



## MINISTRO AGUIAR DIAS

Homenagem pelo  
Centenário de seu Nascimento



ISSN 1415-4951  
(versão impressa)

REVISTA DA

# EMERJ

**v. 9 - n. 36 - 2006**

*Outubro/Novembro/Dezembro*

**Rio de Janeiro**

© 2006, EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

**Conselho Editorial:**

Min. Carlos Alberto Menezes Direito; Des. Semy Glanz; Des. Laerson Mauro; Des. Sergio Cavalieri Filho; Des. Wilson Marques; Des. Eduardo Sócrates Castanheira Sarmiento; Des. Jorge de Miranda Magalhães; Des. Paulo Roberto Leite Ventura; Min. Luiz Fux; Des. Letícia de Faria Sardas; Des. José Carlos Barbosa Moreira; Des. Décio Xavier Gama; Des. Jessé Torres Pereira Júnior.

**Coordenador Editorial:** Des. Décio Xavier Gama

**Produção Gráfico-Editorial:** Divisão de Publicações da EMERJ

*Editor:* Irapuã Araújo (MTb MA00124JP); *Editoração:* Valéria Monteiro de Andrade; *Capa:* André Amora; *Revisão ortográfica:* Suely Lima, Thereza Andrade e Wanderlei Lemos.

**Apoio Cultural:** Banco do Brasil

**Impressão:** Venus Luar Artes Gráficas Ltda.

**Tiragem:** 4.000 exemplares

Revista da EMERJ. v. 1, n. 1 -  
EMERJ, 1998.

v.

Trimestral -

ISSN 1415-4951

V. 1, n. 4, 1998: Anais da 4ª Semana de Integração Jurídica Interamericana

Número Especial 2003. Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte I, fevereiro a junho 2002.

Número Especial 2004. Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte II, julho/2002 a abril/2003.

1. Direito - Periódicos. I. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ).

Rio de Janeiro:

CDD 340.05

CDU 34(05)

Todos os direitos reservados à

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Av. Erasmo Braga, 115/4º andar - CEP: 20026-900 - Rio de Janeiro - RJ

Telefones: (21) 2588-3400 / 2588-3471 / 2588-3376 - Fax: (21) 2533-4860

[www.emerj.rj.gov.br](http://www.emerj.rj.gov.br) - [emerjpublicacoes@tj.rj.gov.br](mailto:emerjpublicacoes@tj.rj.gov.br)



# **Diretoria da EMERJ**

## **Diretor-Geral**

**Des. Paulo Roberto Leite Ventura**

## **Conselho Consultivo**

**Des. Roberto Wider**

**Des. Ronald dos Santos Valladares**

**Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho**

**Des. Murilo Andrade de Carvalho**

**Des. Nildson Araújo da Cruz**

**Des. José Carlos Maldonado de Carvalho**

## **Presidente da Comissão Acadêmica**

**Des. Newton Paulo Azeredo da Silveira**

## **Presidente da Comissão de Iniciação e**

## **Aperfeiçoamento de Magistrados**

**Des. Índio Brasileiro Rocha**

## **Coordenador dos Núcleos de Representação**

**Des. Amaury Arruda de Souza**

## **Coordenador da Revista da EMERJ**

**Des. Décio Xavier Gama**

## **Secretária-Geral de Ensino**

**Rosângela Pereira Nunes Maldonado de Carvalho**

## **Assessora do Diretor-Geral**

**Maria de Lourdes Cardoso da Rocha**



**EMERJ**

# Ministro José de Aguiar Dias

Como motivo especial para o realce que merece o aniversário de nove anos da fundação desta REVISTA, elegemos a coincidência do Centenário do nascimento de um dos mais ilustres magistrados do Estado do Rio de Janeiro, do Ministro Aguiar Dias, comemorado em 2006, a 23 de agosto. Destaque maior para esse acontecimento já foi dado pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, bem como pelo seu MUSEU DA JUSTIÇA, com variada atividade cultural comemorativa. Nesta nossa edição especial de aniversário (nº 36), reunimos temas de nossos colaboradores que adotam estudos da Responsabilidade Civil como o fez o Mestre da nossa cultura jurídica. Consagrou-se Aguiar Dias pela sua atividade profissional, mas foi por seu livro “DA RESPONSABILIDADE CIVIL”, que lançou, em 1944, apreciado, desde então, em seguidas edições, a marca de sua inteligência para muitas gerações.

O Juiz, o Desembargador do nosso Tribunal de Justiça e o Ministro do antigo Tribunal Federal de Recursos, hoje Superior Tribunal de Justiça, JOSÉ DE AGUIAR DIAS, consagrou-se nas letras jurídicas, com obra de leitura obrigatória de estudiosos do Direito, que não poderão esquecer-la. Advogado desde que cessou a sua atividade judicial, voltou às lides do foro e reiniciou com senso e brilho a atividade fecunda de contactos com clientes e magistrados, seus antigos colegas do Rio de Janeiro, de longa convivência desde que recebeu a nota maior de aprovação no Concurso para a Magistratura em 1944.

Chegamos a este número e mantivemos a REVISTA trimestral, com circulação regular, sem atraso. Hoje a Escola da Magistratura do Tribunal de Justiça-RJ tem a honra de consagrá-lo à divulgação do tema de maior gosto daquele Mestre, de tantos juízes seus colegas da era presente, que também honram a atividade judicial do Estado do Rio de Janeiro.

Nossa capa, já reproduz a imagem de Aguiar Dias bem perto do Cristo Redentor, erguido em 1931. Está ele a complementar o que temos em simbolismo de humana cultura na beleza da cidade, com suas florestas e montanhas, a velar pelas areias, praias e recantos que apontam as imagens de um Brasil inexcelável em atrações naturais.

Em sua obra *Responsabilidade Civil em Debate* (For.1ª ed. 1983, pág. 29), Aguiar Dias afirmou:

*“Numa informação sobre responsabilidade, talvez também caiba falar sobre o STF. Nos seus mais de cento e cinquenta anos, tem conhecido muitas vicissitudes, pois nele vêm desaguar todos os grandes problemas nacionais. Nos últimos tempos afrontou experiências a que se julgavam imunes suas prerrogativas. Elas serviram para aclarar um conceito muitas vezes mal-entendido. Assim como um decreto não transforma um rústico em cavalheiro, as prerrogativas da magistratura não podem dar bravura a quem não a tem, nem a sua destinação é mais alta. Elas existem para firmar a eminente posição do Judiciário, que não é serviço, mas Poder do Estado. Esta é a sua responsabilidade”.*

**Décio Xavier Gama**

Desembargador.- Coordenador da REVISTA DA EMERJ

# SUMÁRIO

## **Reformas e Ajustes Institucionais. Sistema Judiciário. Escolas Estaduais de Magistratura 17**

**Paulo Roberto Leite Ventura**

*Desembargador Presidente da 1ª Câmara Criminal TJ/RJ e Diretor-Geral da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro.*

Os diversos fatores que constituem causa do crescimento desmedido do apelo ao Judiciário para se manifestar sobre novos conflitos. Os reclamos da sociedade e a hora de reformas. Será a hora se implantar um Direito novo ou de se formarem futuros juízes menos “devotos do código”, não tanto legalistas formais? A emenda de reforma nº 45/2005 não chegou a promover reforma estrutural e não atendeu às expectativas. Ante o que dispõe o art. 5º, inc. LXXVIII da CF, sobressai-se a necessidade de juízes com predicados de desempenho e aperfeiçoamento, para os quais as Escolas da Magistratura se tornam necessárias. A EMERJ, por isto mesmo, se acha voltada para a missão de formar e aperfeiçoar magistrados. A utilização de metodologia própria, de cadernos de exercícios, de casos concretos, estágios em Varas e Juizados. Os juízes aprovados em concurso e já nomeados são submetidos a Curso de Iniciação de quatro meses. Segue-se o seminário mensal em conjunto com o Conselho de Vitaliciamento. Em 2005 foram ministradas 9.611 aulas. O Curso de Formação de Juízes Leigos. Os Fóruns Permanentes (13 fóruns). Os Núcleos de Representação no interior.

## **A Teoria da Perda de uma Chance em Sede de Responsabilidade Civil 24**

**Roberto de Abreu e Silva**

*Doutor em Direito e Desembargador do TJ/RJ.*

1. A vocação de indenizar do Direito brasileiro. 2. Teorias tradicionais em sede de responsabilidade civil: a) culpa; b) objetiva ou sem culpa provada, do risco e consumerista; 3.



Teorias ecléticas: a) de garantia de Boris Starck; b) da culpa como violação de obrigação legal, de Paul Leclercq; c) a falta contra a legalidade constitucional; d) a perda de uma chance; 4. A Doutrina da teoria da perda de uma chance. 5. A sanção e quantificação dos prejuízos. 6. A visão jurisprudencial da teoria da perda de uma chance. 7. Conclusão.

## **A Obrigação de Diligência e a Responsabilidade Civil do Profissional Liberal 50**

**Nagib Slaibi Filho**

*Desembargador do TJ/RJ e Professor da EMERJ e UNIVERSO.*

Embora seja empreendedor, o profissional liberal não se confunde com o empresário (art. 966 do Código Civil Brasileiro e art. 2.082, CC italiano). É um profissional autônomo e se submete ao Direito do Consumidor, sem, contudo, lhe ser aplicada a regra da responsabilidade objetiva. No tocante à inversão dos ônus da prova, cabe ao consumidor demonstrar, de modo preciso e profundo o exame da culpa do profissional liberal. No tocante à antiga divisão das obrigações em: de meio e de resultado, cabe apontar a diferença de entendimento da doutrina e mesmo da aplicação a esse ou àquele profissional liberal de uma ou outra espécie de obrigação. Assim o caso da cirurgia plástica, dos dentistas e outros, “constitui interpretação *contra legem* dispensar-se o elemento da culpa na apuração da responsabilidade civil do profissional liberal ainda que sob o fundamento da natureza de resultado da obrigação”.

## **O Desafio da Celeridade na Prestação Jurisdicional 70**

**José Carlos Barbosa Moreira**

*Desembargador (aposentado) do TJ/RJ.*

No tocante ao tema a ser discutido, convém afirmar que a Justiça deve ser, de preferência rápida, não, contudo, a qualquer preço. O maior valor da justiça deve ser a sua qualidade. Não temos estatísticas sobre a celeridade de processos. O caso da Itália, um dos países mais importantes no terreno

do Direito Processual. No entanto, a sua justiça sofre de morosidade crônica. Só no ano de 2002, a Comissão Européia de Direitos Humanos condenou aquele País por infração do tratado relativo a esse assunto a nada menos que 289 vezes. O Brasil tem também os seus problemas, que não são maiores do que os de outros países. O aumento constante da população e a complexidade da vida econômica e social são fatores que provocam mais atrasos no andamento dos feitos. O crescimento de demandas de consumidor, de direito de família, sobre o meio ambiente e sobre outros temas. A possibilidade dos meios alternativos de justiça, entre os quais o da arbitragem.

## **A Responsabilidade Civil do Transportador Rodoviário Urbano** **85**

**José Carlos Maldonado de Carvalho**

*Desembargador da Primeira Câmara Cível do TJ/RJ. Coordenador e Professor de Direito do Consumidor da EMERJ. Professor Titular de Direito Civil e do Consumidor da UNESA.*

O transporte urbano e as funções sociais e econômicas do Estado. Os arts. 730 a 756 do Código Civil de 2002 e o transporte de pessoas e de coisas. O CDC (art. 14) já regulava a relação. A violência, os roubos e os incêndios causados a ônibus, com objetos atirados nos coletivos que provocam danos em passageiros são fatos que preocupam os aplicadores do direito no tocante à fixação da responsabilidade e a mensuração do valor indenizatório. A responsabilidade contratual e a extracontratual (art. 37 § 6º, da Constituição e o art. 14 do C. D.C.). A questão da contagem de juros e correção monetária. Contrato consensual, bilateral, oneroso e comutativo. O momento do início do contrato e da incolumidade. A culpa do passageiro e o nexo de causalidade. A culpa da vítima e a culpa concorrente. O fato doloso exclusivo de terceiro. O enunciado da Súmula nº 187 do STF e o fortuito interno. O fato doloso e exclusivo de terceiro e fortuito externo. O assalto em ônibus é fato exonerativo, não

obstante algumas posições em contrário. O uso da arma de fogo. A sugestão da criação de um seguro social para fatos externos.

## **Responsabilidade Civil dos Estabelecimentos de Ensino - A Eticidade Constitucional** 93

**Mauro Nicolau Júnior**

*Juiz de Direito da 48ª Vara Cível do TJ/RJ e Professor das Universidades Estácio de Sá e Cândido Mendes e da EMERJ.*

**Célia Cristina Munhoz Benedetti Nicolau**

*Advogada e Professora na Universidade Cândido Mendes.*

1. Introdução. 2. O direito fundamental de acesso à educação. 3. A democracia, a cidadania e a solidariedade entre os homens na sociedade moderna. 4. Esboço histórico da Responsabilidade Civil. 5. A responsabilidade civil dos estabelecimentos de ensino ante a Constituição Federal e a força normativa da Jurisprudência. 6. A possibilidade jurídica de cumulação de danos morais e danos estéticos. 7. Dano à imagem. 8. Conclusão.

## **Indenização Punitiva** 135

**André Gustavo Corrêa de Andrade**

*Juiz de Direito do TJ/RJ e Professor da EMERJ.*

1. O papel da responsabilidade civil na sociedade contemporânea. Reparação, prevenção e punição. 2. A Doutrina dos *Punitive damages*. 3. A Doutrina e a Jurisprudência brasileiras. A dupla função da indenização do dano moral. Tese mista ou funcional. 4. Crítica à tese mista ou funcional. 5. Fundamento constitucional da indenização punitiva. 6. Pressupostos da indenização punitiva: Dano moral. Culpa grave do ofensor. A obtenção do lucro com o ato ilícito. 7. As finalidades da indenização punitiva. Punição (retribuição). Prevenção (dissuasão). Eliminação do lucro ilícito. Preservação da liberdade contratual. Manutenção do equilíbrio das relações de consumo. Defesa de contratantes que se encontram em posição de inferioridade. 8. Situações em que não se justifica

a indenização punitiva. Culpa leve. Responsabilidade objetiva. 9) Critérios para a fixação do valor da indenização punitiva. 10) Considerações finais.

## **Responsabilidade Civil do Delegatário Notarial e de Registros Públicos 169**

**Jairo Vasconcelos Rodrigues Carmo**

*Juiz de Direito (aposentado) do TJ/RJ.*

I. Constituição e Cartórios Extrajudiciais: O Novo Modelo e seu Regime Jurídico. II. Natureza Delegada da Atividade Notarial e de Registros Públicos; III. Responsabilidade Civil de Notários e Registradores; 1. Introdução: 2. Responsabilidade objetiva e não subjetiva do Delegatário; 3. Os extremos da Distinção: Responsabilidade do Estado pelos Danos de Cartórios Oficializados, vagos ou em Regime de Intervenção; 4. Inexistência de responsabilidade subsidiária ou solidária do Estado; 5. Delegatário não é agente Público, é colaborador: O equívoco conceitual da Doutrina e da Jurisprudência; 6. A pedra de tropeço de Juízes e Tribunais; 7. Perspectivas éticas da Responsabilidade Civil do Delegatário Notarial e de Registros Públicos. IV. Responsabilidade do Estado por fato da Fiscalização Judiciária; V. Aplicação supletiva do Código do Consumidor e do Código Civil; VI. Causas excludentes da Responsabilidade Civil; VII. Conclusões relevantes.

## **Responsabilidade Civil por Protesto de Títulos: Danos Possíveis ao Devedor 198**

**Décio Xavier Gama**

*Desembargador (aposentado) do TJ/RJ e Coordenador da REVISTA DA EMERJ.*

1) O Protesto de Títulos de Crédito e seu conceito. 2) O antigo Decreto nº 2.044, de 31.12.1908 (Letra de Câmbio e Nota Promissória) e atual Lei nº 9.492 de 10.9.97, que regulamenta o protesto de títulos de Crédito. 3) Os fins específicos do protesto e sua utilização ao longo do tempo. 4) O protesto necessário: o direito de regresso do credor contra o endossante

e o protesto do título para fins de requerimento de falência. 5) O Protesto Facultativo: a constituição do devedor em mora. 6) Os registros de protesto e a sua utilização pelo credor para simples caracterização do mau conceito comercial do devedor. 7) A evolução dos serviços de protesto que passaram a constituir simples cadastro de pessoas que retardam o pagamento de seus débitos. 8) Criação de novos serviços por comunidades de credores para oportuna identificação geral dos que mantêm em dia o pagamento de seus débitos (SPC, SERASA). 9) Os cadastros bancários e interbancários. 10) Utilização de tais serviços de cadastros negativos sob pena de corte de serviços por empresas concessionárias de serviço público (LIGHT, TELEMAR, CEDAE). 11) O corte da prestação do serviço, como o de água, luz e gás, envolve conflitos e mão-de-obra ostensiva em massa, sujeita às liminares judiciais e à censura do Poder concedente.

## Responsabilidade Médica

205

Grácia Cristina Moreira do Rosário

*Juíza de Direito do TJ/RJ e Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho.*

Responsabilidade extracontratual. Responsabilidade contratual: Conceito. Simultaneidade da responsabilidade contratual e extracontratual. Dano moral. Dano estético. Obrigação de meio e Obrigação de resultado. Erro médico. Obrigação de meio. Obrigação de resultado. O Código de Proteção e Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078, 11/09/1990. Direitos do Consumidor. Cláusulas abusivas. A responsabilidade dos profissionais liberais em face do Código de Defesa do Consumidor.

## Teoria da Ação

218

Álvaro Mayrink da Costa

*Desembargador (aposentado) do TJ/RJ. Presidente do Fórum Permanente de Execução Penal da EMERJ. Professor de Direito Penal e Criminologia.*

1. A polêmica em torno do conceito de ação. 2. A importância como valor sistemático conceitual. 3. Modelo final. 4. Modelo

social. 5. Tomada de posição diante das variantes teóricas e metodológicas.

## **A Formação do Juiz e as Escolas de Magistratura no Brasil 238**

**Luis Felipe Salomão**

*Desembargador do TJ/RJ e Diretor-Presidente da Escola Nacional da Magistratura.*

I. Introdução. II. Perfil de ingresso na magistratura. III. A Escola Nacional da Magistratura (ENM/AMB). IV) As Escolas Regionais e Setoriais da Magistratura. V. Conclusões.

## **Penhora de Renda ou Faturamento da Empresa - Uma Reflexão que se Impõe 247**

**J. E. Carreira Alvim**

*Desembargador do Tribunal Federal/RJ. Professor da Faculdade de Direito da UFRJ.*

1. Introdução. 2. Cumprimento da Sentença e execução da sentença. 3. Execução por quantia certa e garantia da execução. 4. Execução e pré-executividade. 5. Ordem de nomeação de bens à penhora. 6. Penhora de faturamento na doutrina, com reflexo nos tribunais. 7. Penhora de faturamento e atividades essenciais. 8. Penhora de faturamento importa na penhora da empresa ou estabelecimento. 9. Recusa do encargo de depositário. 10. Penhora de faturamento na Jurisprudência dos tribunais. 11. Conclusão.

## **A Polêmica sobre a Fixação de Honorários em Fase de Cumprimento de Sentença 262**

**Milton Delgado Soares**

*Juiz de Direito do TJ/RJ – Ex-Procurador do Estado/RJ.*

1. A evolução do Direito Processual e os “movimentos de Reforma do CPC”. 2. As Leis nº 8.592/94, 10.444/04 e 11.232/05 e a ruptura com o paradigma tradicional. 3. A natureza jurídica da fase de cumprimento da sentença. 4. O artigo nº 475-J do

CPC e a questão dos honorários advocatícios. 5. Conclusão.

## **A Crise na Justiça**

**271**

**Antonio Sebastião de Lima**

*Juiz de Direito (aposentado) do TJ/RJ. Mestre em Ciências Jurídicas e Professor de Teoria Geral do Estado e Dir. Constitucional.*  
I. Introdução. II. Privatização do Judiciário. III. Choque das liberdades. IV. Justiça ideal. V. Justiça orgânica. VI. Regionalismo e cosmopolitismo. VII. Litigiosidade. VIII. Conclusão.

## **A Medida Provisória nº 2.220/01 na Ótica da Função Social da Propriedade**

**297**

**Paulo Luciano de Souza Teixeira**

*Juiz de Direito do TJ/RJ.*

1. Generalidades. 2. Legitimidade ativa. 3. Legitimidade passiva. 4. Exaurimento da via administrativa. 5. Desafetação dos bens públicos. 6. Institutos afins. 7. Modalidade coletiva do instituto. 8. Do mandado de segurança coletivo. 9. Peculiaridades processuais. 10. Extinção.

## **A Substituição dos Debates Orais por Memoriais, na Audiência de Instrução e Julgamento - Uma Praxe *Contra legem***

**307**

**Nelson Antonio Celani Carvalhal**

*Juiz de Direito (aposentado) do TJ/RJ. Professor de Direito Processual Civil.*

Falta de previsão legal para juntada de memoriais. Em audiência, cabe ao juiz, apenas, dar a palavra sucessivamente aos advogados das partes e ao MP, se for o caso de sua intervenção no feito, para razões finais. A praxe não justifica a adoção de providência fora da norma processual. A Doutrina de Teotônio Negrão, Amaral Santos e outros.

# Colaboraram Neste Número

- Álvaro Mayrink da Costa, 218  
André Gustavo Corrêa de Andrade, 135  
Antonio Sebastião de Lima, 271  
Célia Cristina Munhoz Benedetti Nicolau, 93  
Décio Xavier Gama, 198  
Grácia Cristina Moreira do Rosário, 205  
Jairo Vasconcelos Rodrigues Carmo, 169  
José Carlos Barbosa Moreira, 70  
José Carlos Maldonado de Carvalho, 85  
J. E. Carreira Alvim, 247  
Luis Felipe Salomão, 238  
Mauro Nicolau Junior, 93  
Milton Delgado Soares, 262  
Nagib Slaibi Filho, 50  
Nelson Antonio Celani Carvalhal, 307  
Paulo Luciano de Souza Teixeira, 297  
Paulo Roberto Leite Ventura, 17  
Roberto de Abreu e Silva, 24





# Reformas e Ajustes Institucionais Sistema Judiciário Escolas Estaduais de Magistratura

Paulo Roberto Leite Ventura  
*Desembargador Presidente da 1ª Câmara  
Criminal do TJ/RJ e Diretor-Geral da EMERJ*

O Judiciário brasileiro a cada dia, a cada dia mais, vem sendo chamado a se manifestar em todos os seus múltiplos segmentos de competência, desde a valorização do controle concentrado de constitucionalidade como uma espécie de “instância recursal”, utilizada pelas minorias políticas quando derrotadas no Parlamento, passando pela intensa judicialização das chamadas “lesões de massa”, realçando-se aqui aquelas relacionadas com planos econômicos; destacando-se as infundáveis demandas no sistema judicial, propiciadas pela moderna sistemática criada pelos Juizados Especiais Cíveis e Criminais; o aumento da criminalidade organizada e da violência urbana; a crise da família e da sociedade, são fatores capazes de contribuir para deflagrar uma congestão do Judiciário brasileiro.

A sociedade reclama da justiça, da sua morosidade, de seus custos, das injustiças.

O momento está a ditar que é hora de reformas, transformando o que é arcaico, agilizando o que é moroso, clareando o caminho com luz de esperança para que por ele possa caminhar todo aquele que tem sede e fome de justiça.

Na verdade precisamos de um juiz novo para um novo direito, ou seja, que os juízes rompam a multidão aflita e contemplativa

para assumir, corajosamente, um Novo papel social e político mais ativo, em face do Direito Novo. Mas, para que tal ocorra, há necessidade de uma adaptação e transformação às novas circunstâncias.

Contudo, essa adaptação e transformação deve começar pela formação dos futuros juizes, que precisam compreender, desde logo, que não mais poderão ser “devotos do código”, legalistas formais ou “escravos da lei”, quando, na verdade, deverão ser preparados cuidadosamente para identificar e conhecer, com muita sensibilidade, os fenômenos sociais que instruem e informam a criação do Direito Novo, e que estão presentes no momento da sua efetiva aplicação, sem esquecer que toda prioridade deve ser direcionada à pessoa humana, sem privilégios e discriminações.

