imprescindível ouvir os reclamos sociais através da busca de canais de comunicação com a sociedade para saber de que forma o Judiciário é visto pela população.

Assim a promoção de encontros e palestras¹¹ onde haja a iniciativa de reunir juízes e representantes de instituições de representação da sociedade é uma boa via.

9 Tradução: “O espírito”.

10 Edmundo Lima de Arruda et al. **Lições de Direito Alternativo**, p.129

11 Um bom exemplo foi o encontro “Interagindo com a Sociedade”, realizado na FUNDAC, sobre o qual noticiou o DOE de 23.2.2005, em artigo intitulado: “Amepe debate Judiciário com a Sociedade”.

Aliás, a transformação social por formas pacíficas merece destaque.

Nesse diapasão, pode-se inserir a prática judicial, pois, competirá ao magistrado construir um espaço onde ele próprio possa fazer da judicatura uma atividade transformadora não somente apontando erros e acertos, mas também propiciando as condições para um amplo processo de esclarecimento da real função do magistrado.

Afirma-se que nas incursões investigatórias, o processo de pensar criticamente o Direito implica no exercício da reflexão.

Temos que as considerações precedentes permite apontar o papel do magistrado e seu lugar existencial próprio na qualidade de juiz. O papel ativo do julgador é marcante sobretudo nos casos de lacunas e antinomias na legislação.

Conclui-se que a concepção de praticas diferenciadas e pluralistas que atendam à modernidade presente e ofereça instrumentos de acesso principalmente a população carente pode ser uma alternativa para o desenvolvimento e aprimoramento do magistrado.

É neste quadro que se poderá avançar, delimitando, primeiramente os princípios éticos que moldam e informam a atuação judicial.

Conclui-se, ainda, que de uma forma ou de outra os magistrados estão ligados uns aos outros solidariamente no mesmo compromisso de fazer a justiça na sociedade a qual estão inseridos.

Os magistrados enfrentam dificuldades comuns, os laços entre os juízes não somente em Pernambuco, mas em todo o Brasil e na comunidade internacional são reais e essenciais para preservar o Direito e a justiça.

Se os magistrados honrarem sua ética profissional, outros irão admirar a lei que eles aplicam.

Constata-se, por fim, que a visão mistificada da figura do magistrado é o resultado do abismo que se criou entre o povo e o seu exercício da cidadania.

Pondera-se que se há enormes contradições e profundas disparidades, fazendo com que grande parcela de nossa sociedade não desfrute do próprio reconhe-

cimento da condição humana, caberá ao magistrado a mudança ou pelo menos o abrandamento desta situação por parte da opinião pública.

Referências

- ANDRADE, Lédio Rosa de. **Juiz Alternativo e Poder Judiciário**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1992.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. **Uma Nova Introdução ao Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.
- ARRUDA JÚNIOR et al., Edmundo Lima de. **Lições de Direito Alternativo**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1991.
- BLACK, Donald. **Sociological Justice**. USA:Oxford University Press, 1989.
- DOKOLIAS, Maria. **The Judicial Sector in Latin America and the Caribbean**. Elements of Reform. Washington, DC-USA: World Bank Technical Paper Number 319, 1993.
- DURKHEIM, Emile. **Lições de Sociologia: a Moral, o Direito e o Estado**. 2. ed. Tradução de J.B.Damasco Penna. São Paulo: EDUSP, 1983.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Função Social da Dogmática Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1980.
- _____. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 1988.
- HERKENHOFF, João Baptista. **Direito e Utopia**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1990.
- MONTORO, Franco. **Elementos de Filosofia do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1974.
- WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1991.
- _____. **Pluralismo Jurídico**. Fundamentos de uma nova cultura do Direito. São Paulo: Alfa-Omega, 2000.

Referência do artigo

LIRA, Rosângela Araújo Viana de. A função jurisdicional e a sociedade **Revista da ESMape**, Recife, v. 20, n. 41, p. 189-198 jan./jun. 2015.



Normas para publicação

Standards
for
publication



Normas editoriais para publicação de trabalhos

A Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco – EJUD-TJPE recebe artigos escritos com foco nas diversas áreas do Direito para serem analisados e publicados na **Revista da ESMAPE**.

O artigo deverá atender as seguintes exigências:

1 Da apresentação

1.1 Ser inédito – nos formatos impressos e eletrônicos. Trabalho que tenha sido apresentado oralmente em congressos, seminários e eventos correlatos será aceito, desde que seja mencionado o evento em nota de rodapé.