Porém, apesar disso, a Reforma do Judiciário decorrente da Emenda Constitucional nº 45/2005 não traduziu, como todos queriam, a efetiva reforma estrutural da justiça brasileira, porque efetivamente não atendeu a todas as expectativas, desalentando aqueles que nutriam enorme esperança de que a justiça seria completamente remodelada a partir da sua promulgação. Mas, apesar de desalentadora, sinalizou, contudo, para uma exigência imediata, em relação ao juiz do futuro. A respeito, está inserto no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, com a nova redação emprestada pela Emenda nº 45/2005, que o juiz do futuro é “aquele capaz de assegurar a todos, sem exceção, a razoável duração do processo e de implementar os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, destacando-se que, dentre muitos atributos do juiz do futuro, destacam-se o desempenho, a produtividade, a presteza no exercício da jurisdição, a assiduidade e aproveitamento em cursos de preparação e aperfeiçoamento, conforme previsto no art. 93, IV, da norma constitucional federal. Daí a necessidade do fortalecimento das Escolas Estaduais de Magistratura.

Surge, então, a indagação: quem deverá recrutar e preparar o juiz do futuro? De início, pode-se responder, sem medo de errar, que essa tarefa não cabe a nenhuma Faculdade de Direito. E é neste momento, dentro do contexto de transformação e gestão do Poder Judiciário, que se destaca o papel da Escola da Magistratura na formação e aperfeiçoamento de magistrados.

Com muita propriedade o nosso Presidente, Desembargador Sergio Cavaliere Filho, que com tanta coragem e firmeza vem administrando o Judiciário Fluminense, com uma invejável visão de gestão, tem afirmado, em inúmeros pronunciamentos, que não basta construir foros, aparelhá-los, informatizá-los, se lá não estiver um juiz moderno e preparado, pois ele, o juiz, é que é o coração do Judiciário, porque se por um lado a máquina já substituiu o homem em inúmeras atividades, aumentando infinitamente todas as possibilidades de produção, em certas atividades, contudo, como na magistratura, o homem ainda continua insubstituível. Daí porque é missão primeira da própria justiça formar e especializar os seus juizes, até porque o Judiciário precisa estar atento ao preceito constitucional que se preocupa com a formação dos Magistrados. Uma formação continuada, seguindo a própria evolução do direito, abrindo a consciência do juiz para seguir os passos dessa evolução, para que a cada dia possa ser mais e melhor juiz.

Como o constituinte adotou o paradigma da formação continuada, isto implica em dizer que esta preparação é prévia ao concurso, no curso preparatório, razão pela qual o papel de destaque da Escola da Magistratura, como grande missão a justificar a sua existência voltada para a formação e aperfeiçoamento de magistrados, é a de perceber o desafio dessa nova concepção de formação de juizes.

E é exatamente com este objetivo e dentro deste contexto que se insere a missão da Escola da Magistratura, desempenhando um papel de invejável relevância exatamente por ser o Órgão do Tribunal de Justiça especificamente destinado a preparar e aperfeiçoar magistrados, fazendo com que sejam julgadores modernos, com aquele perfil exigido pela novo tempo.

Consciente, portanto, da sua missão dentro desta perspectiva de transformação e reforma, a Escola da Magistratura não se mostra como uma Faculdade de Direito que é revisitada, isto porque a perspectiva pós-positivista e principiológica do Direito reclama intensificação do estudo da hermenêutica constitucional, pois o Direito contemporâneo é um sistema aberto de valores.

O Desembargador José Renato Nalini, do Tribunal de Justiça de São Paulo, afirmou com muita propriedade que "mais do que o domínio das técnicas jurídicas, o juiz de hoje e de amanhã precisa

ter consciência de que ele concretiza ou sepulta valores. O juiz é o guardião das promessas do constituinte. Cabe hoje asseverar que o juiz não é só o guardião, mas o concretizador das promessas do constituinte. Ele é o garante, é o avalista, e é o implementador de tudo aquilo que o povo, mediante seus representantes, quis que a justiça propiciasse à nação”.

A velocidade e a natureza das mudanças no mundo de hoje exigem análise antecipatória e visão estratégica para direcionar a Escola da Magistratura com visão de ser Escola modelo na formação e no aperfeiçoamento de magistrados, consciente de que o ensino, para os futuros juizes, haverá de ser voltado para o futuro, intensificando a reflexão ética à luz da lei e do caso concreto, conscientizando-os de que a sua pena não deve ser o estilete que fere, mas a seta que aponta o advento da justiça, dada a repercussão de sua decisão no âmbito da sociedade em que atua.

Neste processo de transformação e reforma, “a EMERJ vem contribuindo desde a sua fundação para a boa formação e aperfeiçoamento da magistratura Fluminense. O seu Curso de Preparação à Carreira da Magistratura, ministrado em cinco semestre (dois anos e meio), além de realizar profunda revisão das principais áreas do Direito, privilegia o raciocínio jurídico mediante efetiva integração da teoria e da prática”.

A metodologia de estudo desenvolvida pela EMERJ tem por suporte cadernos de exercícios contendo casos concretos para cada tema, extraídos da jurisprudência mais atualizada, cuja solução deve ser buscada pelo aluno em seus estudos e pesquisas. No decorrer das aulas os casos são abordados pelos professores, com a oportunidade de debates.

Durante o curso, os alunos da EMERJ podem fazer estágios nos diversos órgãos julgadores (Varas Cíveis, Criminais, de Família, Juizados Especiais, Câmaras Cíveis e Criminais do Tribunal de Justiça), examinando processos, fazendo minutas de despachos, decisões, sentenças, participando de audiências, sempre orientados por um magistrado. Dessa maneira, a EMERJ tem alcançado o seu objetivo principal: formar magistrados conscientes da finalidade do Direito como instrumento de transformação social e construção da cidadania.

Aos novos juízes, tão logo nomeados, a EMERJ ministra um Curso de Iniciação de quatro meses, com palestras, debates e seminários pela manhã, ministrados por magistrados e professores experientes sobre os mais variados aspectos práticos da função judicante, inclusive ética, liderança e gestão. À tarde, os novos magistrados exercem a judicatura como juízes auxiliares em Varas Cíveis, Criminais, de Família e Juizados Especiais, um mês em cada lugar, sempre orientados pelos juízes titulares das respectivas varas. Desse modo os novos juízes conseguem obter boa experiência, antes de ir exercer a judicatura nas comarcas do interior.

Prossegue a atuação da EMERJ no Curso de Vitaliciamento, durante os vinte meses seguintes. Além de acompanhados e orientados por um Conselho de Vitaliciamento, os juízes vitaliciandos assistem na EMERJ a pelo menos um seminário por mês, de oito horas, sobre temas variados (jurídicos, econômicos, sociais e administrativos), escolhidos por uma comissão de magistrados.

Por último, a EMERJ ministra cursos de aperfeiçoamento aos magistrados em atendimento a uma resolução do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, que os instituiu como requisitos à promoção ou remoção por merecimento, com frequência de 220 horas em cursos programados. A crescente expansão da atividade humana, a par de sua constante sofisticação, muito exige do juiz, a cuja decisão nenhuma parcela do complexo social é subtraída. É imperioso, portanto, que o juiz se especialize, se adestre e se prepare. O aperfeiçoamento ressalta a posição da ciência jurídica moderna pela ampliação dos poderes jurisdicionais, pois a insaciável diversificação do fazer humano e seus requintes tornam inaprisionável por regras fixas e rígidas a atuação jurisdicional necessária à devida composição do litígio.

Hoje, após 18 anos da sua criação, a EMERJ está entre as melhores Escolas da Magistratura do País, com 15 turmas no Curso de Preparação, tendo no corpo discente 750 alunos em dois turnos, manhã e noite, apresentando índice de aprovação acima de 60% nos concursos para a magistratura, razão pela qual é detentora do Certificado ISO 9001.

Em 2005 ministraram-se 9.611 aulas, batendo-se o recorde de 814 bacharéis em Direito inscritos para participar da última prova de

seleção ao Curso Preparatório à Carreira da Magistratura, bem como a Biblioteca da EMERJ atendeu 156.067 solicitações entre consultas a livros periódicos e pesquisas de jurisprudência para magistrados.

A nova Escola da Magistratura, firme neste processo de reforma e ajuste, ainda tem sob sua responsabilidade o Curso de Formação de Juízes Leigos, uma criação da atual administração do Egrégio Tribunal de Justiça, transformada em lei, que tem por objetivo a preparação e formação dos alunos e ex-alunos da EMERJ, após selecionados por concurso para o exercício da função de juiz leigo, com atuação perante os Juizados Especiais Cíveis, capacitando-os para a condução de audiências de conciliação e de instrução e julgamento, bem como para a elaboração de decisões a serem submetidas ao juiz togado para a devida homologação por sentença. Este curso de formação tem duração de 48 horas aula, composto por 7 (sete) módulos de conteúdo teórico e prático.

Em funcionamento perene, com vistas ao aperfeiçoamento do magistrado, a EMERJ mantém 13 (treze) Fóruns Permanentes nas áreas da Criança, do Adolescente e da Justiça Terapêutica; de Execução Penal; sobre Direito de Família; dos Juízos Cíveis; dos Juizados Cíveis e Criminais; de Direito Empresarial; de Direito Tributário; de Direito do Consumidor; sobre Direito do Ambiente; de Especialização e Atualização do Direito e do Processo Civil; de Direito Constitucional; de Formação e Aperfeiçoamento do Magistrado; e de Especialização e Atualização nas áreas de Direito e do Processo Penal.

A EMERJ, visando alcançar todos os juízes, tem 18 Núcleos de Representação, localizados estrategicamente no interior do nosso Estado, abrangendo todas as Comarcas, cujos objetivos, dentre outros, destaco como principais, difundir o conhecimento jurídico na comunidade e nas escolas, buscando, inclusive, parceria com as faculdades locais; realizar eventos, simpósios, palestras e módulos que versem sobre assuntos culturais de interesse da região; promover eventos interdisciplinares e concursos de monografias; colaborar com as entidades locais de natureza filantrópico-social; promover a mais ampla integração entre os diversos segmentos jurídicos locais, tais como o Ministério Público, Defensoria Pública, Procuradores, advogados e autoridades policiais e promover debates e discutir diretrizes jurídicas, especialmente em relação a temas controvertidos.

Pelo Ato Executivo conjunto nº 52/2005, firmado pelos Desembargadores, Presidente do Tribunal de Justiça, Corregedor-Geral da Justiça e Diretor-Geral da EMERJ, ficou transferido o programa denominado “Justiça Terapêutica” para a competência da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, destacando-se que este Projeto é, em verdade, um subproduto do Projeto macro denominado “Central de Penas Alternativas e Medidas Alternativas”, abordando, especificamente, a questão das drogas lícitas e ilícitas, o que constitui um problema de Saúde Pública, na medida em que se consegue diferenciar o uso do tráfico, buscando finalisticamente a reintegração do usuário à própria família e, conseqüentemente, ao meio social, evitando-se, na medida do possível, sua penalização em moldes tradicionais. Para tanto, visando orientar os juízes das Comarcas do interior, a EMERJ tem um plantão semanal, ao qual comparecem uma psicóloga e um médico.

A verdade é que, com tantas transformações, a Escola vem crescendo e cada vez mais se conceituando no cenário nacional, o que é motivo de orgulho para nossa Justiça Fluminense.

A EMERJ vem buscando aperfeiçoar intelectualmente os magistrados fluminenses, mantendo intercâmbio cultural com as demais Escolas Estaduais da Magistratura, por intermédio do Colégio Permanente de Diretores de Escolas Estaduais da Magistratura, assim acompanhando atentamente todo esse processo de transformação e reformas, trazendo os modelos de inovações que ocorrem no mundo, avaliando os valores sociais e as exigências da dignidade da pessoa humana, procurando contribuir, de forma decisiva, para a modernização, democratização e conseqüente valorização do Judiciário.

A Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro é parceira fiel a todo e qualquer processo intelectual que vise transformar para aprimorar a qualidade do juiz, exatamente o juiz que é o remédio contra a implosão das sociedades democráticas que não conseguem administrar satisfatoriamente a complexidade e a diversificação que elas mesmas geraram.



# A Teoria da Perda de uma Chance em Sede de Responsabilidade Civil

Roberto de Abreu e Silva

*Doutor e Desembargador do TJ/RJ*

1. O direito brasileiro, neste início do terceiro milênio, tem vocação para a imposição da obrigação de indenizar, reparar ou compensar os *danos injustos* causados a bem material ou imaterial de *pessoa inocente*, que não deu causa ao fato, com ou sem culpa provada, conforme retrata o direito positivo vigente. Em linhas gerais, a Constituição da República de 1988 (CRFB/88), no art. 37, § 6º, proclama a responsabilidade civil objetiva pelo dano causado por fato do serviço praticado por entidade pública ou de prestadora de serviço público a despeito de impor, ainda, no art. 5º, X, a obrigação do lesante de reparar danos materiais ou morais; esta norma jurídica se afigura perfeita por conter em seu núcleo preceito e sanção, como evidencia o teor da súmula 37 do E. STJ (DJ de 17.03.1992) permitindo, à época, a cumulação de danos materiais e morais pelo mesmo suporte fático, antes da regulamentação da tutela dos danos morais na legislação infra-constitucional, como se infere da regulamentação dos direitos da personalidade no novo Código Civil e do Consumidor em datas posteriores (Art. 12 da Lei 10.406 de 10.01.2002 e 12 e 14 da Lei 8.078/90). Igualmente, dispõe a CRFB/88 a respeito da obrigação de indenizar da entidade pública responsável em *fattispecie* de erro judiciário ou de prisão por tempo superior ao fixado na sentença, na seara da teoria objetiva ou sem culpa provada, *ut* art. 5º., LXXV etc. No campo do direito privado, predomina a

responsabilidade civil objetiva nos danos causados pelo vício ou defeito do produto ou do serviço (Arts. 12 e 14 da Lei 8.078/90), em relação consumerista, independentemente de prova de culpa. Na legislação infra-constitucional, notadamente o Código Civil/02, em tese, a regra geral da responsabilidade civil exige que a prova da culpa do lesante fique a cargo da vítima para configuração do ato ilícito, e a exceção é a imposição da obrigação de reparar os danos materiais ou morais sem a demonstração da culpa na configuração do ilícito civil. No entanto, tal postulado não representa a realidade contemporânea. O fenômeno no direito brasileiro, no cível, se apresenta, na atualidade, *d.m.v.*, de forma inversa. A regra hodierna é a do predomínio da responsabilidade civil sem culpa provada a cargo da vítima, se demonstrado o dano injusto, ação comissiva ou omissiva, bem como a relação causal como se infere das teorias objetiva, do risco e presumida, esta, com inversão do ônus da prova, no inadimplemento contratual, em negócios jurídicos de transportes de pessoas e coisas, seguros etc. (Lei 2.681/12, arts. 475, 730/742, 743/756, 757 e ss. do Código Civil, leis de proteção ao meio ambiente e consumerista - 9.605/98, 7.347/85, 6.938/81 e 8.078/90 etc.); a exceção é a exigência da demonstração da culpa, a cargo do lesado, na demanda de reparação dos danos materiais ou morais em juízo. Com efeito, a dificuldade de provar a culpa do lesante imposta à vítima, na doutrina da responsabilidade civil extracontratual, sempre dificultou o acesso do lesado à reparação. Por causa disso, a tese de que a obrigação de reparar nasce da culpa e não do dano, no transcurso do tempo vem cedendo lugar à teoria da responsabilidade civil sem culpa ou objetiva, plasmada na quebra do equilíbrio econômico-jurídico, conforme observação do jurista Antônio Lindbergh C. Montenegro.<sup>1</sup> O desenvolvimento industrial e o pro-

---

<sup>1</sup> Montenegro, Antonio Lindbergh C. Ob. cit., p. 11 e 13: *A teoria da indenização de danos só começou a ter uma colocação em bases racionais quando os juristas constataram, após quase um século de estéreis discussões, em torno da culpa, que o verdadeiro fundamento da responsabilidade civil devia se buscar na quebra do equilíbrio econômico-jurídico provocado pelo dano. A partir daí a tese de Yhering de que a obrigação de reparar nascia da culpa e não do dano (nich der Schaden verpflichtet zum Schadenersatz, sondern die Schuld) foi-se desmoronando paulatinamente... Modernamente, em função da aceitação universal da teoria do risco, a responsabilidade civil passou à frente da culpa, donde a tese já quase sem opositores de que a responsabilidade se fundamenta na culpa (= ato ilícito) ou no risco.*

gresso tecnológico criaram as ferrovias, fábricas, veículos automotores, elevadores, aeronaves etc., máquinas que oferecem melhor conforto, mas trazem novos riscos às pessoas na sociedade atual. O ser humano tornou-se presa fácil do evento lesivo provocado por esse explosivo progresso, independentemente de sua maior atenção. Demais disso, o fenômeno da insuficiência da prova da culpa do lesante tem sido fator determinante de julgamentos de improcedências de pedidos de indenizações das vítimas, gerando situações que vêm inquietando os juristas, no tempo e espaço, a ponto de se provocar uma metamorfose na responsabilidade civil neste novo tempo de Justiça. Transmuda-se da culpa ao risco, como evidencia o estudo de Alvino Lima.<sup>2</sup>

2. Teorias tradicionais em sede de responsabilidade civil: a) culpa; b) sem culpa provada ou objetiva, do risco e consumerista. A teoria da culpa se desdobra em extracontratual (ou subjetiva) e contratual. Na teoria subjetiva, a culpa do lesante deve ser provada, pelo lesado como elemento integrativo do ato ilícito, sob pena de perder a demanda. No entanto, a dificuldade da prova da culpa, na maioria das situações, em sede de responsabilidade civil, vem sendo mitigada pela presunção de culpa e inversão do ônus da prova, no direito pátrio, nas vertentes seguintes: a) fatos de outrem, do animal e da coisa (arts. 932, 936 e 938, do Código Civil, Súmula 341 do STF); b) inadimplemento contratual, conforme lição do jurista J. M. Leoni L. Oliveira<sup>3</sup> (art. 399 do Código Civil compatível com o art. 799 Código Civil Português);<sup>4</sup> c) transportador ferroviário<sup>5</sup> (artigo 17

<sup>2</sup> Lima, Alvino. *Da Culpa ao Risco*, p. 385 e seguintes, v. 83.

<sup>3</sup> Oliveira, J. M. Leoni Lopes de. *Teoria Geral do Direito Civil*, v. II, p. 977: *No ilícito contratual, desde que o devedor se encontra em mora, presume-se a sua culpa.*

<sup>4</sup> Código Civil de Portugal, Art. 799 (*Presunção de culpa e apreciação desta*) 1. *Incumbe ao devedor provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua.* 2. *A culpa é apreciada nos termos aplicáveis à responsabilidade civil.*

<sup>5</sup> 3<sup>ª</sup> T. do STJ. REsp nº 1753-SP. Reg. nº 890012837-0. Rel. Min. Waldemar Zveiter. Unânime. DJ 19/3/1990. Ementa: *Civil. Responsabilidade civil. Indenização. Acidente ferroviário. Morte de menor. Culpa presumida. Decreto nº 2.681, art. 17. I – Não tendo a estrada provado a culpa da vítima, nem assim ilidindo sua responsabilidade, comprovando caso fortuito ou força maior, não se exonera da obrigação de indenizar pela morte do menor. II – É dever do transportador preservar a integridade física do passageiro e transportá-lo com segurança até o seu destino. III – Recurso provido.*

do Decreto-Lei nº 2.681/1912); d) o exercício de atividade de risco, com previsão normativa no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil<sup>6</sup>; e) Código Civil, arts. 186, 187 – ato ilícitos e abusivos, 188, I e II, § único, – art. 928, ato de incapaz – e 929, atos lícitos, se a vítima for inocente. O controle da conduta humana, em obediência ao preceito constitucional (art. 5º., X da CRFB/88), exercer-se-á, preventivamente, por ação provida das virtudes de diligência e prudência, no propósito de não se cometerem danos extrapatrimoniais ou patrimoniais injustos, a bem de pessoa inocente, como deveres jurídicos preexistentes, sob pena de responder o lesante ou responsável legal pelos prejuízos perpetrados; f) na responsabilidade civil dos administradores, derivada do descumprimento do dever legal ou estatutário (art. 158, §§ 2º e 4º, da Lei nº 6.404, de 15/12/1976 – Sociedades Anônimas); e g) na responsabilidade civil do administrador de instituição financeira (arts. 39 e 40 da Lei nº 6.024/74<sup>7</sup>). Por conta disso, no direito brasileiro predomina, na atualidade, a responsabilidade civil do lesante, sem exigência de culpa provada ou objetiva na perspectiva das teorias do risco nas espécies (administrativo, proveito, empreendimento etc.) objetiva, consumerista, aditando-se, ainda, a regra da inversão do ônus da prova, exigindo-se da vítima apenas a demonstração da ação danosa injusta, o nexo de causalidade e os prejuízos, quando perpetrados nas situações jurídicas seguintes: a) no exercício de função pública, pelo agente da admi-

---

<sup>6</sup> Código Civil. Art. 927. *Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.*

---

<sup>7</sup> Lei nº 6.024/74, Art. 39. *Os administradores e membros do Conselho Fiscal de instituições financeiras responderão a qualquer tempo, salvo prescrição extintiva, pelos atos que tiverem praticado ou omissões em que houverem incorrido.* Art. 40. *Os administradores de instituições financeiras respondem solidariamente pelas obrigações por elas assumidas durante sua gestão, até que se cumpram. Parágrafo único. A responsabilidade solidária se circunscreverá ao montante dos prejuízos causados.* Arnoldo Wald, *in* A culpa e o risco como fundamentos da responsabilidade pessoal do diretor do banco, sustenta que a responsabilidade dos administradores de instituições financeiras é do gênero subjetivo, mas com inversão do ônus da prova. Fábio Ulhoa Coelho, *in* A natureza subjetiva da responsabilidade civil dos administradores de companhia, p. 9-38, analisando as situações jurídicas dos administradores das sociedades anônimas e das instituições financeiras, apresenta a seguinte conclusão: 1º) *aos administradores de sociedade por ações impõe a lei um conjunto de deveres, em que se destacam os expressamente referidos a partir do art. 153 da LSA (ser diligente, não abusar do poder, ser leal e informar)... 2º) A fórmula geral da responsabilidade civil dos administradores de sociedade anônima é a seguinte: o administrador responde pelos danos causados à sociedade ou a terceiros, em razão de descumprimento de dever legal ou estatutário...*

nistração pública direta (União, Estados, Municípios) e indireta (autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista); b) por prepostos das empresas privadas prestadoras de serviços públicos (concessionárias, permissionárias - artigo 37, § 6º, da CRFB/88<sup>8</sup>); c) seguro por acidente de trabalho – Lei n.º 8.213/91; d) fornecedores (empresas privadas) por fatos de consumo, defeitos de produtos ou de serviços (arts. 12, 14, 18 e 20, da Lei nº 8.078/90<sup>9</sup>, etc.). Marque-se, ainda, que no Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CPDC), a regra da responsabilidade civil/consumerista é objetiva, porquanto somente a responsabilidade civil do profissional liberal é de natureza subjetiva. No entanto, como se trata de matéria técnica (advogado, médico, bombeiro, eletricista, etc.), pode implementar-se a inversão do ônus da prova, a pedido do consumidor (art. 6º, VIII, da Lei nº 8.078/90), fenômeno possível de liberá-lo da prova da culpa, se esta revelar-se presente no contexto probatório do fato constitutivo de seu direito no campo da prática jurídica. A imagem desse quadro revela que no direito pátrio predomina a responsabilidade civil sem culpa provada, em regra, exigindo-se do lesado a demonstração da culpa nas esferas de danos causados à pessoa ou coisa de outrem, na perspectiva dos artigos 186 e 927 do Código Civil/02. Contudo, o fato danoso injusto a bem da vítima inocente

---

<sup>8</sup> Art. 37. *A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também ao seguinte... § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros; assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.*

<sup>9</sup> Lei nº 8.078/90, Art. 12. *O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência da culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. § 1º - O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera. Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos § 1º - O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - o modo de seu fornecimento; II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - a época em que foi fornecido. § 2º - O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas. § 3º - O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. § 4º - A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa. Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.*

precisa ficar vencido no direito, conforme proclama Alvino Lima<sup>10</sup> e, nesse sentido, a Carta Magna vigente deu um salto para o progresso do Direito. Percebeu o legislador constituinte pátrio que todo dano extrapatrimonial ou patrimonial é injusto, em regra, no exame a *prima facie*, deixando evidente ou verossímil a violação do dever jurídico de cuidado e de agir suficiente à configuração da culpa leve ou levíssima, *ipso facto*. Em consequência, positivou no artigo 5º, *caput*, X e XXII da CRFB/88 a norma impositiva de conduta diligente e prudente, na perspectiva de efetivar o princípio *neminem laedere* (não lesar a ninguém), desencadeando a obrigação de reparar os danos materiais ou morais injustos se evidenciados do próprio fato (*ipso facto*). Desde então, na adequação do fato à norma no dano injusto, a rigor, não se exige prova inconteste, culpa a cargo do lesante, porquanto resulta evidente ou verossímil da própria conduta danosa injusta e ofensiva à ordem jurídica constitucional e civil. Por causa disso impõe-se, *ex vi legis*, a reversão da prova quanto à eventual legitimidade da conduta a cargo do lesante como corolário lógico da interpretação das normas jurídicas incidentes no caso em exame. Nesta linha de pensamento, compete ao ofensor da norma constitucional e civil a prova da conduta justificada e da exclusão do nexó de causalidade, tendo em vista o inexorável desvalor de sua conduta que exsurge, *ipso facto*, de seu comportamento antijurídico na prática de dano ou prejuízo injusto perpetrado a pessoa inocente. Nesta perspectiva, as virtudes de diligência (cuidado) e prudência (moderação), e de justiça como igualdade proporcional na lição de Aristóteles<sup>11</sup>, afiguram-se indissociáveis da conduta do

---

<sup>10</sup> Lima, Alvino. Revista Forense, v. 83, p. 385 e seguintes: *É preciso vencer o dano, o inimigo comum, fator de desperdício e de insegurança, lançando mão de todos os meios preventivos e reparatórios sugeridos pela experiência, sem desmantelar e desencorajar as atividades úteis.*

<sup>11</sup> Aristóteles. Ética a Nicômaco, p. 118-320. Aristóteles, nesta obra, aduz sobre as virtudes, como excelências morais ou aretês, assinalando-as como: 1) *Coragem* – Justo meio entre o medo e a temeridade. 2) *Moderação* – Justo meio nos prazeres, que são satisfações relacionadas ao corpo e não à mente do homem, exceto os sentidos. 3) *Liberalidade* – Justo meio da riqueza – entre a falta e o excesso – Prodigalidade e avareza. 4) *Magnificência* – É o justo meio entre a mesquinhez e a vulgaridade. 5) *Amabilidade* – É a observância do justo meio em relação à cólera. O excesso é chamado de irascibilidade. A falta é considerada insensatez. As pessoas rancorosas são difíceis, implacáveis e sustentam sua cólera por muito tempo. São pessoas chamadas de mal-humoradas, tendentes à vingança. 6) *Justiça* – É a disposição da alma que predispõe o homem a fazer o que é justo, desejar e agir justamente. A injustiça é o contrário, o ato é iníquo e ilegal. Justo é agir de conformidade com a lei. *Injustiça* é ação contrária à lei. *Justiça é igualdade proporcional.*

homem imputável. Significa a exigência de atuar o agente imbuído no propósito de não lesar nem cometer danos injustos contra pessoa inocente e, assim, cumprir os deveres de cuidado e de agir como determinado pela ordem jurídica. Os deveres jurídicos, em exame percuciente do caso concreto, afloram como substratos dos fundamentos das principais teorias tradicionais: subjetiva (Aquiliana ou culposa), assentada na culpa do agente; sem culpa (objetiva, do risco), e ecléticas, em sede de responsabilidade civil, assentados nos elementos seguintes: dano ou prejuízo injusto, ação, nexos causal, nas lições de Jean, Henri e Léon Mazeaud,<sup>12</sup> Karl Binding, M. Planiol<sup>13</sup> etc. Nesse sentido, Karl Binding,<sup>14</sup> partidário da teoria objetiva, sustenta, *v.g.*, que: *O simples fato de haver causado o dano obrigar a reparação.* Nas teorias ecléticas não se desconhece o desvalor da culpa, como violação de dever jurídico preexistente, como fundamento da responsabilidade civil; no entanto, atribui-se preponderância à noção do risco, como sustentou Josseland.<sup>15</sup>

3. Na seara das teses ecléticas, impende considerar as teorias seguintes: a) a de garantia de Boris Starck; b) a da culpa como violação de obrigação legal, de Paul Leclercq; c) a falta contra a legalidade constitucional; e d) *a perda de uma chance*. Boris Starck,<sup>16</sup> jurista francês, apresenta o fundamento da responsabilidade civil na *garantia* contra os fatos danosos de outrem. Na sua teoria, sugere a constituição de um fundo que assegure a reparação dos danos, sem prejuízo do direito de regresso do segurador contra o lesante. Entende que a culpa é a inobservância das regras jurídicas da boa-fé e da prudência. Sustenta que, se de um lado há liberdade de ação do

---

<sup>12</sup> Mazeaud, Jean, Henri et Léon. *Traité Théorique e Pratique de la Responsabilité Civile, Céléctuelle e Contractuelle*, t. 1, nº 7, p. 4.

<sup>13</sup> Planiol, Marcel. *PLANIOL, Marcel Fernand. Traité Élémentaire de Droit Civil*. 3ª ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1946, ts. 1 e 2, p. 302-351.

<sup>14</sup> Binding, Karl. *Apud* Dias, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*, v. 1, p. 58.

<sup>15</sup> Josseland, Louis. *Cours de Droit Civil Positif Français*, t. II, nº 416, p. 235 e seguintes.

<sup>16</sup> Starck, B. *STARCK, B. Essai d'une Théorie Générale de la Responsabilité Civile Considérée en sa Double Fonction de Garantie et de Peine Privée*. Paris: L. Rodastein, 1947.

homem, do outro existe um direito de segurança, outorgado pela ordem jurídica. A teoria sustentada pelo fiscal geral Leclercq,<sup>17</sup> da Corte de Cassação Belga, considera a culpa do lesante como decorrente da violação de uma obrigação legal. Sustenta, em sua teoria, que na demanda em que se exige da vítima a prova da culpa do motorista há, em verdade, um ônus de demonstrar a inobservância dos regulamentos, uma negligência, uma imprudência, como: a) excesso de velocidade; b) não ter funcionado o aparelho de advertência; c) um defeito do farol etc. No seu entender, esses fatos constituem as próprias culpas, não tendo a vítima, necessariamente, de demonstrar a sua existência. Sustenta que não tem a vítima o encargo de provar a culpa, cuja existência é demonstrada pelo fato do próprio acidente. Em sua doutrina, configura-se a culpa no atentado à integridade da pessoa ou do patrimônio da vítima, concluindo, afinal, que: *Todo atentado à integridade da pessoa ou do patrimônio de outrem constitui uma falta*, conforme lição de Leclercq, na expressão de Henri et León Mazeaud.<sup>18</sup> Estes autores comentam ainda o pronunciamento de Planiol<sup>19</sup> a respeito da tese de P. Leclercq, aduzindo que *a lei não manda, por exemplo, não atentar à vida, ao corpo, à liberdade, à propriedade ou a outros direitos de uma pessoa qualquer; o objeto da nossa obrigação é também uma abstenção pura e simples; ao se agir contrariamente a esta obrigação, há contravenção e falta*. A teoria de Paul Leclercq, na doutrina dos irmãos Mazeaud,<sup>20</sup> é entendida como de fundo objetivista, por ser uma for-

---

<sup>17</sup> Mazeaud, Jean, Henry y León. La Responsabilidad Civil Quasicontratos, p. 104. O Tribunal de Termonde, 3/12/1927, adotou a teoria do fiscal Belga, Leclercq, com o fundamento seguinte: *Considerando que nuestro régimen jurídico implica en su base el derecho civil de cada uno a la integridad de su persona y de su patrimonio e impone así, de rechazo, a cada cual, la obligación de no hacer nada que pueda atentar contra esa integridad, de donde resulta que, aquel que contravenga esa obligación legal de no hacer, incurre en un hecho ilícito; Considerando que las palabras "hecho" y "culpa", de que se vale el artículo 1.382, son intercambiables en el sentido de que quien comete un hecho prohibido por la ley incurre en una culpa; que, en consecuencia, el que viola la prohibición de atentar contra la integridad de la persona o del patrimonio de otro es culpable y compromete así su responsabilidad...*

<sup>18</sup> Mazeaud, Henri et León. *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*, p. 387, *in fine*. M. Paul Leclercq, procurador geral, ante a Corte de Cassação da Bélgica, defendeu em seu discurso, em 15/9/1927, a tese vencedora, no sentido de que *Toute atteinte à l'intégrité de la personne ou du patrimoine d'autrui constitue une faute*. A Corte ordenou a impressão do discurso intitulado: *Le conducteur d'une automobile qui tue ou blesse un piéton commet - il un acte illicite* ? Bruxelles, Etabl. Bruylant, 1927.

<sup>19</sup> Planiol M. *Traité Élémentaire de Droit Civil*, t. II, nº 885, *apud* Mazeaud, Jean, Henri et León, ob. cit., p. 387 (8 bis).

<sup>20</sup> Mazeaud, Jean, Henry y León. Ob. cit., p. 103: *A fin de socorrer a los peatones atropellados por los automóviles, Leclercque, fiscal general de la Corte de casación de Bélgica, sostuvo entences, en un discurso de reapertura de los*



ma de rodeio, para suprimir-se a culpa como requisito da responsabilidade civil. As teses de Starck e de Leclercq são semelhantes, apresentando diferença no plano conceitual. Enquanto para *Leclercq* todo ato ilícito caracteriza a violação da obrigação legal de não causar danos a outrem, defluindo, em consequência, a reparação dos danos, por ser o ato constitutivo da culpa, na concepção de Starck,<sup>21</sup> em todo ato ilícito há obrigação de reparar os danos, pela violação da proteção jurídica absoluta de garantia, sem perquirir se a ação constituiu-se ou não de culpa do agente. A *Teoria da Falta contra a legalidade constitucional- FCLC (ou Falta contra a constituição – FCC)*<sup>22</sup> consiste em interpretação da responsabilidade civil-constitucional compatível com o progresso das ciências e do direito no século XXI. Sustenta que culpa no campo probatório não se prova, evidencia-se do fato em todas as suas circunstâncias. Demonstra-se o fato, compreendendo a ação, o nexa causal, o dano injusto,

---

*tribunales, el 15 de setiembre de 1927, después en algunas de sus conclusiones, la tesis siguiente: atentar contra la integridad corporal o del patrimonio de outro es incurrir en culpa; la víctima, por lo tanto, no tiene que probar sino el daño corporal o material que há sufrido (cf. "Para la exposición y crítica de este tesis: Pinson Y de Villé", Traité de la Responsabilité Civile Extracontractuelle, t.1, ns. 60 y sigtes. H. y L. Mazeaud, Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile et Contractuelle, 5<sup>o</sup> ed., t. i, n<sup>o</sup> 385). Eso era, mediante un rodeo, suprimir la culpa como requisito de la responsabilidad civil;*

<sup>21</sup> STARCK, B. *Essai d'une Théorie Générale de la Responsabilité Civile Considérée en sa Double Fonction de Garantie et de Peine Privée*. Paris: L. Rodastein, 1947, p. 494-497, apresenta conclusões gerais em 12 artigos, podendo ser identificada a idéia de sua teoria nos primeiros e últimos dispositivos... 1. *La sécurité matérielle et morale de l'homme constitue un droit individuel garanti par la loi. Si, hors les cas où la loi l'autorise, une personne y porte atteinte dans l'exercice de son activité, le dommage causé est illicite et oblige son auteur à le réparer.* 2. *Toute personne qui, par son fait direct ou par les choses dont elle se sert, tue ou blesse une autre personne, détruit ou détériore les biens matériels d'autrui, cause un dommage illicite et doit réparer le préjudice subi par la victime. Les choses qui occupaient lors de l'accident leur place normale et qui ont fonctionné normalement ne peuvent être considérées comme étant les causes de l'accident. Le défendeur échappe à toute responsabilité en démontrant que le dommage a été déterminé par un évènement de force majeure.* 3. *Sont licites et ne donnent lieu à aucune sanction, les dommages qui sont la suite nécessaire et normale de l'exercice d'un droit subjectif ou d'une liberté individuelle, et ceux que la loi ou les usages reconnus laissent à la charge de la victime.* 4. *Le caractère licite ou illicite des dommages autres que ceux prévus aux articles précédents sera apprécié par le juge, compte tenu de l'étendue respectrice des droits des parties en litige.* 5. *Tout dommage imputable à l'imprudence, la négligence, la maladresse ou la mauvaise foi, ou qui résulte de l'exercice d'un droit sans motif légitime est illicite et, sauf disposition expresse du législateur en sens contraire, engage la responsabilité de son auteur.* 10. *La constatation d'une faute de la victime à l'origine du dommage entraîne une diminution de l'indemnité, ou sa suppression, si cette faute peut être considérée comme la seule cause réelle du dommage...* 12. *L'assurance de responsabilité est valable, à l'exclusion de l'assurance du dol personnel de l'assuré. La victime du dommage causé par ce dernier possède une action directe contre l'assureur dans les limites de la garantie souscrite. Si la responsabilité de l'assuré découle d'une faute caractérisée, le Fonds de garantie (à créer) peut recourir contre l'auteur de la faute pour une somme arbitraire par le juge en considération de sa gravité (destaque deste autor).*

<sup>22</sup> Abreu e Silva, ROBERTO. *A Falta contra a legalidade constitucional –*. Lumen Juris/editora. 2<sup>a</sup>. Edição. Rio de Janeiro. 2005, p.143 e 285.

na simbiose axiológica com a norma legal, e não a culpa, que, a rigor, promana de um juízo de valor da conduta. Não se julga improcedente uma demanda por ausência, insuficiência de culpa, mas, por ausência ou insuficiência de prova do fato, de inexistência ou rompimento do nexo de causalidade, por causa de isenção ou de exclusão da responsabilidade civil do demandado.

Condena-se o agente porque a sua ação foi considerada má, impura, ilícita, pela ordem jurídica, por falta de cuidado do lesante. O elemento subjetivo próprio do ato ilícito é a *falta de virtudes* de diligência e prudência na ação danosa injusta do lesante e não a *culpa*, que é expressão de um juízo de desvalor ou de reprovação, segundo Damásio de Jesus<sup>23</sup>, da conduta *pos-factum*, por inobservância do dever de cuidado objetivo do agente antes do fato. Resume-se a tese na expressão seguinte:... *"em todo dano injusto extrapatrimonial ou patrimonial perpetrado à vítima inocente (que não deu causa ao fato), a falta de diligência e prudência, não intencional do lesante, resulta evidente ou verossímil da convergência dos elementos integrantes do fato violador da norma constitucional (art. 5º, X da CRFB/88). Configura-se a falta contra a Constituição a conduta violadora dos deveres jurídicos de diligência e prudência impositivos do art. 5º, caput, X, XXII e XXXIV da CRFB/88, perpetrando-se danos injustos suficientes para deflagrar a obrigação de reparar se o lesante não demonstrar excepcional causa de isenção, de justificativa ou de exclusão da responsabilidade civil, ou para implementar-se tutela inibitória em caso de injusta ameaça de lesão de direito de pessoa inocente.* Esse posicionamento concilia as teorias da culpa, objetiva e do risco, facilita o acesso da vítima à reparação dos danos injustos, fundamenta a função preventiva da responsabilidade civil ante o ilícito de perigo, que se caracteriza por

---

<sup>23</sup> Jesus, Damásio Evangelista. Ob. cit., p. 285, assinala: *Vimos que a culpa, na doutrina finalista da ação, constitui elemento do tipo... É, também, puro juízo de reprovação, uma vez que é normativa e não psicológica... Quando se diz que culpa é elemento do tipo, faz-se referência à inobservância do dever de diligência. Explicando. A todos, no convívio social, é determinada a obrigação de realizar condutas de forma a não produzir danos a terceiros. É o denominado cuidado objetivo. A conduta torna-se típica "a partir do instante em que não se tenha manifestado o cuidado necessário nas relações com outrem, ou seja, a partir do instante em que não corresponda ao comportamento que teria adotado uma pessoa dotada de discernimento e prudência colocada nas mesmas circunstâncias que o agente.* O autor cita, neste passo, Welzel, "Culpa e Delitos de Circulação", p. 38.

riscos iminentes de danos graves e irreversíveis, configurando lesão à ordem jurídica constitucional, na tutela dos direitos fundamentais da pessoa e de seus bens, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à saúde pública e nas relações de consumo (arts. 5º, *caput*, X, XXII e XXXII, 225, 196, 170, V da CRFB/88 e Leis números 9.605/98, 7.347/85, 6.938/81 e 8.078/90), bem como equilibra a sanção do responsável. O estudo revela o fenômeno hermenêutico da constitucionalização da responsabilidade civil proveniente de danos injustos, com matriz sediada no artigo 5º, *caput*, X, XXII da CRFB/88, a ser aplicado, nas funções repressiva e preventiva (arts. 186, 187, 927, 12, 20 e 21, dentre outros do Novo Código Civil), quando houver lesão ou ameaça de grave dano ou de difícil reparação (art. 5º, XXXV da CRFB/88), implementando-se a tutela antecipada, inibitória ou de urgência (arts. 461 e parágrafos, 249 e 251 e parágrafos únicos, e 84, § 3º, do CPDC (Lei nº 8.078/90), bem como a supressão de ilícitos em incômodos de vizinhança, meio ambiente, política urbana, de defesa do patrimônio artístico, cultural e histórico, em regramento de concorrência, na perspectiva da regra de ouro da responsabilidade civil – mais vale prevenir do que remediar. Como corolário, a norma originária do princípio impositivo do dever jurídico *neminem laedere* (não lesar a ninguém) deve integrar o conteúdo de todas as normas infraconstitucionais derivadas ou recepcionadas pela Constituição, no direito público e no direito privado. E, notadamente, em sede de responsabilidade civil ou direito oriundo de danos injustos, na tutela de bem de pessoa inocente, considerando como tal a vítima que não deu causa ao fato, no prisma da teoria da Falta contra a Legalidade Constitucional, no propósito de efetiva conversão do direito em Justiça. A TFCLC pontua, afinal, que a regra de ouro da responsabilidade civil hodierna não é reparar, mas impedir o dano ou suprimir a conduta ilícita, e culmina otimizando a linguagem jurídica a bem da Ética, da Moral e do Direito.

4. A doutrina da teoria da perda de uma chance. No campo das teses ecléticas, destaca-se a TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE como instrumento indispensável à configuração da responsabilidade civil e da obrigação de indenizar e, notadamente, na

fixação do *quantum* reparatório, mitigado, à luz dos elementos valorativos do artigo 944 § único e 945 do Código Civil/02. O conceito da TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE delinea-se na doutrina do direito pátrio e, comparado nas expressões de juristas de escol como Caio Mário da Silva Pereira, Sílvia Mota, Atilio Anibal Alterini, Philippe le Tourneau, etc. Caio Mário da Silva Pereira<sup>24</sup>, analisando a situação da perda de uma chance, leciona que: *“A doutrina moderna assenta bem os extremos: o que é significativo é que a chance perdida tenha algum valor, do qual a vítima se privou. Weill e Terré lembram, ainda, como exemplos, o caso da pessoa que deixou de adquirir um imóvel por culpa do notário ou de ganhar um processo pela falha do escrivão ou do advogado (ob .cit., no. 602)...Ulderico Pires dos Santos registra decisão do Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a legitimidade da companheira para pleitear indenização ( A Responsabilidade Civil na Doutrina e na Jurisprudência, nº 88, p. 247). É claro, então, que se a ação se fundar em mero dano hipotético, não cabe reparação. Mas esta será devida se se considerar, dentro na idéia de perda de uma oportunidade ( perte d’une chance) e puder situar-se a certeza do dano. Daí dizer Yves Chartier que a reparação da perda de uma chance repousa em uma probabilidade e uma certeza; que a chance seria realizada e que a vantagem perdida resultaria em prejuízo...”* A doutora Sílvia Mota<sup>25</sup> doutrina sobre a teoria da perda de uma chance em sua tese de doutoramento, afirmando que: *“A chance é a possibilidade de um benefício futuro provável integrada nas faculdades de atuação do sujeito, considerando um dano ainda quando possa resultar dificultoso estimar seu alcance. Nesta concorrência de fatores passados e futuros, necessários e contingentes, existe uma consequência atual e certa. Aconselha-se efetuar um balanço das perspectivas a favor e contra e, do saldo resultante, se obterá a proporção do ressarcimento. A indenização deverá ser da chance, e não dos ganhos perdidos. A obrigação de reparar é somente parcial, se comparada aos*

---

<sup>24</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 41/42.

<sup>25</sup> MOTA, Sílvia. “Responsabilidade civil decorrente das manipulações genéticas: novo paradigma jurídico ao fulgor do biodireito”. Tese (Doutorado em Justiça e Sociedade) – Universidade Cama Filho, Rio de Janeiro, 2005.