1.2 Deve ser apresentado em papel branco, formato A4 (21,0 cm x 29,7 cm), digitado em word for windows, fontes times new Roman ou arial, tamanho 12, espaçamento 1½ entre linhas, vir acompanhado de cd-rom (identificado) e uma cópia impressa. Não deve ser encadernado. Também pode ser enviado por email – *revistadaesmape@gmail.com*

1.3 Deve conter, no máximo, 15 (quinze) laudas. As partes do trabalho devem ser esquematizadas por numeração progressiva, conforme a ABNT/NBR-6024/2003, adotando-se algarismos arábicos. Os títulos das seções do trabalho devem ser alinhados na margem esquerda e não utilizar ponto ou hífen após o numeral, apenas um espaço.

1.4 O artigo deve apresentar, logo após o título e subtítulo (se houver), o nome completo do autor, resumo curricular de, no máximo, 5 (cinco) linhas contendo sua situação acadêmica, títulos, instituições que pertence e exercício profissional atual. Na última página deverá conter o endereço, telefones e *email* do autor.

2 Da estrutura do artigo

O artigo deverá obedecer à seguinte ordem:

I. Título e subtítulo (se houver)

II. Nome e titulação acadêmica

III. Resumo na língua vernáculo com até, no máximo, 250 palavras (NBR-6028/2003), seguido de 3 (três) palavras-chave, separadas por ponto, que deverão indexar o artigo.

IV. Resumo na língua inglesa (*abstract*) com até, no máximo, 250 palavras (NBR-6028/2003), seguido de 3 (três) palavras-chave (*keywords*), separadas por ponto, que deverão indexar o artigo.

V. Introdução

VI Desenvolvimento

VII. Conclusão

VIII Referências – em ordem alfabética e normatizadas de acordo às normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT (NBR 6023/2002).

2.1 A *Revista da ESMape* adota para todas as subdivisões primárias e secundárias do trabalho o uso de negrito, utilizando-se as letras iniciais em maiúsculas, obedecendo às normas gramaticais.

2.2 Deve ser evitado o uso de negrito e sublinhado no corpo do trabalho. A *Revista da ESMape* adota o uso de negrito para destacar o título das obras citadas nas referências apresentadas no final do trabalho.

2.2 Todas as citações apresentadas no corpo do artigo devem indicar a fonte e serem descritas de acordo a norma da ABNT (NBR 10520/2002). O autor poderá apresentar as citações no formato do sistema numérico (notas de rodapé) ou autor-data. Qualquer sistema escolhido deve ser usado no decorrer de todo trabalho.



2.2.1 De acordo com a NBR 10520/2002, toda a citação textual que ultrapassar 3 (três) linhas deverá ser transcrita com recuo de parágrafo de, aproximadamente, 4 cm da margem esquerda, fonte 10, espaçamento simples, sem uso de aspas. Para destacar trechos da citação, usar negrito e a expressão – grifo nosso – entre parênteses. Deve-se evitar sublinhado e itálico, exceto para palavras estrangeiras.

2.2.2 O autor que adotar o sistema numérico (notas de rodapé), ao citar uma obra pela primeira vez no trabalho, deverá apresentá-la com todos os dados identificadores: autor, título, edição, tradução, local, editora, data e página onde a citação se encontra na obra original.

2.2.3 O autor que adotar o sistema autor-data poderá utilizar o numérico apenas para notas explicativas sobre o texto.

2.3 A lista de referências no final do trabalho é obrigatória.

2.3.1 Orientações básicas para elaboração de referências:

2.3.1.1 Livros (trabalho monográfico)

a) Livro considerado como um todo

SOBRENOME DO AUTOR ACOMPANHADO DO PARENTESCO (SE HOUVER), prenome. Título do livro, subtítulo (se houver). Número da edição. Local: Editora, data de publicação, volume ou tomo, quantidade de páginas.

Exemplos:

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil, procedimentos especiais**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v.III, 486 p.

STOCO, Rui; FRANCO, Alberto Silva (Coord.). **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**. 7.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 1 – parte geral, 2106 p.

b) Capítulo de livro

SOBRENOME DO AUTOR QUE ESCREVEU O CAPÍTULO ACOMPANHADO DO PARENTESCO (SE HOUVER), prenome. Título do capítulo. In: SOBRENOME DO AUTOR DO LIVRO, prenome. Título do livro; subtítulo (se houver). Número da edição. Local: Editora, data de publicação, volume ou tomo, quantidade de páginas.

Exemplo:

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Poder e justiça. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). **Direito e poder nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos: estudos em homenagem a Nelson Saldanha**. Burueiri: Manole, 2005.

Notas

- Edição: quando o livro se trata da primeira edição, não é necessário citá-la na referência.

Use: 12.ed. Não use: 12º edição ou 12º ed.

- Livros escritos por mais de três autores: cita-se o primeiro autor seguido da expressão, em latim, “et al.”. Esta regra tem exceção em projetos de pesquisas e relatórios técnicos.