*danos finais, por isso não se reivindica a reparação destes, mas somente considera-se relevante a perda da possibilidade de serem evitados." A idéia central da novel teoria é explicitar inconvenientes existentes na comprovação dos elementos formadores da responsabilidade subjetiva (culpa, dano e nexos de causalidade), enfatizando o resultado lesivo. Nesse sentido, quando é difícil a prova do nexo de causalidade entre o ato ou omissão culposos do médico e o dano experimentado pelo paciente, admite-se seja o elemento prejudicial determinante da reparação a perda de uma chance de resultado favorável no tratamento. Nos casos de aplicação da teoria da perte d'une chance de guérison, o médico, embora agindo com culpa, não é, a rigor, o causador do dano. A relação de causalidade estabelecida entre a culpa do médico e o dano do paciente não é, portanto, natural, mas sim estritamente jurídica. Não há efetivamente um dano, na acepção que lhe é dada hoje, e sim, a perda da possibilidade de alguém auferir alguma vantagem, em virtude da conduta de outrem. Segundo a doutrina, cabe ao julgador, no caso concreto, verificar a real possibilidade da vítima de alcançar seu objetivo se não tivesse acontecido o evento que lhe tirou a esperança. A reestruturação do ordenamento jurídico nacional, com fulcro numa renovada visão das pautas constitucionais, condiz com uma etapa superior na conscientização moral da sociedade, salientada por Vicente Barreto: "A leitura moral da Constituição, assim chamada em virtude de estar vinculada à concepção da democracia como um regime político que se fundamenta em valores morais da pessoa humana, permite que se incorpore e leve em consideração no processo de aplicação da lei, ao caso concreto, as finalidades últimas do regime democrático." Dessa forma, a perda de chance como vínculo da causalidade parece aqui se arrumar por inteiro, num alerta ao cuidado dos que lidam com a vida humana. Faz-se relevante estabelecer juridicamente a perda de uma chance como vínculo da causalidade, em resposta à necessidade premente de proteção à pessoa humana, ajudando a reordenar os paradoxos e atendendo aos anseios de justiça do homem da atualidade." Atilio Anibal Alterini<sup>26</sup>*

---

<sup>26</sup> ALTERINI, Atilio Anibal e Cabana, Roberto Lopez. *Temas de Responsabilidad Civil*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad de Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1999, p. 206.

no direito Argentino sustenta a tese da perda de uma chance no sentido de que se não houvesse tutela preventiva de dano, tendente a impedir a realização de possíveis prejuízos, seria como criar um direito de prejudicar, assim, expressando: *"3. La prevención del daño. En teoría general, la prevención del daño plantea un problema de "tutela preventiva" tendiente a impedir "la realización posible" de los daños (De Cupis), ya que "cualquiera sea su fuente, deben ser evitados" (Mosset Iturraspe). Es que, si ser permaneciera impasible frente a la ilicitude, inclusive, ante la aparición de un riesgo que compromete la chance de evitar un deterioro de la situación actual, "ello importaría tanto como crear el derecho de perjudicar" (Aguiar).*" Philippe le Tourneau<sup>27</sup>, no direito francês, delimita o tema pontuando, *ab initio*, a necessidade de se distinguir a perda de uma chance de um risco que pode surgir inesperadamente. Sustenta que a perda de uma chance constitui por vezes um prejuízo indenizável enquanto que uma hipótese, uma pura hipótese, não seria causa de um dano, ou somente de uma eventualidade de dano não reparável. Define a perda de uma chance como a desapareção da probabilidade de um evento favorável quando esta chance aparece suficientemente séria. Aduz sobre a quantificação que deve corresponder à da perda de uma chance, bem como sobre a situação de negligência de um advogado diminuindo ou suprimindo as chances de seu cliente de obter ganho de causa etc. A teoria da perda de uma chance no direito brasileiro é de aplicação na solução justa da demanda à luz do princípio democrático de direito e de respeito à dignidade da pessoa humana e de seus bens protegidos pela ordem jurídica. Essa teoria afigura-se inteligível em seus próprios termos. Na chance perdida

---

<sup>27</sup> TOURNEAU, Philippe. Droit de la responsabilité, n° 669/676, Paris: Dalloz, 1998, p. 213/215. "Delimitations – On prendra soin de distinguer la perte d'une chance d'un risque qui peut survenir...La perte d'une chance constitue parfois un préjudice indemnisable, tandis que l'hypothèse, une pure hypothèse, ne saurait être la cause d'un dommage, ou seulement d'une éventualité de dommage non réparable...Partant, la perte d'une chance peut se définir comme la disparition de la probabilité d'un événement favorable lorsque cette chance apparaît suffisamment sérieuse....la fraction de ces préjudices correspondant à la « perte de chance » de les éviter si le (défendeur) n'avait pas commis de faute »....; illustrations de la perte d'une chance en matière contentieuse....De même examen est opéré lorsqu'un pourvoi en cassation est nul pour incompétence de l'huissier (Limoges, 19 dec. 1938, JCP ou lorsque la négligence d'un avocat a diminué ou supprimé les chances de son client d'obtenir gain de cause (Civ. 1. 16 mars 1965...) ou lui a fait perdre le bénéfice de la contradiction à une instance (Paris 16 mai 1963. D. 36.692)."

e reparável, preexiste oportunidade séria de se conseguir um benefício futuro, que se revela como interesse jurídico protegido pelo direito e frustrado por conduta ignóbil do agente imputável. A chance perdida consiste na privação de uma probabilidade, não hipotética, de obtenção de vantagem ou de sucesso em pretensão séria assegurada pelo direito e frustrada por conduta ignóbil do causador do dano, resultando em prejuízo provado ou evidente do fato à pessoa inocente. A contrário senso, a pretensão improvável, hipotética, consiste em simples aventura, sem relevância jurídica; por isso, não configura perda de chance indenizável nem deflagra a obrigação de reparar. A chance perdida reparável configura um prejuízo material ou imaterial resultante de fato já consumado, não hipotético, causado a pessoa inocente (que não deu causa ao fato), por conduta comissiva ou omissiva do agente (falta de diligência ou prudência) violadora de interesse juridicamente protegido no direito positivo (CRFB/88, art. 5º., X, Código Civil, Código do Consumidor, etc.). Esses elementos devem resultar provados ou evidentes do próprio fato, bem como o indispensável nexo etiológico, compreendido como causalidade necessária, ligando a conduta censurável do agente ao prejuízo injusto causado pelo fato consumado da perda de uma chance. A noção de causa envolve a idéia de necessidade da ação determinante dos prejuízos injustos. A causa de um fato lesivo e antijurídico compreende-se como o antecedente ou grupo de antecedentes necessários à produção do prejuízo injusto, perda de uma chance ou da probabilidade séria de obter uma vantagem. A obrigação somente se verifica quando o prejuízo injusto perpetrado por falta na ação violadora da norma jurídica é a causa necessária para a produção do prejuízo vinculada pelos nexos de causalidade e de antijuridicidade<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> TJRJ – 6ª. C.CÍVEL –Apel. nº 2004.001.15622 – Rel.Des. Roberto de Abreu e Silva - Responsabilidade Civil. Legitimidade da negativação na SERASA ao tempo da execução extinta por circunstância processual. quitação superveniente. Agitação de providência de baixa. Dever jurídico do devedor. Nexo de causalidade revelado por omissão do consumidor. Danos Morais. Não configuração. O direito do devedor à baixa da anotação no cadastro da SERASA afigura-se corolário do pagamento do débito de cobrança, até então legítima, reclamando, apenas, simples pedido de baixa no órgão de proteção ao crédito, a implementar-se por providência do credor ou devedor na esfera judicial ou administrativa. Não demonstrou o consumidor formulação de pedido de baixa perante a SERASA, após a quitação, nem mesmo reclamação direta ao credor ou sua resistência à implementação de tal providência. Destarte, o suporte fático apresentado afigura-se insuficiente a engendrar direito à reparação de danos morais, por três razões básicas. *Primeira*, o ato da negativação pelo credor em face de devedor inadimplente

Se a ação do agente é de conformidade com a lei, embora possa ser considerada causa no mundo fático, nem sempre o será no mundo jurídico, se faltar a antijuridicidade da conduta,<sup>29</sup> como ocorre, *v.g.*, na excludente da legítima defesa. No estudo da relação de causalidade, é necessária a vinculação direta do prejuízo injusto causado pela perda de uma chance de se obter uma vantagem ou evitar uma perda originária de situação fática da qual depende o prejuízo já consumado. Na subsunção do fato à norma jurídica pelo julgador, é indispensável a consideração do valor do bem protegido e o desvalor da conduta, em sua tridimensionalidade, fato valor e norma, *cum arbitrio boni viri*, na concepção culturalista do direito de Miguel Reale.<sup>30</sup> Fundamental é que se relacione o dano ou prejuízo injusto à causa e efeito no mundo fático, articulados com a falta de diligência e de prudência na ação violadora da norma jurídica, no mundo do direito, para que se deflagre a consequência legal e constitucional de se impor a obrigação de reparar os prejuízos originários de fato ilícito perpetrado à vítima inocente, pela perda de uma chance em ato consumado. Em síntese, a chance perdida configura um dano injusto indenizável ou reparável quando há um prejuízo material ou imaterial causado a pessoa inocente pela perda da probabilidade de um evento favorável, certo, sério, não hipotético, em fato já consumado causado por conduta comissiva ou omissiva do agente (falta de diligência ou prudência) e violadora de interesse juridicamente protegido no direito positivo (CRFB/8, art. 5º.X, Código Civil, Código do Consumidor etc.). A par disso, torna-se indispensável a demonstração dos elementos gerais da responsabilidade civil, como: (i) o nexo de causalidade entre a ação necessária e proporcional ao dano

---

afigura-se lícito em sua origem, como exercício regular de direito. *Segunda*, o dever de agitar a providência de baixa perante o credor ou órgão de proteção é do consumidor, porquanto foi ele quem deu causa ao fato, inadimplindo sua obrigação no respectivo vencimento. *Terceira*, o direito não permite a ninguém Incupletar-se da própria torpeza. Em tais circunstâncias, identificada a omissão do próprio consumidor como causa determinante da negativação e permanência do legítimo registro na SERASA, empós a quitação do débito, pressuposto causal indispensável à configuração do ilícito civil-constitucional de danos morais, impõe-se a reforma da r. sentença proclamando-se da improcedência do pedido da inicial, com a inversão dos ônus sucumbenciais. Provedimento do Recurso.

<sup>29</sup> Outros exemplos: situação de falta exclusiva da vítima. Conduzir-se um veículo no limite da velocidade permitida para o local, com atenção, quando um pedestre, saindo detrás de outro automóvel, inopinadamente, tenta atravessar a pista, sem observar o tráfego, provocando seu próprio atropelamento.

<sup>30</sup> Reale, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. São Paulo. Saraiva. 1980.



injusto, prejuízo proibido qualificado como perda de uma chance; (ii) a violação da norma jurídica constitucional ou infra-constitucional proibitiva da conduta lesiva; (iii) a legitimação ativa e passiva, por fato próprio ou de outrem;<sup>31</sup> (iv) a inexistência de causa de isenção ou de exclusão da reparação dos prejuízos.<sup>32</sup>

5. A sanção e quantificação dos prejuízos. A conduta ofensiva à norma jurídica proibitiva de conduta danosa injusta deflagra a obrigação de indenizar ou reparar os danos ou prejuízos injustos perpetrados à pessoa inocente. A quantificação da sanção do lesante, considerando as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso, deve ser proporcional à intensidade da falta e ao valor do prejuízo causado pela perda de uma chance, da oportunidade ou probabilidade de obtenção de vantagem ou sucesso em fato já consumado. O nexo de causalidade do suporte fático da perda de uma chance, resultando em prejuízo indenizável, em princípio, não se confunde com o do fato espécie de dano ou prejuízo de maior expressão, eventualmente existente no fato complexo, quando causado por nexo etiológico não imputável ao réu. Em tais circunstâncias, o valor da indenização na perda de uma chance deverá ser menor do que o valor que se arbitraria em eventual dano ou prejuízo maior, porém por nexo de causalidade não imputável ao demandado, como ocorre em cada um dos exemplos assinalados a seguir: (i) A condenação de advogado pelo Tribunal, impondo-lhe sanção por danos morais em razão de perda de prazo recursal, em situação que revela, *ipso facto*, prejuízo pela perda de uma chance da parte de rever a decisão monocrática em segundo grau de jurisdição, e não pelo valor da demanda perdida em primeira instância, cujo nexo de causalidade não foi perpetrado pelo r. patrono. (ii) A condenação de clínica especializada por perpetrar à autora *perda de uma chance* de salvar a

---

<sup>31</sup> Exemplos: o pai responde pelos atos dos filhos menores sob a sua guarda; o patrão se obriga por ato danoso de seu empregado, ou preposto, conforme normas do artigo 932, I e III, do Código Civil; ou, ainda, na responsabilidade contratual do transportador por não levar incólume o passageiro a seu destino em dano causado por fato de terceiro, conforme Súmula 187 do STF e norma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, embora haja jurisprudência controversa sobre esse tema.

<sup>32</sup> Vg., caso fortuito ou força maior, legítima defesa, falta exclusiva ou concorrente da vítima e causa estranha.

sua visão, comprometida pelo descolamento da retina evidenciada pela falta de médico profissional disponível na ocasião da procura do primeiro atendimento, transferindo-se a consulta para a semana posterior, ultrapassando o período da situação emergencial, porquanto a lesão da mácula na retina da vista da paciente já se consolidara quando do atendimento médico marcado, tornando ineficaz a tardia autorização do SUS e o procedimento cirúrgico, na ocasião superveniente, sem a mínima possibilidade de sucesso. A questão da perda de uma chance se afigura no pressuposto fático: omissão hospitalar e prejuízo pela perda de uma chance de salvar a visão da paciente, e não pelo prejuízo da cegueira. O antecedente causal, conduta omissiva hospitalar, se liga ao conseqüente prejuízo pela perda de uma chance em fato já consumado, por não oferecer à autora o socorro tempestivo por meio de uma intervenção médico-cirúrgica que lhe proporcionasse a possibilidade de sucesso em salvaguardar a sua visão. A condenação da reparação, neste caso, limita-se ao valor do prejuízo causado pela perda de uma chance, probabilidade séria, não hipotética, de salvar a vista da paciente, e não pelo mal maior do prejuízo pela perda da visão, visto que o nexó de causalidade referente ao descolamento da retina não é imputável ao hospital.

6. A visão jurisprudencial da teoria da perda de uma chance. Na experiência jurídica, a doutrina da perda de uma chance em sede de responsabilidade civil revela-se como instrumento importante de reparação de prejuízos injustos, permitindo sanções proporcionais aos prejuízos causados em relação causal direta com o desvalor e a gravidade da conduta censurável do lesante, *ut* artigos 944, § único e 945 do novo Código Civil. Nesse diapasão, assinala a jurisprudência pátria os casos seguintes: (i) O E. TJRJ, em caso de responsabilidade civil/consumerista, condenou a Clínica de Olhos em reparação de prejuízos causados à paciente que sofreu descolamento de retina, não pela cegueira em si, mas, pela *perda de uma chance* de salvar a sua visão, conforme último exemplo retro citado. Em realidade, a falta cometida consistiu no descumprimento do dever jurídico de atuação médica no quadro de emergência, quando procurado o nosocômio na primeira vez, cau-

sando-lhe prejuízo pela perda de uma chance, na medida em que não lhe proporcionou intervenção médico-cirúrgica que lhe permitisse, ao menos, possibilidade de sucesso na perspectiva de salvar a sua visão. Como corolário lógico desse quadro, reduziu-se a sanção aplicada no primeiro grau a título de reparação para menor valor, proporcional ao prejuízo consumado pela perda de uma chance, e não pelo fato da perda da visão, cuja indenização seria bem mais pesada na teoria objetiva se considerasse como prejuízo a seqüela da cegueira acometida à vista da paciente, quando a causa evidente consistiu em fator inteiramente estranho à atuação médica.<sup>33</sup> No mesmo sentido pontuou o E. TJRJ: (ii), 3ª Câmara Civil nos E.I. 2002.005.00446. Impôs-se a responsabilidade civil/consumerista por vício de qualidade da prestação do serviço pela entidade hospitalar em caso de óbito de recém-nascido por *Apnéia idiopática seguida de paradas cardiorrespiratórias* causada pela demora no encaminhamento do paciente para unidade de terapia intensiva, aplicando na demanda a Teoria da “perda de uma chance”. Não porque se absteve em absoluto de atuar, ou por haver adotado medidas ineficazes e inúteis, que podem revelar imperícia, mas, em razão de o médico descumprir o dever de atuar. A sanção mitigou-se por não corresponder a reparação à indenização pelo dano morte, mas em razão do atuar tardio verificado na atuação médica e do dano sofrido, considerando *in caso a perda de uma chance de sobrevivência*<sup>34</sup>. (iii)

---

<sup>33</sup> TJRJ. Apelação Cível nº 2006.001.08137 NONA CÂMARA CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL/CONSUMERISTA. CLÍNICA DE OLHOS. DESCOLAMENTO DE RETINA. PERDA DA VISÃO. ATENDIMENTO TARDIO. PERDA DA CHANCE. REPARAÇÃO. Inequívoca a responsabilização civil da ré por perpetrar à autora *perda da chance* de salvar a sua visão evidenciada pela conduta omissiva médica na primeira consulta marcada para 29.12.1999, por falta de profissional disponível na ocasião, transferindo-se, a consulta e atuação médica para o dia 03.01.2000, quando a lesão da mácula na retina já se consolidara, tornando ineficaz a tardia autorização do SUS e procedimento cirúrgico, nessa ocasião, sem a mínima possibilidade de sucesso. A questão da perda da chance se afigura na situação fática definitiva de perda da visão de olho direito, que nada mais modificará, visto que o fato do qual dependeu o prejuízo está consumado, por não oferecer à autora o socorro tempestivo por meio de uma intervenção médico-cirúrgica que lhe proporcionasse, ao menos, possibilidade de sucesso em salvaguardar de sua visão. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO.

<sup>34</sup> Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (3ª Câmara Cível). Embargos infringentes. Responsabilidade civil de entidade hospitalar. Casa de saúde e maternidade. Óbito de recém nascido. *Apnéia idiopática seguida de paradas cardiorrespiratórias*. Demora no encaminhamento do paciente para unidade de terapia intensiva. Serviço hospitalar defeituoso. Fato do serviço caracterizado. Indenização. danos material e moral. responsabilidade civil objetiva. Teoria da “perda de uma chance”. Recurso conhecido e provido. Embargos Infringentes nº 2002.005.00446. Relator: Desembargador Werson Rego. Rio de Janeiro, 3 de junho de 2003. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.tjrj.gov.br>>. Acesso em: 20 nov. 2004. “Há casos em que não se busca

Demanda de responsabilidade civil por erro de diagnóstico prescrevendo relaxante muscular para caso de tuberculose vertebral gerando paraplegia, situação em que se aplicou a teoria da perda de uma chance, impondo-se a obrigação de reparação por dano moral. ...*"O perito vislumbrou erro de diagnóstico, fato que teria provocado retardamento no início do tratamento da real doença que acometia o autor, comportamento profissional conhecido na literatura pericial francesa como perda de uma chance (perte d 'une chance), que preconiza a perda da possibilidade de cura do paciente pela intervenção errada de profissional, pois as possibilidades de recuperação são muito maiores quando descoberta a doença no início. Salienta o vistor, no entanto, que a perda de chance no caso é somente da cura e não da continuidade da vida. É o quanto basta para estabelecer-se a responsabilidade da prestadora de serviço médico, cuja culpa assenta em uma das três hipóteses: erro médico, erro de procedimento e erro de diagnóstico. A responsabilidade no caso atinge apenas o dano imaterial, pelos sofrimentos físicos e sensoriais que o errôneo diagnóstico provocou no autor, até que a diagnose correta fosse realizada, dando-se início ao tratamento adequado, que não produziria o mesmo resultado se iniciado o quanto antes. Não há responsabilidade, no entanto, pelo estado físico atual do autor, uma vez que o perito foi bastante claro ao dizer que o retardo no diagnóstico não constitui a causa imediata das seqüelas produzidas pela doença. Em tal perspectiva, não procedem os pedidos de ressarcimento dos danos materiais, já que a incapacidade física do autor resulta da própria doença e não do serviço médico mal prestado na fase do diagnóstico."*<sup>35</sup> (iv) Igualmente, o E. TJRS, Décima Câmara Cível, na Apelação Cível 70013036678, em demanda de respon-

---

uma causalidade pura, sim uma causalidade jurídica; um motivo suficiente para a imputação do dano; não foi o médico mesmo que, com seus atos, causou o dano. Contudo, podendo e devendo interromper o processo natural da enfermidade, não o fez, ou porque se absteve em absoluto de atuar, ou por haver adotado medidas ineficazes e inócuas, que podem revelar imperícia. *O médico terá descumprido, neste caso, uma obrigação jurídica de atuar, e em razão desse descumprimento, o dano resultante de um processo natural lhe é imputável.* Observe-se que, em tais casos, não se pode dizer que o médico tenha causado o dano. Precisamente por essa dificuldade de apreciar em muitos casos o nexa causal entre a atuação do médico e o dano sofrido, a jurisprudência francesa vem aplicando há quase 20 anos aquela que se chama doutrina *da perda de possibilidades de sobrevivência*.

<sup>35</sup> Ap. 2005.001.44557. 17ª C. Cível. DES. EDSON VASCONCELOS - Julgamento: 29/03/2006.

sabilidade civil por erro médico que resultou na morte de recém-nascido. Considerou a evidência da imprudência praticada pela profissional, que optou por aguardar o agravamento de uma situação que já era grave para realizar a cesariana, aplicando no caso, ainda, a teoria da perda de uma chance, oriunda do direito francês, por entender que se a cesariana tivesse sido realizada logo, talvez o nefasto evento morte, não ocorresse.<sup>36</sup> (v) No mesmo diapasão proclamou o E. TJRGS (5ª Câmara Cível), impondo a responsabilidade civil ao nosocômio pela falha do atendimento hospitalar, considerando que paciente portador de pneumonia bilateral teve tratamento domiciliar ao invés de hospitalar, aplicando *in casu* a teoria da perda de uma chance de tratamento hospitalar, que talvez o tivesse salvo. No caso, não se pode afirmar que o médico causou o dano morte do paciente, porquanto tal fato pode originar-se de fator endógeno ou natural; no entanto, o nexo de causalidade vinculando o hospital se afigura na má prestação de serviço e o dano sofrido se limita ao valor do prejuízo resultante da perda de uma chance de sobrevivência<sup>37</sup>. Com relação à responsabilidade civil de profissional liberal, afigura-se possível a aplicação da teoria da perda de uma chance, como expõe a doutrina José de Aguiar Dias<sup>38</sup>: *A perda de prazo é a causa mais freqüente da responsabilidade do advogado. Constitui erro grave, a respeito do qual não é possível escusa, uma vez que os prazos são de direito expresso e não se tolera que o advogado o ignore.*” Em seu estudo cita obra de Savatier retratando decisão do Tribunal de Karlsruhe, na Alemanha, em 04.11.33. Nesse diapasão lecionam Caio Mário da Silva Pereira e Philippe le Tourneau<sup>39</sup>, conforme doutrinas transcritas no início desta exposi-

---

<sup>36</sup> TJRGS- 10ª Câmara Cível, Apelação 70013036678Relator: Luiz Ary Vessini de Lima, Julgado em 22/12/2005).

<sup>37</sup> TJRGS(5ª Câmara Cível). Responsabilidade civil. Falha do atendimento hospitalar. Paciente portador de pneumonia bilateral. Tratamento domiciliar ao invés de hospitalar. Perda de uma chance. 1. É responsável pelos danos, patrimoniais e morais, derivados da morte do paciente, o hospital, por ato de médico de seu corpo clínico que, após ter diagnosticado pneumonia dupla, recomenda tratamento domiciliar ao paciente, ao invés de interná-lo, pois, deste modo, privou-o da chance (*perte d'une chance*) de tratamento hospitalar, que talvez o tivesse salvo. 2. Apelação provida. Voto vencido. Apelação Cível nº 596070979. Relator: Desembargador Araken de Assis. Porto Alegre, 15 de agosto de 1996. “.

<sup>38</sup> DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. v. 1, 5ª edição. Rio: Forense, p. 330. “Aduz que :...” *um advogado foi acionado pelo cliente, que lhe exigia indenização dos prejuízos decorrentes do fato de o não haver advertido das possibilidades de prescrever o crédito, a respeito do qual lhe fizera uma consulta. O profissional defendeu-*

ção. Na mesma perspectiva seguem os posicionamentos jurisprudenciais. I) do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. (i) Apelação Cível. Processo nº 2003.001.19138. Décima Quarta Câmara Cível. Condenação de profissional advogado pelo Tribunal impondo-lhe sanção por danos morais em razão de perda de prazo recursal, em situação que revela, *ipso facto*, prejuízo pela perda de uma chance da parte de rever a decisão monocrática em segundo grau de jurisdição. (ii) 10ª. Câmara Cível. Apelação Cível. Processo nº 2003.001.29927. Implicou-se a responsabilidade civil/consumerista subjetiva do advogado que deixou de cumprir obrigação a seu cargo, violando por negligência norma do artigo 14, § 4º. da Lei 8.078/90.<sup>40</sup> O E. TJRGS, por sua vez, (i) na Apelação Cível nº 70005473061, aplicou a teoria da perda chance embasada do suporte fático seguinte: ... “ *Tendo a advogada, contratada para a propositura e acompanhamento de demanda indenizatória por aci-*

---

*se, invocando decisão do Tribunal Supremo, de 1910, pronunciando-se pela não prescrição. O Tribunal de Karlsruhe, entretanto, em 4.11-33, acolheu o pedido em todos os seus termos, estabelecendo que o advogado tem obrigação de informar o cliente, com o maior detalhe, das possibilidades e circunstâncias do negócio jurídico submetido a seu estudo, para dar parecer, a fim de que o consulente adote todas as medidas necessárias à defesa dos interesses confiados à sua perícia profissional (Juristische Wochenschrift, nº 19, 12-5-34).*

<sup>39</sup>TOURNEAU, Philippe. Droit de la responsabilité., nº 676, Paris: Dalloz, 1998, p. 2151x.

<sup>40</sup> TJRJ. (i) 14ª. Câmara Cível. RESPONSABILIDADE CIVIL DE ADVOGADO. EXERCÍCIO CULPOSO DA PROFISSÃO. PRAZO PARA RECURSO. INOBSERVÂNCIA DO PRAZO. DANO MORAL. MANDATO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS CAUSADOS EM VIRTUDE DE PERDA DE PRAZO. DANOS MORAIS JULGADOS PROCEDENTES. A responsabilidade do advogado é contratual e decorre especificamente do mandato. Erros crassos como perda de prazo para contestar, recorrer, fazer preparo do recurso ou pleitear alguma diligência importante são evidenciáveis objetivamente. Conjunto probatório contrário à tese do Apelante. É certo que o fato de ter o advogado perdido a oportunidade de recorrer em consequência da perda de prazo caracteriza a negligência profissional. Da análise quanto à existência de nexo de causalidade entre a conduta do Apelante e o resultado prejudicial à Apelada resta evidente que a parte autora da ação teve cerceado o seu direito de ver apreciado o seu recurso à sentença que julgou procedente a reclamação trabalhista, pelo ato do seu mandatário, o qual se comprometera ao seu fiel cumprimento, inserido que está no elenco de deveres e obrigações do advogado, aquele de interpor o recurso à sentença contra a qual irressignou-se o mandante. Houve para a Apelada a perda de uma chance, e nisso reside o seu prejuízo. Estabelecida a certeza de que houve negligência do mandatário, o nexo de causalidade e estabelecido o resultado prejudicial demonstrado está o dano moral. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. Apelação Cível. Processo nº2003.001.19138. Data de Registro: 13/11/2003. Órgão Julgador: Décima Quarta Câmara Cível. DES. Ferdinando do Nascimento. Julgado em 07/10/2003. (ii) TJRJ. 10ª. Câmara Cível. RESPONSABILIDADE CIVIL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. AÇÃO DEFECHADA EM FACE DO ADVOGADO, QUE DEIXOU DE CUMPRIR OBRIGAÇÃO A SEU CARGO. ELEMENTOS DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR SÃO O ATO ILÍCITO, O DANO E O NEXO CAUSAL. APLICAÇÃO DO CDC. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA, A TEOR DO ART. 14, PARÁGRAFO 40, DO CDC. ATO ILÍCITO DECORRENTE DA NEGLIGÊNCIA. PREJUÍZO CONFIGURADO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DA CHANCE. RECURSO PROVIDO. Apelação Cível. Processo nº2003.001.29927. Data de Registro: 10/05/2004. Órgão Julgador: Décima Câmara Cível. DES. Luisa Cristina Bottrel Souza. Julgado em 02/12/2003. (iii) TJRJ. 18ª. Câmara Cível. Ap. 2005.001.42727. JDS. DES. JOAO BATISTA OLIVEIRA LACERDA - Julgamento: 20/12/2005.

dente de trânsito, deixado de atender o mandante durante o transcorrer da lide, abandonando a causa sem atender às intimações e nem renunciando ao mandato, contribuindo de forma decisiva para o insucesso do mandante na demanda, deve responder pela perda de chance do autor de obtenção da procedência da ação indenizatória. Agir negligente da advogada que ofende ao art. 1.300 do CCB/1916." TJRGS (ii). Ação de indenização por danos materiais e morais contra sindicato pela não inclusão do nome da autora em demanda trabalhista. O E. Tribunal entendeu que o demandado deve ser responsabilizado pelos prejuízos originados da perda de uma chance experimentada pela autora, ao deixar de incluir seu nome no rol dos reclamantes e não ter sua pretensão examinada e acolhida no Juízo Trabalhista, como ocorrido com seus colegas de trabalho. Fixou-se o dano material tendo como paradigma outro funcionário. Proclamou-se, ainda, que o dano moral deve ser fixado, considerando a necessidade de punir o ofensor e evitar que repita seu comportamento, devendo-se levar em conta o caráter punitivo da medida, a condição social e econômica do lesado e a repercussão do dano, acolhendo-se o apelo com fulcro na teoria da perda de uma chance em demanda trabalhista. O E. TJRJ, 18ª. Câmara Cível, decidiu caso concreto de aplicação relativa a advogado do sindicato que ajuizou demanda trabalhista depois do transcurso do prazo prescricional – ... *“Tendo o associado perdido a chance de ver sua pretensão apreciada pela Justiça Obreira, em face do transcurso do prazo prescricional para o ajuizamento da ação, decorrente da desídia do profissional indicado pelo sindicato, deve a entidade de classe ser responsabilizada pelos prejuízos originados pela perda da chance experimentada pelo autor. Responde o sindicato por culpa in eligendo. Exegese do art. 1.521, inciso III, do CCB/1916. Ainda que não houvesse obrigatoriedade de aceitação, era dever do sindicato a fiscalização dos serviços prestados pelo advogado indicado. Apresentada a prova de que o profissional estava autorizado a prestar os serviços para o associado, era ônus do sindicato a prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 333, II, CPC). Valores buscados na demanda trabalhista, não impugnados pelo requerido, que devem servir de base*

*para o quantum indenizatório.*” Nessa perspectiva, a falta de diligência e prudência do advogado ou da entidade representativa de classe configurando culpa no estrito sentido caracteriza suporte fático violador de norma do CPDC (art. 14, § 4º, da Lei nº 8.078/90) ou do Código Civil (156 ou 189 do diploma atual), evidenciando, *ipso facto*, na conduta contrária ao dever jurídico esperado na defesa dos interesses do constituinte o elemento constitutivo do ilícito (*fattispecie*). Assim, não sendo observado o dever de diligência e prudência profissional ou da entidade de classe em conduta culposa que possibilite danos ou prejuízos ao cliente ou filiado por fato consumado em perda de uma chance, impõe-se a reparação correspondente à proporcional e adequada estimativa judicial dos prejuízos causados pela frustrada probabilidade séria de aproveitamento. Em *demanda entre consorciado e administradora do consórcio*, o E. TJRJ aplicou a teoria da perda de uma chance de participar de assembléia de que sairia vencedor o lance entregue pelo autor à funcionária da respectiva administradora, que não o encaminhou a tempo, daí decorrendo a frustração do autor, de modo a retirar-lhe a paz interna e o próprio equilíbrio emocional, configurando-se a responsabilidade civil da administradora por danos morais.<sup>41</sup>

7. Conclusão. No direito brasileiro neste início do terceiro milênio predomina a tese da responsabilidade civil objetiva ou sem culpa provada, como denotam dois grandes seguimentos legislativos no direito público e privado expressos nos artigos 37, § 6º, da CRFB/88 e 12 e 14 da Lei 8.078/90, enriquecidos, no entanto, pelas teorias

---

<sup>41</sup>TJ RJ. Ap. 2005.001.02659. Des. Maurício Caldas Lopes - Julgamento: 22/03/2005 - Segunda Câmara Cível. Consórcio para aquisição de veículo. Obrigação de fazer. Pedido prejudicado. Assembléia Geral. Participação não comprovada. Ressarcimento dos danos. Ação ordinária. Consórcio de automóveis. Obrigação de fazer prejudicada, entregue que fora o carro ao autor. Danos morais. Perda da chance de participar de assembléia de que sairia vencedor o lance entregue pelo consorciado à funcionária da respectiva administradora, que acabou por não encaminhá-lo a bom tempo. Dano que, no caso, tem muito mais sabor de dano material - quando o demonstrasse o autor, em sua concreta realidade, como ocorreria, v.g., quando destinado à utilização para o desempenho de determinada e remunerada atividade - do que de índole moral, que se constitui, basicamente, de lesão a direito da personalidade, e que, no caso, não está evidentemente em jogo. Por certo que frustrou-se o autor - de cujo depoimento, aliás, se recolhe atilado senso de oportunidade - mas daí a extrair-se dor ou sofrimento moral íntimo e profundo, de modo a retirar-lhe a paz interna e o próprio equilíbrio emocional, vai distância que não se atreve o órgão Julgador a vencer, sem maiores pudores, sobretudo quando o *quod plerumque accidit* aponta em sentido diverso. Recurso não provido.



subjetiva, da inversão do ônus da prova e ecléticas, dentre as quais a teoria da perda de uma chance. Na análise do caso concreto em sede de responsabilidade civil, afigura-se indispensável a identificação do nexo etiológico ligando a conduta censurável do agente, como causa necessária à produção do resultado, dano injusto ou prejuízo perpetrado a pessoa inocente. A conduta censurável consiste na falta jurídica comissiva ou omissiva por violação do dever jurídico de diligência ou prudência. Considera-se como pessoa inocente a que não deu causa ao fato. O dano ou prejuízo é sempre injusto. Não existe dano “justo”, mas justificável, segundo o direito positivo. O dano injusto ou prejuízo material ou moral causado a pessoa inocente não mais se compreende como perda ou diminuição de um patrimônio, mas, como violação de um interesse juridicamente protegido, em razão da proteção do bem imaterial ou moral, a partir da exigência constitucional de respeito à vida, à liberdade, dignidade da pessoa humana e da propriedade (art. 1º., III, 5º., caput, X e XXII da CRFB/88). A teoria da perda de uma chance exsurge revitalizada no contexto atual como instrumento indispensável à realização da Justiça por três razões básicas. *Primeira*, o estudo do caso permite a identificação do dano injusto ou prejuízo causado resultante da conduta censurável do agente em fato já consumado pela perda de uma chance ou possibilidade de sucesso em pretensão séria e razoável, garantido como interesse juridicamente protegido. O pressuposto fático da perda de uma chance configura na ordem jurídica dano ou prejuízo injusto de ordem material ou moral causado por falta de diligência e prudência do agente em fato já consumado de probabilidade certa, não hipotética. *Segunda*, na reparação do dano certo causado pela perda de uma chance, arbitrar-se-á a indenização em valor correspondente a esse efetivo prejuízo (*perte d'une chance*), que não se confunde com a indenização por dano ou prejuízo de maior expressão causado por nexo etiológico não imputável ao demandado, ex-vi de caso de omissão médico-hospitalar pela demora no atendimento do paciente em situação de emergência e de possível salvamento ou erro grosseiro de diagnóstico, resultando, afinal, em dano mais grave ou morte. *Terceira*, na aplicação da teoria da perda de uma chance, no caso concreto,

impõe-se uma quantificação minorada da indenização ou reparação material ou moral (art. 944, parágrafo único, do Código Civil), considerando os elementos seguintes: (i) a intensidade mínima da falta não intencional ou culposa, por negligência, imprudência ou imperícia, notadamente, leve ou levíssima (art. 186 do Código Civil/02). Igualmente, nas teorias objetivas ou sem culpa provada, abrangendo a consumerista (arts. 37 § 6º. da CRFB/88 ou 12 e 14 da Lei 8.078/90, etc.); (ii) os danos ou prejuízos materiais ou morais perpetrados pela perda de uma chance reclamam quantificação muito inferior à que seria aplicada pela prática de mal maior perpetrada por falta intencional ou pesada, na expressão do dolo direto ou indireto; (iii) a quantificação dos danos ou prejuízos deve ser proporcional à gravidade da falta jurídica e do prejuízo causado pelo fato consumado da perda de uma chance, nem sempre correspondente ao mal maior, se existente, porém causado por fato não imputável ao demandado, considerando, ainda, as circunstâncias fáticas para compatibilizar o valor da indenização ou reparação com a expressão axiológica do interesse jurídico violado (*perte d'une chance*), nas perspectivas dos princípios da proporcionalidade, razoabilidade, equidade e Justiça. ☺

# A Obrigação de Diligência e a Responsabilidade Civil do Profissional Liberal

Nagib Slaibi Filho  
*Desembargador do TJ/RJ. Professor da EMERJ  
e da UNIVERSO*

A responsabilidade civil dos profissionais liberais é tema tormentoso na doutrina e nos pretórios em decorrência dos surpreendentes e inéditos desenvolvimentos que este início de século oferece quanto à consciência de cada pessoa sobre os próprios direitos e do segmento econômico da prestação de serviços, este cada vez mais sofisticado e complexo.

A complexidade tecnológica e a especialização científica não dispensam o profissional liberal moderno de atuar em conjunto com outros profissionais de áreas correlatas nem o imunizam à direção, coordenação e colaboração de outros profissionais da mesma área e de técnicos também de elevada especialização.

Empreendedor embora, não se confunde, no entanto, o profissional liberal com o empresário.

Seguindo a orientação do Código Civil italiano, o Código Civil brasileiro, de 2002, em seu art. 966<sup>1</sup>, considera *empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços*; e no parágrafo único<sup>2</sup>, diz que *não se considera empresário quem exerce profissão*

---

<sup>1</sup> A disposição vem do Código Civil italiano, art. 2082. *Imprenditore. È imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi.*

<sup>2</sup> A origem também está no Código Civil italiano, em seu art. 2.228, sobre o trabalho autônomo, dispondo que se o exercício da profissão constituir elemento de uma atividade organizada na forma de empresa, aplicar-se-ão as disposições referente ao empresário.

*intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento da empresa.*

Em decorrência da disposição legal, tem sido considerado, na esteira da orientação peninsular, que aquele que exerce individualmente uma profissão intelectual, como advogado, médico, engenheiro, contador, cientista ou artista, mesmo sendo o organizador de um conjunto de colaboradores e auxiliares, não é considerado empresário, mas um profissional autônomo.

Nesta vertente do pensamento, deve ser destacado que a existência da imprescindível organização da prestação dos serviços, por si só, não é suficiente para conferir caráter empresarial à atividade do profissional autônomo – é que a organização constitui elemento essencial em qualquer atividade da prestação de serviços ou de produção de bens, cuja sofisticação atual impossibilita a atuação puramente individual.

Embora não esteja submetido aos efeitos jurídicos que incidem sobre o empresário, submete-se o profissional liberal ao Direito do Consumidor.

São valores aparentemente contraditórios no Estado Democrático de Direito a necessidade, de um lado, de assegurar a livre iniciativa econômica, e, de outro, de garantir ao destinatário da atividade econômica uma proteção jurídica.

Tal proteção, a lhe conferir superioridade jurídica para compensar a inferioridade de estar no último elo da cadeia econômica, parte do pressuposto ou da presunção de que são adequados e eficientes os bens e serviços que recebe, sem que possa conhecer todos os estágios anteriores da respectiva produção.

Em decorrência, a Constituição de 1988, em seu art. 5º, XIII, assegura que *é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*, em norma que assegura a iniciativa econômica, embora também imponha aos Poderes Públicos a proteção ao consumidor (art. 5º, XXXII), além de erigir essa mesma defesa do consumidor como princípio básico da ordem econômica (art. 170).

O *status* constitucional do Direito do Consumidor confere ao Código de Defesa e Proteção do Consumidor (Lei nº. 8.078, de 11 de

setembro de 1990) um caráter que muitos até mesmo reputam como *supralegal*, como instrumento jurídico de afirmação de sua validade e eficácia em relações jurídicas por ele não expressamente previstas.<sup>3</sup>

Diz o art. 2º da lei protetora do consumidor que *consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final*, e o art. 3º, no seu *caput*, que *fornecedor é toda pessoa física ou jurídica... Desenvolvem atividades de... Prestações de serviço*, e no § 2º que *serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração... Salvo as decorrentes de relações de caráter trabalhista*.<sup>4</sup>

Nesta linha de orientação, é que vem o mesmo Código de Defesa do Consumidor dispor, no art. 14, § 4º, que *a responsabilidade pessoal*<sup>5</sup> *dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa*.

Ainda que inexistisse a disposição legal antes referida, mostra-se inviável a responsabilização objetiva do profissional liberal pelo caráter científico de suas atividades e pela antes referida necessidade de organizar, habitualmente, a atividade de tantos outros profissionais autônomos.

---

<sup>3</sup> Tal caráter de supralegalidade, a conferir uma eficácia como se fosse de supremacia às normas protetivas do consumidor em face das demais leis ordinárias, não foi suficiente para levar o legislador do novo Código Civil a dispor sobre tais relações diretamente, reservando o tratamento da matéria para o Código de Defesa do Consumidor. Há normas do novo Código Civil que impregnam as relações consumeristas, entre as quais se destacam o que está no art. 927, parágrafo único: *haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem*. De tal dispositivo é que se extrai a teoria do risco do empreendimento, em que o empreendedor responde objetivamente pelos danos decorrentes de suas atividades para os direitos de outrem.

<sup>4</sup> A Emenda Constitucional nº. 45, de 8 de dezembro de 2004, dita Emenda da Reforma da Justiça, carrou à Justiça do Trabalho a competência funcional para processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho (art. 114, I), em redação que levou alguns doutrinadores a entender que também competiria à Justiça laboral o julgamento das causas de reparação de danos decorrentes de prestações de serviços dos profissionais liberais. Tal entendimento, no entanto, não prosperou pela exegese que as Cortes Superiores fizeram quanto à novel disposição constitucional. Sobre o tema, ver Nagib Sliabli Filho, Reforma da Justiça, Editora Impetus, Niterói, 2005, p. 148/187.

<sup>5</sup> A expressão *pessoal*, prevista no mencionado dispositivo legal, não indica que somente se apure mediante culpa o que diz respeito à atividade própria e exclusiva do profissional liberal, mas também todas as atividades que embora não tenham sido por ele realizadas, mas o foram mediante sua organização e coordenação, como empregados, colaboradores e técnicos que também a ele prestam serviços. Entendimento em contrário esvaziaria o mandamento legal, porque raramente se pode hoje figurar a situação em que o profissional liberal exerça as funções contando única e exclusivamente com os seus esforços pessoais. Exemplo típico de tal situação é a atuação do médico-cirurgião, operando e regendo uma grande equipe de profissionais que também são autônomos nas respectivas funções.

Assim, não se aplica ao profissional liberal a regra geral do Direito do Consumidor de que a responsabilidade do fornecedor do serviço se qualifica como objetiva, o que dispensaria em cada caso a perquirição do elemento da culpa para a sua caracterização.

É a tranqüila orientação da Alta Corte de Direito Federal, como se extrai de decisão específica sobre a responsabilidade civil de odontólogo e que se aplica a todos os profissionais liberais:

**RESPONSABILIDADE CIVIL. CIRURGIÃO-DENTISTA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. RESPONSABILIDADE DOS PROFISSIONAIS LIBERAIS.**

*1. No sistema do Código de Defesa do Consumidor a "responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa" (art. 14, § 4º).*

*2. A chamada inversão do ônus da prova, no Código de Defesa do Consumidor, está no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor, ficando subordinada ao "critério do juiz, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências" (art. 6º, VIII). Isso quer dizer que não é automática a inversão do ônus da prova. Ela depende de circunstâncias concretas que serão apuradas pelo juiz no contexto da "facilitação da defesa" dos direitos do consumidor. E essas circunstâncias concretas, nesse caso, não foram consideradas presentes pelas instâncias ordinárias.*

*3. Recurso especial não conhecido.*

(Resp 122.505/SP, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 04.06.1998, DJ 24.08.1998 p., 71).

De tal ensinamento pretoriano decorre, além do mais, a lição no sentido de que, ainda que se apliquem as normas consumeristas, com a apuração da culpa do profissional liberal e conseqüente exclusão de sua responsabilidade objetiva, também incidem as regras da inversão do ônus da prova, referidas no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

Contudo, não se chegue ao extremo de considerar que a inversão do ônus da prova conduza a que, desde logo, se deva procla-

mar vencedor da causa o consumidor – ainda que a lei mande o juiz inverter o ônus da prova, dele não se dispensa, de modo preciso e profundo, o exame dos elementos fáticos apurados na mesma causa, entre eles a culpa do profissional liberal.

O profissional liberal deve ter o domínio do serviço que presta, titular que é de conhecimentos técnicos ou científicos, hauridos em nível universitário e submetidos à disciplina de sua corporação de classe quando esta for prevista no ordenamento jurídico.

Dá-se justificativa a inversão do ônus da prova, pois o profissional tem o controle da situação que ao cliente, muitas vezes, se apresenta obscura, pois de difícil senão impossível cognição por quem está situado em último lugar na escala econômica.<sup>6</sup>

A apuração do elemento da culpa para o reconhecimento da responsabilidade civil do profissional liberal constitui pressuposto comum na doutrina e no direito pretoriano, aqui a dispensar maiores comentários.

Afirmado o postulado legal de que o profissional liberal somente responde civilmente em caso de culpa, passa-se a inquirir se a sua atividade em geral consubstancia obrigação de resultado, em que haverá responsabilidade pelo simples fato de não se alcançar o fim desejado, ou obrigação de meios, bastando que demonstre a sua diligência para se imunizar à responsabilização.

Sobre a distinção entre as mencionadas modalidades de obrigações, temos Carlos Afonso Leite Leocádio, Edgard Pedreira de Cerqueira Neto e Luizella Giardino Barbosa Branco<sup>7</sup> em transcrição que ora se faz:

## *2.2. Obrigação de resultado e obrigação de meio nas relações contratuais.*

---

<sup>6</sup> Neste aspecto, incumbe ao profissional liberal a demonstração da regularidade da sua conduta, como, por exemplo, a anotação dos procedimentos no prontuário do cliente, a exibição de cópias dos autos em que atuou, quanto ao advogado etc. O que não pode se exigir do cliente é que demonstre que o profissional não agiu corretamente, mesmo porque, já diziam os antigos medievais, a prova negativa constitui expediente diabólico... Se a demonstração da prestação do serviço é ônus do profissional, ao cliente caberá demonstrar os alegados danos e o nexo causal entre tais danos e a prestação de serviços. Enfim, sobre a regularidade dos serviços há uma verdadeira presunção em favor do profissional liberal, incumbindo à contraparte a demonstração em contrário.

<sup>7</sup> Carlos Afonso Leite Leocádio, Edgard Pedreira de Cerqueira Neto e Luizella Giardino Barbosa Branco, *Responsabilidade civil na gestão da qualidade*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2005.