- Não use: “Referências Bibliográficas” para relação de livros consultados, incluindo trabalhos capturados na internet. Use: “Referências”.

2.3.1.2 Periódicos (revistas)

a) Periódico considerado como um todo

TÍTULO DO PERIÓDICO. Local de publicação: Editor(a): ano de início da publicação – ano de encerramento (se houver).

Exemplos:

REVISTA DA ESMAPE. Recife: Esmape, 1996- .

REVISTA BRASILEIRA DE GEOGRAFIA. Rio de Janeiro: IBGE, 1939- .



b) Parte do periódico (fascículos, volume, números especiais) – regra

TÍTULO DO PERIÓDICO. Local de publicação: Editor(a), numeração do ano e/ou volume, número do fascículo, informações de períodos e datas de publicação.

Exemplo:

REVISTA DA ESMAPE. Recife: Esmape, v. 10, n. 22, jul./dez. 2005.

c) Artigo de periódico

SOBRENOME DO AUTOR QUE ESCREVEU O ARTIGO ACOMPANHADO DO PARENTESCO (SE HOUVER), prenome. Título do artigo. Título do periódico, local de publicação, numeração do ano e/ou volume, fascículo ou número, paginação inicial – paginação final, mês, ano de publicação.

Exemplos:

BARRETO, Ricardo Paes. Do não conhecimento dos aclaratórios meramente protelatórios por falta de adequação. **Revista da ESMAPE**, Recife, v. 1, n. 1, p.289-306, jun. 1996.

CARBONE, Artur; GALANTE, Luís Felipe. Delineamentos jurídicos sobre os contratos de utilização de embarcações. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, a.1, n.4, p.27-48, 2000.

Obs.: Não é necessário citar o(a) editor(a) para referência de artigo e não se adota a expressão "In".

d) Artigos capturados na internet – devem obedecer à regra de artigo, acrescidos de informações relativas à descrição física ou meio eletrônico.

RIBEIRO, P.S.G. Adoção à brasileira: uma análise sociojurídica. **Dataveni@**, São Paulo, a. 3, n. 18, ago. 1998. Disponível em: <<http://www.datavenia.inf.br/frame.artig.html>>. Acesso em: 10 set. 1998.

Notas

- Para indicação do “mês”, use a grafia abreviada até a terceira letra, exceto o mês de maio. Ex.: jan., fev., mar., abr., maio, jun.

- Use “p.” para designação de página. Não use “pág.”

2.4 Anexar ao trabalho uma folha que deverá conter o nome completo do autor, endereço, telefone, fax e e:mail.

3 Das normas editoriais

3.1 O autor não será remunerado pela cessão e publicação de trabalhos.

3.2 Não serão publicadas monografias, dissertações e teses na íntegra.

3.3 Será publicado apenas um artigo por autor em uma mesma edição.

3.4 Em seguida ao processo seletivo, o autor que tiver seu artigo selecionado para publicação deverá comparecer à sede da Escola Judicial para revisá-lo, já no formato diagramado, e autorizar sua impressão final.

3.5 O autor receberá gratuitamente dois exemplares da *Revista da ESMAPE*, edição que contou com sua colaboração.

3.6 Os artigos publicados podem ser reproduzidos, total ou parcialmente, em formato impresso e/ou eletrônico, desde que citados o(s) nome(s) do(s) autor(es) e fonte de publicação original.

3.7 A seleção dos trabalhos é de competência do Conselho Editorial.

3.8 Os originais selecionados poderão ser submetidos à correção ortográfica e gramatical. Serão apreciados também pela Coordenação Técnica e Editorial, podendo ser adequados, caso haja necessidade, às normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, a fim de obedecer à padronização e a linha editorial da Revista da ESMAPE.

3.9 Os artigos recebidos não serão devolvidos.

3.10 A *Revista da ESMape* divulga assuntos de interesse jurídico-pedagógico. Os artigos são de responsabilidade dos respectivos autores, sendo resguardada a pluralidade de pensamento. Os conceitos emitidos não expressarão, necessariamente, a opinião do Conselho Editorial.

3.11 Toda a colaboração deverá ser remetida para:

Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco – EJUD-TJPE
Revista da ESMape – Conselho Editorial – Biblioteca
Rua Imperador Pedro II, nº 221 – Santo Antônio – Recife – PE
CEP 50.010-240
revistadaesmape@gmail.com.br

Esta revista foi composta com a fonte Myriad Pro, corpo 11/15.
O papel utilizado para o miolo foi o off-set 75 g/m² e para a capa supremo 250 g/m².
Impressa no parque gráfico da CCS Gráfica e Editora.
outubro, 2015.