*A responsabilidade civil contratual, como se disse, é aquela decorrente do dano causado pela inexecução, ou pela execução irregular ou tardia, de obrigação assumida em contrato. Há que se distinguir, porém, duas classes de obrigação contratualmente estipuladas: a obrigação de meio e a obrigação de resultado.*

*Obrigação de meio é a obrigação de empregar todas as técnicas, instrumentos e recursos disponíveis, e envidar todos os esforços possíveis, no sentido de alcançar o resultado contratado, independentemente de esse resultado ser ou não alcançado. Obrigação de resultado é a obrigação de alcançar o exato fim contratado, independentemente das técnicas e recursos empregados. Na obrigação de meio, não alcançar o resultado contratado é circunstância admitida no contrato e não implica inexecução da obrigação, e nem responsabilidade civil tão-pouco. Já na obrigação de resultado, o devedor da obrigação somente se desincumbe dela se alcançar o resultado esperado, no tempo e no modo estipulados no contrato; caso contrário suportará a responsabilidade civil contratual, se do inadimplemento decorrer um dano, é claro.*

E mais adiante:

#### *2.2.2. Obrigação de meio.*

*A obrigação de meio, como já esclarecido acima, é o mero dever de empregar as técnicas e recursos disponíveis para a obtenção do resultado, mas independe da consecução do resultado desejado. Trata-se, contudo, de exceção, aplicável em casos específicos, como veremos em seguida. Cumprir uma obrigação de meio é empregar todas as técnicas, recursos e esforços que estiverem ao alcance do contratado, no sentido de alcançar o resultado contratado, ainda que este não seja alcançado. Só há que se falar em descumprimento de uma obrigação de meio, se o resultado não for alcançado, no prazo e no modo contratados, e isso decorrer do fato de o contratado não ter empregado todas as técnicas, recursos ou esforços que estavam ao seu alcance, na tentativa de alcançar o resultado.*



*Assim, se o exato resultado contratado foi alcançado, no prazo e na forma estipulados, não há que se falar em inexecução da obrigação de meio, ainda que o contratado não tenha empregado todas as técnicas, recursos e esforços que estavam ao seu alcance. Não sendo alcançado o resultado, aí sim, há que se perquirir se o contratado fez tudo que estava ao seu alcance, isto é, se envidou seus melhores esforços e empregou os melhores métodos e recursos disponíveis; somente se a resposta a essa indagação for negativa é que se poderá falar em violação do contrato e, por via de consequência, em ato ilícito e, se houver dano, em responsabilidade civil contratual.*

*O Direito só admite a obrigação de meio nos casos de prestação de serviços de profissões liberais nas áreas de ciências humanas e biológicas, vale dizer, nas áreas das ciências inexatas. Note que a lei não define expressamente a obrigação de meio e a obrigação de resultado; muito menos define as profissões liberais que gozam da prerrogativa de assumirem apenas uma obrigação de meio. Trata-se de construção da doutrina jurídica e da jurisprudência, ao lado das normas técnicas inerentes às diversas profissões liberais.*

*Seja como for, para nos ajudar a elucidar o conceito de obrigação de meio, reproduzimos aqui alguns esclarecimentos do insigne desembargador Tupinambá do Nascimento, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Inicialmente, o ilustre escritor esclarece (Nascimento, 1991, p. 49/50): "O profissional liberal, pelo serviço que presta não se compromete com o resultado; sim com a regularidade dos meios técnicos que oferece. Se o serviço não alcançou o resultado pretendido pelo consumidor, tem que se pesquisar se o erro não foi no fornecimento da obrigação de meio, com prudência e diligência normais, ou por outra razão qualquer não vinculada à conduta do profissional."*

E, mais a diante, complementando, adverte (. . .):

*"Como indagação final, o que é ser profissional liberal? Há uma primeira colocação que advém do adjetivo liberal. É toda*

*profissão cujo exercício se dá por conta e risco próprio. Na pureza da expressão, profissional liberal é o que não mantém qualquer vínculo de emprego subordinado a terceira pessoa em relação à atividade que presta. É, enfim, o autônomo. Não se quer dizer que não possa colateralmente haver a manutenção de um contrato de trabalho ou uma relação estatutária com o serviço público. O que se está acentuando é que a atividade que presta como profissional liberal é por conta própria e sem qualquer vínculo de subordinação com outrem. Entretanto, nem todo que tem autonomia na prestação de serviço é profissional liberal.”*

*A advertência final que o mestre nos coloca é no sentido de que não se deve confundir o profissional liberal com qualquer profissional autônomo. O técnico de som, por exemplo, não é um profissional liberal, porquanto não exerce profissão de cunho científico, de grau superior, que é o que diferencia um do outro. Essa distinção, aliás, é a mencionada pelo referido autor, em citação desse verbete no Vocabulário Jurídico do saudoso mestre De Plácido e Silva (SILVA, 1996, vv. III e IV, pp. 467/468). Para não repetirmos a citação do ilustre magistrado escritor, transcrevemos, a seguir, o verbete do não menos importante Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas (SIDOU, 1995, p. 322): “Profissão liberal. Dir. Trab. Atividade privativa de detentores de diploma universitário, cuja prestação de serviço é caracterizada pela independência quanto ao desempenho científico e à remuneração. Profissional Liberal, o exercente dessa atividade.”*

*Um bom exemplo de contrato de obrigação de meio, é o contrato de tratamento de saúde, firmado com o médico, pois o resultado depende de fatores que fogem ao controle do profissional, como a natureza fisiológica do paciente, sua reação aos medicamentos, entre outros fatores. O médico só está obrigado a envidar seus melhores esforços e a aplicar as melhores técnicas e instrumentos que estiverem ao seu alcance para atingir o resultado contratado, mas não está obrigado a atingi-lo. Outro exemplo clássico de obrigação de meio é o contrato*

*de assistência jurídica firmado com o advogado, pois o resultado depende de fatores totalmente fora do controle do causídico, como a qualidade das provas apresentadas por ambas as partes e, principalmente, a interpretação do juiz sobre o direito. Assim como o médico, o advogado só está obrigado a envidar seus melhores esforços e a aplicar todos os recursos legais disponíveis no sentido de alcançar o resultado desejado pelo cliente, mas não está obrigado a alcançá-lo.*

*Contudo, ousamos discordar daqueles que afirmam ser a obrigação de meio uma prerrogativa exclusiva dos profissionais liberais. Casos há em que o profissional é empregado de uma empresa ou de uma entidade qualquer, e, portanto, embora não seja "liberal", só assume obrigações de meio. É o caso do próprio médico e do advogado. Ainda que o médico seja empregado do hospital ou da clínica onde se realiza o tratamento do paciente, a obrigação do médico para com o hospital é obrigação de meio. O mesmo se diga do advogado que, mesmo sendo empregado do escritório, só assume obrigação de meio. E dizemos mais: a obrigação de meio não é nem mesmo prerrogativa de profissionais, pessoas físicas, posto que, nos casos citados, o hospital e o escritório de advocacia assumem, igualmente, apenas uma obrigação de meio, perante o paciente ou cliente. Obrigação de meio é, pois, característica das profissões liberais e não dos profissionais liberais.*

*Assim, podemos definir obrigação de meio como sendo aquela assumida por pessoas físicas ou jurídicas, nos contratos de prestação de serviço - e só neles - relativos a profissões liberais de nível superior, no emprego de conhecimentos científicos inerentes a ciências humanas ou biológicas, ou, de um modo geral, inerentes a ciências não exatas. Não há uma relação legal das profissões liberais que assumem apenas obrigações de meio, porém, podemos ensaiar alguns exemplos, para sedimentar melhor o conceito.*

*Além do médico, é lógico presumir-se que goza da mesma prerrogativa o veterinário, o psicólogo, o fisioterapeuta, o nutricionista, entre outros. Caso "sui generis" é o do econo-*

*mista, ou da instituição financeira em que ele trabalha, em relação ao investimento dos recursos financeiros do cliente, pois nem um nem outro está obrigado a obter lucro para o seu cliente, mas tão-somente fazer tudo que estiver a seu alcance para obtê-lo. Em sentido oposto, assume obrigação de resultado e não goza da prerrogativa da obrigação de meio o contador, por exemplo, que deve escriturar a contabilidade do seu cliente, sendo este o resultado contratado, ao qual está obrigado. O mesmo se diga do engenheiro: se contratado para um projeto, deve entregar um projeto consistente e correto; se contratado para uma obra, deve entregar uma construção sólida e segura; em qualquer caso, o trabalho do engenheiro denota uma obrigação de resultado.*

E sobre a obrigação de resultado:

#### *2.2.1. Obrigação de resultado*

*O conceito de obrigação de resultado é o que se apresenta, a nosso ver, o mais simples e fácil de compreender, posto que é o que ordinariamente acontece. Em geral, as pessoas contratam serviços objetivando um resultado específico, e esperam alcançar esse resultado. É assim na maioria dos casos, posto que a obrigação de resultado é a regra. Assim, cumprir o contrato, quando se assume uma obrigação de resultado, significa entregar ao contratante o resultado esperado e não menos que isso, independentemente das técnicas, métodos e esforços empregados para consegui-lo. Por outro lado, descumprir uma obrigação de resultado representa não alcançar o resultado contratado, no prazo e no modo contratados, independentemente das técnicas, métodos e esforços empregados na tentativa de alcançar o resultado esperado.*

*Exemplos de contrato de obrigação de resultado não faltam nas relações sociais. O exemplo mais banal é o contrato de prestação de serviço firmado com técnicos de eletrodomésticos, como televisão, som, máquina de lavar etc. Nesse tipo de contrato, o resultado contratado é o satisfatório conserto do aparelho defeituoso, e a obrigação assumida pelo profissional*

*é a de alcançar esse resultado, ou seja, consertar satisfatoriamente o aparelho. Não o fazendo, este não poderá, por exemplo, cobrar pelo serviço. E mais: se a não consecução do resultado contratado causar dano para o cliente, o profissional incorrerá em responsabilidade civil contratual, ficando com o dever de reparar o dano.*

*Veja, caro leitor, o exemplo: para comemorar o debute de sua filha, o orgulhoso pai organiza uma festa em sua casa e, para isso, contrata uma empresa especializada, que assume a obrigação de produzir, organizar e servir os alimentos e bebidas selecionados; por motivos alheios à sua vontade, a empresa não consegue cumprir o seu desiderato e, simplesmente, não comparece ao evento; no dia da comemoração, o jactancioso pai, para não ver cancelada a homenagem à debutante, é obrigado a organizar ele mesmo o bufê, adquirindo os alimentos e bebidas no comércio local e contratando os serviços necessários de biscateiros do bairro. Pois bem: a empresa contratada, que assumiu obrigação de resultado consistente em providenciar todo o necessário para o sucesso da festa, não cumpriu a obrigação contratada. Em decorrência de seu inadimplemento, causou ao outro contratante prejuízo de diversas ordens, quais sejam: um dano econômico, consistente do valor exorbitante pago por produtos e serviços contratados isoladamente e às pressas; outro dano econômico, consistente do pagamento do aluguel de diversos equipamentos e materiais para uso no bufê originalmente planejado, que acabaram não sendo utilizados; um dano moral, consistente de toda a angústia e ansiedade sofrida pelo pai, durante a inútil espera do serviço contratado e durante seus esforços em procurar e contratar os produtos e serviços substitutos em cima da hora; e um dano moral de outra ordem, consistente na angústia e decepção sofridas pelo pai em consequência do insucesso da comemoração, tendo em vista a má qualidade dos produtos e serviços adquiridos de última hora. Surge, então, para a empresa contratada, em decorrência da inexecução de uma obrigação de resultado contratualmente assumida, a responsabilidade civil contratual, ficando obriga-*

*da a reparar os danos de toda ordem, morais e materiais, que o seu inadimplemento contratual causou.*

*Note que da obrigação de resultado decorrem duas consequências distintas: em primeiro lugar, aquele que não consegue alcançar o resultado contratado não pode cobrar pelo serviço, o que nada tem a ver com responsabilidade civil, sendo questão mais afeta ao direito das obrigações ou ao direito do consumidor, conforme o caso; em segundo lugar, se a inexecução de obrigação de resultado, no tempo e na forma do contrato, causar dano ao contratante, o inadimplente fica obrigado a reparar o dano, como decorrência da responsabilidade civil, do tipo contratual, nascida com o inadimplemento da obrigação.*

A se admitir, ainda assim, que incidiria o profissional liberal na responsabilidade por se tratar de obrigação de resultado, a que se obrigaria para chegar ao termo do tratamento, é necessário se ver que a obrigação de resultado é modalidade de responsabilidade objetiva, justamente aquela em que não se perquire a culpa, bastando a demonstração do fato, do dano (ainda que psicológico, como no dano moral) e o nexo causal entre fato e dano.

Nem se diga que a antiga parêmia *ubi emmolumentum ibi onus*, recriada pela denominada teoria do risco do empreendimento e agora prevista expressamente no art. 927 do novo Código Civil, venha impor ao profissional liberal responder objetivamente pelos riscos de sua atividade.

Veja-se a lição do notável civilista e antigo colega da Justiça paulista, Sílvio de Salvo Venosa<sup>8</sup>, ao comentar o parágrafo único do art. 927, do novo Código Civil, diz que não “... fará desaparecer a responsabilidade com culpa em nosso sistema. A responsabilidade objetiva, ou responsabilidade sem culpa, somente pode ser aplicada quando existe lei expressa que autorize. Portanto, na ausência de lei expressa, a responsabilidade pelo ato ilícito será subjetiva, pois esta

---

<sup>8</sup> Sílvio de Salvo Venosa, “A responsabilidade objetiva no novo Código Civil”, artigo disponível no site [www.societario.com.br/doutrina](http://www.societario.com.br/doutrina).

*é a regra geral no direito brasileiro. Em casos excepcionais, levando em conta os aspectos da nova lei, o juiz poderá concluir pela responsabilidade objetiva no caso que examina. No entanto, advirta-se, o dispositivo questionado explica que somente pode ser definida como objetiva a responsabilidade do causador do dano quando este decorrer de 'atividade normalmente desenvolvida por ele'."*

Sobre a superação moderna da distinção entre obrigação de resultado e obrigação de meios, Paulo Luiz Netto Lobo, Doutor em Direito Civil e representante da Ordem dos Advogados do Brasil no Conselho Nacional de Justiça, assim ensina em artigo sobre a responsabilidade civil do advogado, no *Jusnavegandi*, sítio da Internet:

*7. Superação da distinção entre obrigação de meios e obrigação de resultado.*

*Ao longo do Século XX, na teoria da responsabilidade civil em geral, notadamente com relação aos profissionais liberais, predominou, no direito brasileiro, uma distinção ou dicotomia que se transformou quase em petição de princípio: a obrigação ou é de meios ou é obrigação de resultado.*

*Como regra geral, a doutrina dominante diz que o profissional liberal assume obrigação de meios, sendo excepcionais as obrigações de resultado. Na obrigação de meios, a contrariedade a direito reside na falta de diligência que se impõe ao profissional, considerado o estado da arte da técnica e da ciência, no momento da prestação do serviço (exemplo: o advogado que comete inépcia profissional, causando prejuízo a seu cliente). O profissional não prometeria resultado, mas a utilização, com a máxima diligência possível, dos meios técnicos e científicos que são esperados de sua qualificação.*

*A farta jurisprudência dos tribunais brasileiros utiliza essa dicotomia, como pré-requisito para imputar a responsabilidade ou não do profissional liberal. Se o profissional se houve com diligência, pouco importa o resultado obtido, excluindo-se sua responsabilidade, liminarmente. Essa orientação dominante resultou em dificuldades quase intransponíveis para as vítimas de prejuízos causados pelos profissionais liberais, quan-*

*do não conseguem provar que a obrigação por eles contraída é de resultado. No caso dos advogados, a configuração de sua obrigação como de resultado era e é quase impossível. Assim, restam os danos sem indenização, na contramão da evolução da responsabilidade civil, no sentido da plena reparação. Já sustentamos essa tese, sem reflexão mais aprofundada. Hoje, não pensamos mais assim.*

*A dicotomia, obrigação de meios ou obrigação de resultado, não se sustenta.*

*Afinal, é da natureza de qualquer obrigação negocial a finalidade, o fim a que se destina, que nada mais é que o resultado pretendido. Quem procura um advogado não quer a excelência dos meios por ele empregados, quer o resultado, no grau mais elevado de probabilidade. Quanto mais renomado o advogado, mais provável é o resultado pretendido, no senso comum do cliente. Todavia, não se pode confundir o resultado provável com o resultado necessariamente favorável. Assim, além da diligência normal com que se houve na prestação de seu serviço, cabe ao advogado provar que se empenhou na obtenção do resultado provável, objeto do contrato que celebrou com o cliente.*

*O cliente que demanda o serviço do advogado para redação de algum ato jurídico (parecer, contrato, estatuto de sociedade etc.) tem por finalidade evitar que algum problema futuro venha a lhe causar prejuízo. Tem-se assim obrigação de meios como de resultado, o que torna inviável a dicotomia. Quando o cliente procura o advogado, para ajuizar ação, não pretende apenas o patrocínio mais diligente, mas a maior probabilidade de resultado favorável. Em qualquer dessas situações, cabe ao advogado provar que não agiu com imprudência, imperícia, negligência ou dolo, nos meios empregados e no resultado, quando de seu serviço profissional redundar dano.*

*Dessarte, é irrelevante que a obrigação do profissional liberal classifique-se como de meios ou de resultado. Pretendeu-se que, na obrigação de meios, a responsabilidade dependeria de demonstração antecipada de culpa; na obrigação de resul-*



*tado, a inversão do ônus da prova seria obrigatória. Não há qualquer fundamento para tal discriminação, além de prejudicar o consumidor que estaria com ônus adicional de demonstrar ser de resultado a obrigação do profissional.*

*A exigência à vítima de provar que a obrigação foi de resultado, em hipóteses estreitas, constitui o que a doutrina denomina prova diabólica. A sobrevivência dessa dicotomia, por outro lado, é flagrantemente incompatível com o princípio constitucional de defesa do consumidor (art. 170, V, da Constituição), alçado a condicionante de qualquer atividade econômica, em que se insere a prestação de serviços dos profissionais liberais.*

*Somente é possível harmonizar a natureza de responsabilidade subjetiva ou culposa do profissional liberal, que o próprio Código de Defesa do Consumidor consagrou, com o princípio constitucional de defesa do consumidor, se houver aplicação de dois princípios de regência dessas situações, a saber, a presunção da culpa e a conseqüente inversão do ônus da prova. Ao advogado e ao profissional liberal qualquer, e não ao cliente, impõe-se o ônus de provar que não agiu com dolo ou com culpa, na realização do serviço que prestou, exonerando-se da responsabilidade pelo dano.*

*No mesmo sentido, veja-se a lição de Jorge Mosset Iturraspe, para quem essa distinção não favorece a tutela do consumidor de serviços e sempre foi utilizada na doutrina e na jurisprudência para amparar os prestadores de serviços, atenuando o rigor de suas obrigações, construindo um âmbito de inadimplemento contratual admitido. Diz ainda o autor que a qualificação das obrigações como de meios desvincula o dever do devedor do compromisso de alcançar um resultado de interesse do credor, juridicamente protegido, ou seja, o de lograr um resultado benéfico. "A tutela do consumidor se reforça, na medida em que se considera cada serviço como um resultado e uma finalidade em si mesmo, que responde ao interesse do credor, e na medida em que a prova sobre a impossibilidade ou aleatoriedade deve produzi-la o devedor do ser-*

*viço, pois do contrário será considerado como inadimplente responsável”.*

Entendendo que o profissional liberal está submetido ao resultado esperado do tratamento, incidindo em responsabilidade civil objetiva, temos, entre tantos outros, Sergio Cavaliéri<sup>9</sup>: *Convém, no entanto, ressaltar que, se em relação ao médico, a regra é a obrigação de meio, no que respeita aos dentistas a regra é a obrigação de resultado. E assim é porque os processos de tratamento dentário são mais regulares, específicos, e os problemas menos complexos... Por outro lado, é mais freqüente nessa área de atividade profissional a preocupação com a estética. A boca é uma das partes do corpo mais visíveis, e na boca, os dentes. Conseqüentemente, quando o cliente manifesta interesse pela colocação de aparelho corretivo dos dentes, de jaquetas de porcelana e, modernamente, pelo implante de dentes, está em busca de um resultado, não lhe bastando uma obrigação de meio. Tenha, ainda, em conta que o menor defeito no trabalho, além de ser logo por todos percebido, acarreta intoleráveis incômodos ao paciente.*

Rui Stocco<sup>10</sup> lembra que a teoria que busca diferenciar a obrigação de meios daquela que colima um resultado, foi esboçada no Direito Romano e desenvolvida pelas doutrinas italiana, francesa e alemã.

Cleonice Rodrigues Casarin da Rocha<sup>11</sup> procede a comentário sobre a Cirurgia Plástica, também considerada como obrigação de resultado:

#### *1.2.4.2. A qualificação da cirurgia plástica como obrigação de resultado.*

*Desde meados do século XX começou a desenvolver-se uma corrente, cujos posicionamentos conceituais foram bem*

---

<sup>9</sup> Sergio Cavaliéri, Programa de responsabilidade civil, 1ª edição, p. 257/258

<sup>10</sup> Rui Stocco, Tratado de responsabilidade civil, 5ª edição, 2001.

<sup>11</sup> Cleonice Rodrigues Casarin da Rocha, A responsabilidade civil decorrente do contrato de serviços médicos, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2005.

*acolhidos pela doutrina. No Direito brasileiro também começou pronto a estender-se esta idéia.*

*Sem embargo, uma afirmação geral de que a obrigação do cirurgião plástico é de resultado deve rejeitar-se pelas seguintes razões:*

*a) a natureza da atividade que o cirurgião plástico leva a cabo nas operações de cirurgia estética, não é diferente da que desenvolve quando realiza operações de cirurgia reparadora ou da que se leva a cabo em outras especialidades cirúrgicas, pois os resultados alcançados, ainda que não se produza erro médico, sempre vão estar em função de uma certa álea. A obrigação do médico especialista em cirurgia plástica não é diferente da obrigação de qualquer outro cirurgião, em função da incerteza que caracteriza todo ato cirúrgico. Por consequência, a presença do fator aleatório dá à obrigação caráter de uma atividade de diligência ou de meios, pois somente no caso em que não exista dito fator, se pode falar de uma obrigação de resultado. O Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior entende que "o acerto está, no entanto, com os que atribuem ao cirurgião estético uma obrigação de meios. Embora se diga que os cirurgiões plásticos prometam corrigir, sem o que ninguém se submeteria, sendo são, a uma intervenção cirúrgica, pelo que assumiriam eles a obrigação de alcançar o resultado prometido, a verdade é que a álea está presente em toda intervenção cirúrgica, e imprevisíveis as reações de cada organismo à agressão do ato cirúrgico";*

*b) por outra parte, a natureza da obrigação, não pode ser determinada a priori em função da especialidade médica. Há que estudar cada caso concreto de prestação médica para determinar, à vista dos critérios de distinção anteriormente mencionados, se nos encontramos na presença de uma obrigação de meios ou de uma obrigação de resultado, pois, como se tinha advertido anteriormente, não se trata de duas categorias imutáveis e perfeitamente definidas. Neste sentido, algum autor não duvidou em admitir que as obrigações do cirurgião plástico sejam obrigações de meios reforçadas mediante a*

*imposição de um dever especial de informação. Com grande acerto Forster salienta que “é essencial que o cirurgião plástico informe ao paciente dos riscos do ato cirúrgico e dos seus reais limites”<sup>12</sup>, cerceando desde logo expectativas infundadas ou taumatúrgicas. Não estimulará o cirurgião perspectivas que sabe de antemão inatingíveis ou incertas, sob pena de, aí sim, responsabilizar-se pelos resultados”. Por isso, o Conselho Regional de Medicina de São Paulo ditou uma Resolução que estabelece a conduta a ser observada pelo médico na cirurgia plástica. Do mesmo modo, o Conselho Regional de Medicina do Rio Grande do Sul também ditou uma Resolução sobre o exercício da especialidade de Cirurgia Plástica, estipulando pautas de comportamento para o especialista. Não se pode olvidar que as obrigações de meios, por sua própria natureza, são suscetíveis de inumeráveis graus em função da distinta diligência que o devedor deve desprender na realização da prestação, que estará em função, não só da natureza da prestação, senão, também, das circunstâncias das pessoas, do tempo e do lugar;*

*c) levar em consideração unicamente a finalidade pretendida pelo cliente ao solicitar do especialista a intervenção cirúrgica, para entender que muda a natureza da obrigação, não é muito correto, pois, por uma parte, não se podem entender incluídas no conteúdo da obrigação percepções subjetivas do paciente sobre o resultado ideal esperado, e por outra, seria deixar o controle do cumprimento do contrato ao arbítrio de uma das partes;*

*d) o contrato de serviços médicos é aquele no qual o profissional se obriga a prestar ao paciente sua atividade diligente em*

---

<sup>12</sup> Quanto ao dever de informação, admitindo-se que não basta a assinatura em um documento para que o cliente possa compreender todos os meandros da atividade profissional a que se submete e assim isentar o profissional de toda e qualquer responsabilidade, vê-se a imensa dificuldade do profissional liberal de conscientizar o cliente das imensas possibilidades que podem decorrer de sua atividade. Neste aspecto, quanto ao abismo existente entre o que foi declarado pelo cliente e o que realmente foi por ele compreendido, é necessário mais uma vez se socorrer das palavras de São Paulo, de que a letra mata e o Espírito vivifica. A regra jurídica quanto à interpretação das declarações de vontade é o que está no art. 112 do novo Código Civil: *nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciadas do que ao sentido literal da linguagem.*

*troca de um estipêndio. A retribuição do cirurgião não se fixa em função do resultado obtido e, portanto, seu direito a cobrá-la é independente da consecução do propósito perseguido pelo paciente ao contratar;*

*e) ademais, se superou já o velho preconceito sobre a cirurgia estética, no sentido de entender que nem sempre supõe um capricho da pessoa que a procura. Como afirma Aguiar Dias, “não é sempre que a vaidade ou o luxo a determina, pois é pura exigência da saúde pretender alguém desfazer-se de uma fonte de depressão psíquica”. Com efeito, em alguns casos, a busca de melhora estética está causada por problemas puramente psicológicos. Forster assinala, com muita precisão, que “as motivações da correção cirúrgica estética envolvem complexos fatores da psique e, freqüentemente, procuram retificar muito mais uma lesão psíquica do que propriamente um aspecto físico. Melhor dizendo, a arrumação cirúrgica de tal o qual aspecto corporal tem reflexo direto na personalidade e na psique, e pode contribuir para o bem-estar pessoal da pessoa operada. Ora, se considerarmos que a psique tem, pelo menos, tanta importância para o ser humano quanto o seu corpo, e daí o acolhimento da indenizabilidade autônoma dos danos morais em nosso texto constitucional, então a cirurgia estética não será algo supérfluo e restrito a pessoas com a vaidade exacerbada”.*

Daí se vê que não basta ao Juiz, ao verificar processualmente comprovado que o resultado da pretendida obrigação não foi alcançado, desde logo proclamar a responsabilidade civil do profissional liberal: incumbe verificar a natureza da obrigação e não somente pela perspectiva daquele que reclama a reparação.

Note-se que a mera interpretação literal do art. 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, também exige a demonstração da culpa do profissional liberal para o reconhecimento da sua responsabilidade, independentemente da natureza da obrigação, se de resultado ou de diligência.

Conclui-se no sentido de que constitui interpretação *contra legem* dispensar-se o elemento da culpa na apuração da responsa-

bilidade civil do profissional liberal ainda que sob o fundamento da natureza de resultado da obrigação.

No exercício de seu ofício, deve o Juiz compreender que o profissional liberal não pode resumir em mero cálculo aritmético as infinitas possibilidades que decorrem de sua atividade.

Muito além de tudo isso, tem o dever inexcedível de compreender que cada pessoa traz em si um universo absolutamente único, reflexo da infinitude de seu Criador. ☞

# O Desafio da Celeridade na Prestação Jurisdicional \*

José Carlos Barbosa Moreira  
*Desembargador (aposentado) do TJ/RJ.*  
*Professor de Direito Processual Civil.*

Senhor Presidente da Mesa, demais colegas que a integram, Srs. Magistrados, advogados, estudantes, senhoras e senhores.

Mais uma vez eu me sinto muito honrado de haver sido convidado para proferir uma palestra nesta casa, onde tive a honra de trabalhar durante quinze anos, e à qual dedico muito amor.

O título da palestra é, como se sabe, "O Desafio da Celeridade na Prestação Jurisdicional".

Peço licença para começar por alguns aspectos que talvez pudessem ser chamados de "negativos". Gostaria de chamar a atenção dos que me ouvem para alguns tópicos que devem ser afastados, algumas idéias que devem ser excluídas, quando se trata do problema da celeridade na prestação jurisdicional.

Esse problema tem sido, a meu ver, hiperdimensionado, como se a celeridade fosse o maior valor a ser cultuado por aqueles que têm a missão de prestar jurisdição. A meu ver, essa é uma idéia falsa. O maior valor da prestação jurisdicional deve consistir na sua qualidade. A justiça deve ser uma boa justiça. De preferência rápida, mas não a qualquer preço, como às vezes parecem pensar alguns. E até me permito acrescentar que é difícil dar uma idéia precisa (difícil é pouco, é quase impossível que nós tenhamos uma idéia precisa) da situação do nosso país na matéria. E a causa é simples:

---

\*Palestra proferida no Seminário "Em Busca da Celeridade na Prestação Jurisdicional", realizado na EMERJ, em 12/05/2006.

consiste na inexistência de dados estatísticos abrangentes e confiáveis. Não se encontram esses dados, nem no Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário, que está acessível na Internet, no sítio do Supremo Tribunal Federal, nem no relatório de um seminário que, de modo interessante, foi intitulado: "A Justiça em Números". Nem tampouco no relatório da Comissão de Estatísticas do Conselho Nacional de Justiça referente ao ano de 2005.

Em todos esses documentos encontram-se dados, informações de várias naturezas, atinentes, por exemplo, ao número de processos, até ao custo do exercício da função jurisdicional; mas nenhum dado, nenhum, por menor que seja, a respeito de tempo de duração de processos, o que produz essa situação curiosa: todos se queixam da excessiva morosidade da justiça, mas ninguém sabe ao certo quão morosa ela realmente é. Não dispomos, repito, não dispomos de dados objetivos colhidos na realidade forense a esse respeito. O que ocorre é geralmente algo a que me permito chamar de "a exemplificação anedótica". Ouve-se dizer: "Minha tia é parte de um processo que se arrasta há mais de 20 anos", afirmação que não tem nenhum valor científico.

A estatística, como se sabe, lida com grandes números. Um exemplo de nada vale neste caso. É como se eu afirmasse que, em determinada cidade, cem por cento dos estrangeiros são criminosos, só por que o único estrangeiro que mora naquela cidade cometeu um crime.

Se nós nos dermos ao trabalho de confrontar a situação brasileira com a de outros países, verificaremos que não estamos, na matéria, numa situação tão grave como estamos, por exemplo, na matéria de distribuição de renda.

Basta invocar aqui o exemplo italiano. A Itália, como se sabe, é um dos países mais importantes na ciência do direito, e, especialmente, no terreno do Direito Processual. No entanto, a justiça italiana sofre de morosidade crônica. Basta dizer que ela foi condenada pela Comissão Européia de Direitos Humanos, por infração do tratado relativo a esse assunto, nada menos de 289 vezes só no ano de 2002.

No relatório de inauguração do ano judiciário de 2006, este ano, feito pelo primeiro Vice-Presidente da Corte de Cassação, com base em dados oficiais, há uma duração média de 35 meses, quase



três anos, no primeiro grau de jurisdição; e de 65 meses em grau de apelação.

Isto, evidentemente, não serve de álibi, nem estou invocando esses dados para concluir que a nossa situação é excelente, e que não temos nenhuma medida importante a tomar na matéria. Longe de mim esse pensamento.

Só que eu acho que não devemos acrescentar às nossas preocupações sobre a demora dos processos uma espécie de complexo de inferioridade que nos levaria a uma forma de depressão sem nenhum resultado prático.

Vamos partir, portanto, dessa premissa que se apóia, repito, em dados concretos. E não de mero palpite. O Brasil tem os seus problemas na área da morosidade da justiça, na área da tramitação dos processos, mas eles não são maiores, em geral, do que os de outros países, inclusive de países do primeiro mundo.

Outra idéia falsa que circula por aí, na matéria, é a de que todos os jurisdicionados, todos os litigantes, aspiram ardentemente a uma solução rápida do litígio. Nada mais longe da verdade. Em quase todos os processos, pelo menos uma das partes deseja que a solução se procrastine o mais possível. Isso no processo penal é óbvio quando se trata de um réu que se sabe culpado, mas também acontece no processo civil. Muitas e muitas vezes se percebe claramente a vontade de uma das partes e as manobras que, nesse sentido, não raro faz o seu advogado para dilatar o feito e para procrastinar a respectiva solução.

Tentarei partir agora de dados que considero certos, que considero indiscutíveis, na medida em que qualquer coisa neste mundo é indiscutível, e são poucas, para desenvolver rapidamente algumas linhas de raciocínio possíveis em matéria de duração de processos.

Há um pressuposto, a meu ver, inegável: é o aumento constante da demanda pela prestação jurisdicional. Este fenômeno tem diversas causas. Bastaria, para indicar a primeira, exemplificar com o aumento da população: quanto mais gente, maior é a ocasião para conflitos. Um país de população grande evidentemente sofre deste mal. Mas não é só isso, nós temos também que considerar a crescente complexidade da vida econômica e social.

Numa sociedade pouco desenvolvida, as oportunidades de surgimento de conflitos são evidentemente menores. À medida que a vida econômica se torna mais complexa, que a sociedade se torna mais complexa, é óbvio que as oportunidades de conflitos aumentam.

Outro fator que concorre aqui é a tendência moderna a maior inconformidade com fatos que contrariem os interesses das pessoas. Hoje as pessoas são menos conformadas com esse tipo de fenômeno. São menos conformadas, e isso concorre para o aumento da litigiosidade. Porque, em muitas situações, outrora, em que as pessoas, mesmo que se achassem prejudicadas, tendiam a conformar-se com isso, hoje em dia, pelo contrário, tendem a levar suas reclamações aos órgãos judiciais.

Para amenizar a aridez da exposição, vou contar um episódio curioso, mas verídico. Perto de minha casa, na rua Figueiredo de Magalhães, existe um Juizado Especial Cível. Pois bem, a certa altura, apareceu lá uma senhora, já bastante idosa, que fez a seguinte pergunta ao funcionário que a atendeu: "Moço, de que é que eu posso reclamar aqui?" Ela estava à procura de ouvidos simpáticos às suas possíveis queixas. E hoje em dia, esse fenômeno, não digo com tanta intensidade, mas esse fenômeno tende a alastrar-se, tende a estender-se. As pessoas são menos conformadas.

Basta pensar no campo do Direito de Família, por exemplo. Outrora, em tempos não tão próximos de nós, grande número de conflitos familiares ficava confinado às paredes da residência. Hoje é muito mais freqüente que a mulher, ou o marido, se dirijam à justiça para levar a ela o conflito de interesses que está ocorrendo no seio daquela comunidade familiar.

Outros assuntos, também, raramente chegavam aos tribunais, e hoje representam uma percentagem considerável do seu trabalho. Basta pensar nos problemas relativos ao consumo, sobretudo depois que se formou e se editou no Brasil uma legislação destinada precipuamente à proteção do consumidor. Tempos atrás, a pessoa que comprava um produto e depois verificava que ele não estava funcionando bem, muitas e muitas vezes aceitava o fato como natural, como inevitável, e não procurava o juiz. Hoje, como sabem, existe uma enorme demanda no terreno do direito do consumidor.

Outro exemplo que se pode indicar é o do meio ambiente. Hoje, problemas ligados à proteção do meio ambiente são frequentíssimos nos tribunais, coisa rara antigamente. Quem é que pensava, tempos atrás, em levar ao juiz problemas concernentes à poluição, por exemplo? As pessoas simplesmente aceitavam, repito, esses fenômenos como inevitáveis. Hoje, há grande demanda, em matéria de meio-ambiente, preservação do meio-ambiente.

Poderia multiplicar os exemplos, mas basta que os senhores atentem para o fato de, hoje em dia, um grande número de problemas que tradicionalmente eram enfrentados e, digamos assim, resolvidos, ou não, mas eram enfrentados exclusivamente no campo da administração pública, hoje vão ao juiz. Vão ao juiz e vão aos tribunais. Nós estamos, a todo o momento, a cada dia, lendo nos jornais exemplos de matérias que se transferem, por assim dizer, da responsabilidade exclusiva da administração pública, como costumava acontecer, e vão engrossar o caudal, a corrente dos problemas que se submetem à apreciação dos órgãos do Poder Judiciário. De modo que, em resumo, a demanda pela prestação jurisdicional cresce a cada dia, a cada momento.

Pergunta-se: "É, porventura, possível corresponder a esse aumento da demanda pela prestação jurisdicional com uma oferta maior desta prestação, em tal proporção que consiga compensar o aumento da demanda?" Em outras palavras mais simples: "Nós podemos oferecer justiça na mesma proporção em que se nos pede justiça?" Difícilmente caberia aqui uma resposta afirmativa.

Todos compreendem a impossibilidade de aumentar indefinidamente os órgãos judiciais. Não é possível fazê-los crescer de tal maneira que esse crescimento compense o aumento da demanda pela prestação jurisdicional, e isso por vários motivos bastante evidentes.

Primeiro, por limitações de ordem financeira. É claro que aumentar um tribunal, aumentar um setor do Poder Judiciário implica, forçosamente, um aumento de despesas por vezes muito considerável.

Além disso, o aumento dos órgãos judiciais, o aumento da máquina judiciária, acarreta também, forçosamente, maior dificul-

dade de gestão. A gestão de um tribunal que tenha 10 membros é coisa muito diferente da gestão de um tribunal que tenha 100 membros, ou que tenha 300 membros, como já há tribunais neste país. E, obviamente, as dificuldades de gestão repercutem, refletem-se no rendimento do trabalho. Um órgão bem gerido, é claro, rende muito mais do que um órgão mal gerido, um órgão que sofra de deficiências neste terreno.

Ainda posso acrescentar certa escassez de candidatos qualificados para o preenchimento de novas vagas que porventura se abram. Os juízes que aqui estão foram aprovados no concurso, e portanto, não é deles que eu estou falando, obviamente. Mas posso dar-lhes um depoimento pessoal. Durante muitos anos fiz parte de bancas examinadoras de concurso para juiz neste estado, e o nível dos candidatos, em média, deixava bastante a desejar. Ora, não se podem preencher cargos judiciais sem muito cuidado nos critérios de escolha. Eu diria que há vagas que ganham em não ser preenchidas, porque um juiz mal preparado para o exercício de suas funções é pior do que nenhum juiz. Isso significa que não é possível alargar, aumentar, dilatar indefinidamente o aparelho incumbido de prestar jurisdição.

Certa corrente de pensamento, hoje em dia, dá muita ênfase à possibilidade de desviarmos do aparelho judicial certo número de litígios que passariam a ser apreciados e decididos pelos chamados “meios alternativos”, dos quais o mais importante é a arbitragem. Seria essa uma forma adequada para aliviar a carga de trabalho do Poder Judiciário, e com isso permitir-lhe melhor rendimento, maior celeridade, portanto, já que, evidentemente, quanto menor for o número de processos, mais rapidamente podem eles, em tese, ser decididos?

Sempre fui favorável ao incentivo, à criação e ao funcionamento desses chamados “meios alternativos” de solução de litígios.

Como sabemos, o Brasil, durante muito tempo, ficou praticamente inerte em matéria de arbitragem. A arbitragem não era vista com simpatia no Brasil. Durante muito tempo este fenômeno se manifestou. Até que veio uma lei no fim do século passado, que procurou revitalizar o instituto da arbitragem.

Aqui, porém, faz-se necessária uma ressalva: a arbitragem pode, e deve, constituir um caminho para a solução de litígios, porém não de todo e qualquer litígio. Basta ver que, nos termos da lei, a possibilidade da arbitragem, o cabimento da arbitragem se limita a matérias de relações jurídicas disponíveis. Então a arbitragem nada acrescenta, por exemplo, em matéria de Direito Penal. Não há como desviar para a arbitragem litígios ou causas de Direito Penal. Tampouco há como desviar para a arbitragem um grande número de causas de Direito de Família, que dizem respeito às relações jurídicas indisponíveis, e que, sem dúvida alguma, têm peso grande na carga de trabalho do Poder Judiciário.

Mais ainda, a arbitragem, em geral, sejam quais forem as vantagens que se lhe possam atribuir em confronto com o Judiciário, com o juiz estatal, é algo bastante caro, e não existe um mecanismo de assistência judiciária neste terreno. A pessoa carente de recursos que precise recorrer ao Poder Judiciário tem ao seu dispor, embora com funcionamento imperfeito, insatisfatório, os órgãos que prestam essa assistência: as defensorias públicas. Na arbitragem, nada existe de semelhante, de sorte que o que se pode esperar para esse caminho, para esse desvio, é que se dirija a certo número de litígios, sim, mas um número de litígios que se concentre principalmente em certas faixas econômicas. A arbitragem será boa, e já tem sido boa, para litígios entre empresas de grande porte, por exemplo. Não, porém, para o cidadão comum, para o homem da rua. Esse jamais encontrará na arbitragem um caminho substitutivo da justiça estatal.

Chegamos, agora, a um ponto capital da nossa reflexão. Pode-se confiar, no sentido de acelerar grandemente o ritmo dos processos em modificações legislativas? Pode-se confiar em modificações do ordenamento jurídico positivo? Em outras palavras, são as leis que estão atrapalhando?

Muita gente pensa que sim. A todo momento, em programas de televisão, em editoriais da imprensa, etc., se lêem ou se ouvem exclamações contra os nossos códigos arcaicos, cheios de recursos e oportunidades para chicana, como se este fosse, então, o ponto crucial a ser combatido com mudanças legislativas.

Eu aqui desdubro a minha reflexão em dois planos: no plano da legislação ordinária, e no plano constitucional.

No plano da legislação ordinária, temos assistido a uma cascata interminável de reformas do Código de Processo Civil. Menos do Código de Processo Penal, mas sobretudo do Código de Processo Civil. Há uma inflação legislativa em matéria processual. As leis se sucedem quase que cavalgando umas nas outras, sem que haja tempo suficiente para a assimilação das novidades, por juízes, por advogados, por todos aqueles que têm de lidar com essa matéria. Todos sabem que, só no mês de fevereiro, foram editadas três leis que reformaram o Código de Processo Civil. E essas reformas têm abrangido matérias extremamente diversificadas, têm incidido sobre todos os pontos, sobre todos os tópicos, sobre todos os assuntos de que trata o Código de Processo Civil. Uma delas, a Lei 11.232, introduziu uma reforma estrutural de grande porte, na medida em que aboliu aquela diferenciação formal entre o processo de conhecimento e o processo de execução, dispondo que a sentença, uma vez proferida, possa ser cumprida em prosseguimento do mesmo feito que até ali vinha correndo, sem necessidade, portanto, de nova citação do vencido e outras formalidades.

Ora, aqui há mais de uma observação importante a fazer. A primeira é a de que essas reformas, embora possam ser, e certamente o são, bem inspiradas, inspiradas em propósitos altíssimos, nem sempre resultam de uma pesquisa objetiva, concreta, sobre os verdadeiros motivos da chamada morosidade judicial. Em outras palavras, elas não são precedidas de um trabalho de verificação objetiva dos pontos de estrangulamento que na verdade impedem a marcha mais desembaraçada do processo, até o seu término. Isso porque, e repito o que disse de início, sofremos de uma carência tremenda de estatísticas abrangentes e confiáveis. Então, nós nos defrontamos, com certa freqüência, com reformas, repito, inspiradas em altos propósitos, mas das quais depois não sabemos o que resultou, porque àquela falta de pesquisas, antecedentes às reformas, se soma a total despreocupação com os resultados práticos.

Parece que no Brasil se supõe que a vida de uma norma jurídica, que a história de uma norma jurídica se extingue no momento

em que a lei é posta em vigor, quando se deveria pensar exatamente o contrário: nesse momento é que a norma passa realmente a viver, porque sai do papel e se transfunde na realidade concreta dos processos. Mas não conheço nenhum trabalho (e esse movimento reformador do Código de Processo Civil, a esta altura, já tem mais de dez anos, começou a crescer no último decênio de século passado, nos anos noventa), que tenha sequer tentado espelhar, refletir os resultados práticos dessas reformas.

Por exemplo, no caso dos recursos: a parte do Código referente aos recursos tem sido o alvo predileto das reformas, mas elas entram em vigor e ninguém se preocupa em colher, na realidade forense, no cotidiano judicial, os resultados práticos. Nunca vi um trabalho sequer que afirmasse: "Tal recurso costumava demorar o tempo X e agora passou a demorar o tempo Y." Se algum dos senhores já viu um trabalho desse tipo, eu ficaria imensamente grato se me indicasse a fonte, porque eu nunca vi.

Então, quando me perguntam: "O que o senhor achou da reforma do agravo?" Eu respondo sinceramente: "Não sei. Não sei, porque não disponho de dados para formar juízo seguro a esse respeito."

É claro que algumas das modificações introduzidas no Código de Processo Civil foram bem-vindas. Sobre algumas delas não pode haver dúvida de que concorreram para simplificar o procedimento, e portanto, a marcha do pleito até a sua conclusão. Por exemplo, a simplificação da prova pericial, do procedimento de liquidação, a abolição da inútil audiência de justificação no processo de usucapião de terras particulares e assim por diante.

Há, assim, sem dúvida, um certo número de inovações, a cujo respeito não pode haver duas opiniões. Elas foram bem-vindas. Não se sabe quanto, não se quantifica o resultado, mas pode-se ter por indubitável que algumas modificações, ou várias modificações, foram positivas.

Sobre outras já não se pode dizer o mesmo. Dou-lhes por exemplo a audiência preliminar, a princípio chamada de audiência de conciliação e depois rebatizada com o título de audiência preliminar. A esse respeito as opiniões são divergentes. Certa vez, reuni,

aqui, neste mesmo recinto, juízes estaduais, aos quais, em vez de falar, fiz perguntas e recolhi respostas muito variadas quando lhes perguntei: "Que é que acharam da introdução da audiência de conciliação, que era obrigatória dentro de certos limites, dentro de certas matérias?" As respostas foram muito diversas. Houve quem elogiasse a inovação, e houve quem a criticasse asperamente, entendendo que se tratava de mais uma formalidade a atrapalhar ou a retardar a marcha do processo.

Este exemplo da audiência preliminar é muito curioso, porque nos permite uma ligeira informação de direito comparado, que não deixa de ter sua significação. A audiência preliminar nos vem do direito austríaco. Ela, pode-se dizer, teve a sua certidão de batismo, ou até de nascimento, num código, já bastante antigo, já mais do que centenário, editado na Áustria em 1895, portanto há mais de um século. E ela sempre foi cantada e decantada em prosa e verso, como um instrumento muito poderoso no sentido da abreviação do procedimento, que permitia ao juiz primeiro tentar conciliar as partes e, se tivesse êxito nessa tentativa, obviamente, desde logo esta se encerraria. Mas também permitia ao juiz lidar rapidamente e resolver, de modo pronto, uma série de questões processuais, permitindo que a sua atenção se concentrasse, dali em diante, exclusivamente nas matérias de mérito.

Pois bem. Vários países copiaram o modelo austríaco e, para surpresa de muitos, a partir dos anos oitenta, a Áustria foi dando marcha a ré. Uma lei de 1983 tornou aquela audiência de obrigatória em facultativa, e agora, no começo deste século, ela foi simplesmente abolida no país de origem, e a justificação que se apresentou para essa virada, para essa guinada, foi exatamente a de que a audiência preliminar estava prejudicando, estava aumentando a duração do processo. As supostas vantagens estavam sendo ultrapassadas pelos seus inconvenientes. Então a Áustria tirou o tapete dos pés daqueles que confiavam muito na imitação do seu modelo. Já hoje não existe mais na Áustria a audiência preliminar.

Esse exemplo mostra quão difícil é um juízo peremptório e categórico sobre determinada inovação, sobre determinada modificação das leis processuais. E mostra também o que deveria ser ób-



vio para todos: Aquilo que pode produzir bom resultado num determinado momento e num determinado espaço pode produzir resultado desfavorável, e até mesmo oposto, noutro momento histórico e noutro espaço geográfico.

Não há receitas universalmente válidas que ofereçam esperança de cura para esses males. Já sei que, ao dizer isso, estou decepcionando muitos daqueles que me dão a honra de ouvir-me. Estou decepcionando aqueles que esperavam de mim a indicação de um receituário perfeito, completo, infalível para aumentar a celeridade da prestação jurisdicional. E este receituário, eu não o conheço.

Há medidas, sim, que podem e devem ser tomadas, e aqui passo a examinar o problema no plano constitucional porque, como todos sabem, em 2004 surgiu uma emenda à nossa Constituição da República, a emenda de número 45, que procurou tratar do problema em alguns de seus aspectos. Por exemplo, essa emenda introduziu no artigo quinto um novo inciso, com o seguinte teor: "A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação." A rigor isso não era uma novidade absoluta no direito brasileiro, porque, com outros termos, já estava consagrado no Pacto de San José da Costa Rica, que o Brasil subscreveu e ratificou. Mas vamos a este texto. O que é que ele realmente significa e representa como raio de esperança nas trevas em que estamos, com algum exagero, submersos? Será esta uma simples e mera regra programática, uma instrução genérica dada ao legislador para que tome as providências cabíveis no sentido de acelerar o ritmo da justiça? Seria pouco, a meu ver. Seria apequenar a inovação da emenda constitucional. Ela pode ser vista como algo de mais significativo, por exemplo, pode ser vista como capaz de conferir aos prejudicados pela demora de um processo um direito à reparação, a uma indenização.

Mas isto gera um perigo muito grave, a meu ver. Se grande número de pessoas se julgarem prejudicadas pela demora nos processos em que são partes, e ingressarem em juízo para reclamar do Estado uma indenização, o que acontecerá? Evidentemente, aumen-

tará a carga de trabalho do Judiciário, e com isso diminuirá o ritmo com que ele se movimentará.

Não estou aludindo a uma hipótese puramente teórica. Foi isso que aconteceu na Itália. A Itália fez uma lei conferindo aos prejudicados pela demora processual o direito a uma indenização. Pois bem, no período entre março de 2001 e setembro de 2002, portanto pouco mais de um ano, 9.385 ações foram ajuizadas por pessoas que se sentiam lesadas pela demora da justiça, o que significou, obviamente, aumento considerável na carga de trabalho dos juízes.

Para tudo há um modo de ver que pode variar segundo o ângulo visual em que o observador se coloca, e em tudo há luzes e sombras. Nada neste mundo é absolutamente límpido nem absolutamente tenebroso. Tudo tem suas luzes e suas sombras, e esta norma, que foi inserida na Constituição, não foge à regra.

A emenda constitucional, a meu ver, embora em dose pequena, trouxe duas ou três inovações positivas.

A primeira foi a vedação de férias coletivas nos juízes e tribunais de segundo grau. Não sei por que a regra ficou limitada, ficou confinada aos tribunais de segundo grau e não se estendeu aos tribunais superiores. Eu sempre achei que os tribunais deviam funcionar ininterruptamente, assim como os hospitais devem funcionar ininterruptamente, sem prejuízo das férias de cada médico individualmente. Essa é uma inovação, a meu ver, positiva.

Outra inovação positiva é a obrigatoriedade da distribuição imediata de processos em todos os graus de jurisdição. Temos notícia, infelizmente, de que, em alguns lugares, os tribunais procediam a uma espécie de "represamento de processos", e sei de um Estado em que esse represamento por vezes durava três, quatro anos. Os processos que eram levados ao segundo grau de jurisdição, as apelações, precisavam de três a quatro anos para serem distribuídas a um relator. Isto a emenda proibiu, e ao proibir, a meu ver, fez muito bem.

Há um incentivo aos juízes para a observância estrita e rigorosa de prazos processuais, com proibição de promoção no caso de descumprimento não justificado. Isto está hoje no artigo 93, número II, letra "E".

Evidentemente, eu poderia estender-me sobre este problema da observância estrita e rigorosa dos prazos processuais por parte dos juízes, mas sabemos que, em geral, os órgãos disciplinares têm certa condescendência com o excesso dos juízes no descumprimento dos prazos processuais. Mas é uma questão muito complexa. O que sabemos todos é que, ao menos em determinados órgãos, em determinados lugares, determinadas unidades jurisdicionais, os juízes, de fato, ficam muitas vezes sobrecarregados, assoberbados de trabalho, e lhes é impossível cumprir, de maneira estrita e rigorosa, os prazos processuais.

Uma das causas que concorrem para esse fenômeno, a meu ver, é a defeituosa divisão do Estado em unidades judiciais. Dando nomes aos bois: a defeituosa divisão do Estado em comarcas.

Ao tempo em que eu tinha a honra de exercer aqui a magistratura, certa vez me veio às mãos um relatório da corregedoria, onde se verificava que determinado juiz, de certa comarca, havia proferido apenas 12 sentenças o ano todo, e eu, num primeiro momento, me escandalizei com o que estava lendo e comentei: "Esse juiz evidentemente é relapso. Não é possível que, no ano todo, ele só tenha proferido 12 sentenças!" Ao que me responderam: "Não, não. Esse juiz é muito trabalhador e realizou 100% do trabalho que lhe foi distribuído." Nessa comarca realmente só havia, no ano todo, 12 processos em condições de serem sentenciados.

Qual é a consequência que se tira imediatamente? É que essa comarca não tinha razão de existir.

Enquanto isso, sabemos que há lugares em que o juiz não tem mãos a medir. Vê-se afogado sob uma verdadeira maré de processos. Então, porque não reunir duas ou três comarcas numa só, invés de estarmos a gastar dinheiro com sede, com funcionários, com muitas e muitas fontes de despesa que poderiam ser afastadas, que poderiam ser extintas com a simples providência de uma divisão mais racional?

Em toda entidade coletiva existe o problema da distribuição do trabalho, e hoje isto é objeto de estudos científicos. Há uma ciência da administração, e um dos postulados básicos é que o trabalho deve ser racionalmente dividido. Não é possível, ou não é razoável,

pretender bons resultados se, enquanto alguns órgãos estão praticamente ociosos, outros estão soterrados sob uma carga de trabalho insuportável.

De tudo que foi dito até agora os senhores já concluíram, e eu repito o que disse há poucos minutos, que não disponho de um receituário infalível de validade universal. Insisto na necessidade de colhermos elementos concretos, capazes de apontar com segurança os pontos de estrangulamento. Essa é uma idéia em que tenho insistido, e que tenho expressado talvez cansativamente para os auditórios aos quais me dirijo. É preciso abandonar a idéia de que nós dispomos de canais sobrenaturais de comunicação pelo quais recebemos impressões infalíveis. As nossas impressões são todas falíveis. Nós não podemos basear conclusões seguras em meras impressões, ainda mais porque variam de um para outro juiz. Então, o que lhes posso dizer para encerrar essa exposição, que já vai longa, são algumas indicações que têm um fundamento provável.

A primeira delas, ou uma delas, além das que já foram mencionadas no curso desta palestra, mas para encerrar as nossas reflexões, uma indicação, diz respeito ao pessoal de apoio.

A justiça não funciona só com o trabalho dos magistrados. Funciona, também, ou tem de funcionar, com o trabalho de muita gente: funcionários de todo tipo, órgãos da imprensa oficial, polícia, e assim por diante.

Então, a qualificação do pessoal de apoio é um item ao qual se deve dar muita importância em qualquer tentativa de melhorar a situação brasileira. Nós, aqui, temos a responsabilidade de dirigir o pessoal de apoio diretamente implicado na atividade judicial, e é preciso que os oficiais de justiça, os escreventes, e todas aquelas pessoas que colaboram, e das quais depende, em grande parte, o ritmo dos processos, estejam qualificados para exercer devidamente suas funções.

Outro tópico importante ao qual, no nosso Estado, se tem dado atenção, mas não em outros, é o uso dos modernos recursos tecnológicos e métodos de gestão. Isto, repito, é matéria hoje cientificamente estudada. A informatização da máquina judiciária, que no Rio, penso eu, já fez grandes progressos, não os terá feito ainda

em outros Estados. Há muito o que fazer nesse setor. Há muito o que fazer no setor da melhor utilização desses novos meios tecnológicos e dos novos métodos racionais de gestão.

Para terminar, volto à questão da divisão territorial. É preciso que nós tenhamos a coragem de rever a situação existente. Quando eu suscitava essa questão aqui no Tribunal, durante o tempo em que exercia a magistratura, ouvia opiniões contrárias, que invocavam, muitas vezes, a conveniência ou a necessidade de que a população tivesse acesso fácil aos órgãos judiciais. Concordo com essa conveniência, com essa necessidade, mas não me parece que isso deva levar-nos à manutenção de um estado como aquele que eu procurei refletir, desenhar com o exemplo do juiz que tinha dado somente 12 sentenças por ano. Nem tanto ao mar, nem tanto à terra. Existem comarcas vizinhas, em que o acesso de uma cidade a outra é muito fácil, a extensão territorial é pequena. Nós não temos o mesmo problema que tem certamente o Estado de Mato Grosso ou o Estado do Amazonas, onde deve haver comarcas de enorme extensão territorial.

Não é o caso do Estado do Rio de Janeiro, de sorte que eu vejo nisso uma necessidade grande, uma necessidade premente de revisão. Sei das dificuldades que se encontram. Inclusive no plano, digamos, político. Mas insisto em que essa é uma providência, a meu ver, necessária e urgente: a revisão da divisão do território do nosso Estado em unidades jurisdicionais.

E com essa observação, pedindo-lhes que me desculpem o fato de não ter trazido uma receita milagrosa, que não conheço, para o problema da celeridade processual, para o problema da lentidão do Poder Judiciário, mas na esperança de lhes ter transmitido algumas idéias dignas de reflexão, encerro a exposição que tive a honra de ser convidado a fazer, agradecendo a distinção que representou este convite, e agradecendo a todos a atenção e a paciência com que me ouviram.

Muito obrigado.☺

# A Responsabilidade Civil do Transportador Rodoviário Urbano

José Carlos Maldonado de Carvalho  
*Desembargador da Primeira Câmara Cível  
do TJ/RJ. Professor-Coordenador de Direito do  
Consumidor da EMERJ. Professor Titular de  
Direito Civil e Direito do Consumidor da  
Universidade Estácio de Sá.*

É de inegável evidência, como faz ver SERGIO CAVALIERI FILHO, que, em razão do número de pessoas transportadas diariamente nos grandes centros urbanos, o transporte coletivo de pessoas tornou-se instrumento fundamental para o cumprimento das funções sociais e econômicas do Estado moderno, apesar das deficiências que, por razões também diversas, se fazem presentes.<sup>1</sup>

Mesmo sendo uma das atividades negociais de forte natureza jurídica, o Código Civil de 1916, todavia, dela não cuidou; o Código Comercial de 1850 apenas fez breve referência ao tema, no capítulo relativo aos condutores de Gêneros e Comissários de Transporte (arts. 730 a 756).

Já o Código Civil de 2002, em seus artigos 730 a 756, tratando de forma mais abrangente, regula, de um lado, o transporte de pessoas (arts. 734 a 742), e, de outro, o transporte de coisas (arts. 734 a 756).

---

<sup>1</sup> Programa de Responsabilidade 3, p. 287. Civil. 4ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

Na dicção do art. 730 do Código Civil em vigor, “pelo contrato de transporte, alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas”.

Dispõe, ainda, que “aos contratos de transporte, em geral, são aplicáveis, quando couber, desde que não contrariem as disposições deste Código, os preceitos constantes da legislação especial e de tratados e convenções internacionais” (art. 731).

Mesmo antes da vinda a lume do Código Civil de 2002, ratificando o caráter inovador que o caracterizava quando de sua edição, o Código de Proteção e de Defesa do Consumidor – CDC, por sua vez, já regulava a relação entre o transportador-fornecedor e o consumidor-usuário em seu artigo 14.

A responsabilidade do transportador pelos danos causado a terceiro e os ocorridos com os passageiros durante o transcurso contratado, mantido o desafio à argúcia dos operadores do direito, é causa ainda de acaloradas divergências, com posições doutrinárias e jurisprudenciais no mais das vezes inconciliáveis, apesar de sedutoras.

Nas grandes metrópoles brasileiras, onde a violência e a insegurança campeiam, os incêndios causados em ônibus por ações criminosas, assim como os objetos lançados da rua com o intuito de causar danos aos passageiros e a reiterada prática do crime de roubo, com emprego de arma de fogo, vêm, de forma assustadora, fazendo parte do cotidiano de cada cidadão brasileiro.

São questões que merecem a atenção redobrada dos aplicadores do direito, em especial no que se refere à fixação da responsabilidade civil e mensuração do valor indenizatório pelos danos decorrentes.

Atento à complexidade que o tema apresenta, é de rigor que o exame seja feito mediante a separação entre a responsabilidade do transportador urbano pelo dano causado ao pedestre por atropelamento, daquela cujo dano se verificou durante a viagem.

Na primeira hipótese, é questão incontroversa que a responsabilidade do transportador rodoviário pelos danos causados aos pedestres, por atropelamento, tem natureza extracontratual, já que entre o veículo atropelador e a vítima não havia, até então, vínculo jurídico anterior.

Mesmo reconhecida como extracontratual, tanto a doutrina como a jurisprudência não divergem ao considerar que a responsabilidade civil do transportador de pessoas é objetiva, fundada na teoria do risco.<sup>2</sup>

De fato, fundada no risco administrativo, a responsabilidade extracontratual tem amparo no art. 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal de 1988, considerando-se que o transporte coletivo de pessoas é serviço público concedido ou transferido através de permissão, sendo aplicável, porém, apenas em relação a terceiros.

Refere-se CAVALIERI FILHO à possibilidade de aplicação do Código de Proteção e de Defesa do Consumidor – CDC nessas hipóteses, tendo-se em mira que a lei consumerista em seu art. 14, *caput*, atribui responsabilidade objetiva ao fornecedor de serviços, equiparando ao consumidor, em seu art. 17, todas as vítimas do evento.<sup>3</sup>

Penso, todavia, que a manutenção da dicotomia existente, apesar da enebriante proposta de sua não aplicação, ainda mantém especial relevância e elevada praticidade, como, por exemplo, na fixação do termo inicial para a contagem dos juros e da correção monetária, pois, em se tratando de responsabilidade extracontratual, conta-se a partir do evento danoso; sendo contratual, a contagem se inicia a partir da citação, como assim sinalizado através de remansosa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.<sup>4</sup>

Diante também de sua natureza objetiva, na responsabilidade contratual, ainda que comprovada a culpa de terceiro, responde o transportador pelos danos causados ao passageiro durante o percurso contratado.

Trata-se, como é cediço, de contrato de adesão, em que ao passageiro só é facultado, no momento do embarque, aderir às cláusulas previamente estipuladas pelo transportador.

Como assinalam os estudiosos da matéria, a espécie reúne as características de um contrato consensual, bilateral, oneroso e comutativo.

---

<sup>2</sup> DIAS, José de Aguiar. Responsabilidade Civil, v. I. 9ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994, p. 318.

<sup>3</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. Ob. cit. p. 290/292.

<sup>4</sup> REspS 826.491/CE, 747.475/RJ, 657.026/SE, 485.801/RS, 281.941/RJ (extracontratual) e 728.314/DF, 826.491/CE e 797.836/MC, dentre outros.



Daí, para a sua implementação e efetivação, basta o simples encontro de vontades, que, por gerar direitos e obrigações para ambas as partes, mantém na sua execução o necessário equilíbrio econômico entre as respectivas prestações.<sup>5</sup>

Inicia-se com o embarque do passageiro e só termina com o seu efetivo desembarque sem que se alterem as condições de incolumidade do transportado. Basta, portanto, que o passageiro inicie o seu ingresso no ônibus, com o que se tem manifestada, ainda que tacitamente, a sua vontade em aderir ao contrato. O pagamento da passagem não é, conseqüentemente, elemento essencial para a validade do negócio jurídico.

Destaca-se, portanto, como característica mais importante do contrato de transporte, a cláusula de incolumidade do passageiro, que nele se encontra implícita.<sup>6</sup>

Por certo, e sem qualquer dúvida, tem o transportador o dever de zelar pela integridade física e psíquica do passageiro, após o seu embarque e durante todo o trajeto contratado.

A cláusula de incolumidade é, como aduz JOSÉ DE AGUIAR DIAS, inerente ao contrato de transporte de pessoas, pois quem utiliza um meio de transporte regular celebra com o transportador uma convenção cujo elemento essencial é a sua incolumidade, isto é, a obrigação, que assume o transportador, de levá-lo são e salvo ao lugar do destino.<sup>7</sup>

Daí porque, fácil é concluir, a obrigação assumida pelo transportador, além de objetiva, é também de resultado, não se exigindo do passageiro, em caso de dano, a prova sobre quem, culposa ou dolosamente, deu causa ao evento danoso; basta que seja provado pelo vitimado o contrato de transporte, o dano e o nexo de causalidade.

Por se tratar de prestação de serviços, a relação contratual se submete, ao contrário daquela que não está assentada em uma relação jurídica antecedente, ao regramento específico do Código de Defesa do Consumidor.

---

<sup>5</sup> CAVALEIRI FILHO, Sergio. Ob. cit. p. 292.

<sup>6</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. Ob. cit. p. 292.

<sup>7</sup> Da Responsabilidade Civil. V. I, 9a edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994, p. 185.

Responde, pois, o transportador também nessa hipótese objetivamente, ou seja, independentemente da existência de culpa, pela má prestação ou defeito do serviço de transporte (art. 14, *caput*, do CDC).

Assim, uma vez demonstrados o fato, o dano e a relação de causalidade, assume o transportador a obrigação de indenizar o consumidor integralmente.

Em contraponto à responsabilidade objetiva do transportador rodoviário, prevê o Código de Defesa do Consumidor como causas excludentes da responsabilidade do prestador de serviços: I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexistente; II – a culpa (fato) exclusiva do consumidor ou de terceiro, e, por entendimento doutrinário-jurisprudencial, razão pela qual não se indica no CDC, o caso fortuito e a força maior (art. 14, parágrafo 3º, incisos I e II, do CDC).

No que se refere ao fato exclusivo do passageiro, como esclarece CAVALIERI FILHO, “quem dá causa ao evento é o próprio passageiro, e não o transportador. O transporte, ou melhor, a viagem, não é causa do evento, apenas a sua ocasião”.<sup>8</sup>

Rompido, pois, o nexos de causalidade, por afastada se tem a responsabilidade civil do transportador.

Por outro lado, “se o prejuízo sofrido pela pessoa transportada for atribuível à transgressão de normas e instruções regulares, o juiz reduzirá equitativamente a indenização, na medida em que a vítima houver concorrido para a ocorrência do dano” (art. 738, Código Civil).

Da mesma forma, “se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano” (art. 945, Código Civil).

Apesar da crítica doutrinária<sup>9</sup>, a expressão “culpa concorrente”, ao contrário do que é apregoado, não deve ser interpretada em seu sentido estrito, mas sim no seu sentido mais abrangente, ou seja, como concorrência de causas, ou de responsabilidade.

---

<sup>8</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. Ob. cit. p. 299.

<sup>9</sup> STOCCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 302.

A culpa concorrente, ou concorrência de causas, não quer dizer que a parcela de responsabilidade que venha a ser atribuída pelo juiz à vítima, seja reconhecidamente tão intensa a ponto de romper o nexo de causalidade, excluindo, assim, a responsabilidade do transportador rodoviário.

Com efeito, comprovada a participação efetiva do passageiro também como causa determinante do resultado lesivo, tem-se por admitida a concorrência de causas, trazendo como conseqüência a redução do valor indenizatório, de acordo com a gravidade de sua conduta, em confronto com a conduta do autor do dano (art. 945, CC).

O Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, assim vem se posicionando: “havendo culpa concorrente, as indenizações por danos materiais e morais devem ser fixadas pelo critério da proporcionalidade” ( REsp 773.853/RS).

Sob o mesmo fundamento, assim se mostram os REsp 704.307/RJ, 257.090/SP, 555.468/ES, 705.859/SP e EDRESP 705.959/SP.

Também o fato exclusivo de terceiro, desde que comprovadamente doloso, é causa de exclusão da responsabilidade civil do transportador de passageiros urbanos.

Muito embora a súmula nº 187 do Supremo Tribunal Federal faça expressa referência à não exclusão da responsabilidade contratual do transportador por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva, o que veio a ser positivado no novo Código Civil (art. 735), a doutrina e a jurisprudência continuaram a sustentar que, por estar ligado ao risco do transportador e, conseqüentemente, relacionado a organização do seu negócio, o fato culposo de terceiro, por se tratar de fortuito interno, não afasta a responsabilidade que ao transportador é atribuída.

Entendemos, todavia, que a razão ainda permanece com o ilustre desembargador SERGIO CAVALIERI FILHO.<sup>10</sup>

De fato, a ação dolosa de terceiro estranho à relação contratual é, além de absolutamente imprevisível, também inevitável, já que não guarda qualquer ligação com os riscos inerentes ao transporte rodoviário de passageiros.

---

<sup>10</sup> Ob. cit. p. 301.

Os modernos doutrinadores, em razão da responsabilidade objetiva do transportador e da obrigação de resultado que se reconhece como ínsita em todo contrato de transporte, fazem a divisão do caso fortuito em fortuito interno e fortuito externo.

Apregoam, com a nossa adesão, que, sendo o fato causador do dano imprevisível e, por conseguinte, inevitável, ligado, porém, à organização da empresa transportadora e relacionado aos riscos com a atividade por ela desenvolvida, como, por exemplo, o rompimento de um pneu ou a pane do veículo transportador que dê causa a um incêndio por problemas elétricos, caracteriza o fortuito interno que, ligado ao risco do empreendimento, não afasta a responsabilidade civil pelos danos daí decorrentes.

Já o fortuito externo, por não guardar qualquer relação com a atividade da empresa transportadora, afasta a obrigação de cunho reparatório, já que, como conclui SERGIO CAVALIERI FILHO, citando AGOSTINHO ALVIM<sup>11</sup>, se aproxima da força maior.

Logo, o fato doloso e exclusivo de terceiro, por se tratar de fortuito externo, rompe o nexo de causalidade, exonerando, assim, a responsabilidade civil do transportador urbano.

No que se refere a assaltos em ônibus, hoje, lamentavelmente, ocorrência tão comum no noticiário nosso de cada dia, apesar de algumas posições contrárias, ainda se mantém no cenário doutrinário-jurisprudencial como causa exonerativa da responsabilidade civil do transportador.

De fato, não é dever das empresas transportadoras combater o crime, já que a sua prevenção é dever exclusivo do Estado.

Poder-se-ia, como assim conduz o saudoso desembargador LUIZ ROLDÃO DE FREITAS GOMES, “quando muito, cogitar-se de responsabilidade da transportadora, quando, ciente de sua reiterada prática em determinados locais, nada houvesse feito no sentido de denunciá-los à autoridade pública, pleiteando medidas de sua prevenção e ainda insistindo em se deter naqueles lugares”.<sup>12</sup>

Em diversas oportunidades, o Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado no mesmo sentido, consolidando o entendimento de

---

<sup>11</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. Ob. cit. p. 298.

<sup>12</sup> Elementos de Responsabilidade Civil. São Paulo: Editora Renovar, 2000, p. 198.

que “o transportador só responde pelos danos resultantes de fatos conexos com o serviço que presta” (REsp 468.900/RJ).

Ainda sobre o tema, convém remarcar, equipara-se o roubo com arma de fogo, como afirmado pela Corte Superior, ao fortuito externo, que, por ser equiparado à força maior, se apresenta como fato totalmente estranho ao serviço de transporte (REsps 286.110/RJ e 435.865/RJ).

Dai a conclusão de que a força maior, por ser produzida por terceiro, é inevitável, ainda que previsível.

Da mesma forma, o arremesso de qualquer objeto por transeunte contra ônibus no curso da viagem, também configura fortuito externo, o que também exclui a responsabilidade do transportador rodoviário.

Em recente manifestação de vandalismo e desprezo à pessoa humana, determinada facção criminosa promoveu o incêndio doloso em diversos ônibus no Estado de São Paulo, fato também ocorrido, em menor proporção, no Estado do Rio de Janeiro.

Apesar das críticas lançadas pela mídia no que se refere à possibilidade de serem evitadas tais ocorrências, é certo que a previsibilidade sobre o dia e o local em que cada uma delas ocorreria deixou claro a inevitabilidade daqueles resultados danosos.

O transportador urbano, diante da permanente obrigatoriedade de manutenção do serviço concedido, não poderia, em todos esses casos, evitar o dano, que se mostrou inevitável, mantendo incólume o lado físico e psíquico dos passageiros.

Como solução, de *lege ferenda*, propõe SERGIO CAVALIERI FILHO a criação de um seguro social do qual participariam os empresários do transporte de passageiros, os passageiros e o Poder Público concedente do serviço, através do qual se constituiria um fundo para indenizar as vítimas de fatos externos ao transporte.<sup>13</sup>

A fórmula do DPVAT é atraente, em termos de parâmetro, para a instituição de seguro obrigatório, tendo as seguradoras, em conjunto, como partícipes da providência, disciplinando-se, via atuarial, um campo tão difuso e maléfico aos empresários do ramo.☐

---

<sup>13</sup> Ob. cit. p. 307.

# Responsabilidade Civil dos Estabelecimentos de Ensino

## A Eticidade Constitucional

**Mauro Nicolau Junior**

*Juiz de Direito titular da 48ª Vara Cível do TJ/RJ. Professor dos Cursos de Graduação e Pós-graduação da Universidade Cândido Mendes e da EMERJ.*

**Célia Cristina Munhoz Benedetti Nicolau**  
*Advogada. Professora de Direito Civil e Coordenadora do Escritório de Prática Jurídica da Universidade Cândido Mendes – UCAM – Nova Friburgo.*

*É onde pululam as contradições  
que eu prefiro andar;  
Ninguém, que curioso!, em suas lições,  
Ao outro concede o direito de errar.  
Goethe<sup>1</sup>*

### 1. INTRODUÇÃO

Destina-se, o presente trabalho, à abordagem sobre o tema da responsabilidade civil dos estabelecimentos escolares e de ensino, o que será feito focando a questão sob o ponto de vista das escolas e educandários, tanto os que albergam quanto os que não albergam os alunos e estudantes.

---

<sup>1</sup> RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 25.

Na hipótese de educandários que albergam, ou seja, recebem para pernoite os alunos, estar-se-á diante de hipótese de responsabilidade civil objetiva prevista e estabelecida no artigo 932, inciso IV do Código Civil Brasileiro. Da mesma forma, segundo o sistema inculcado no artigo 37, § 6º da Constituição Federal, os danos perpetrados no interior de escolas públicas devem ser indenizados segundo o regramento da responsabilidade objetiva do Estado. Já o arcabouço indenizatório das escolas particulares encontra-se no Código de Proteção e Defesa do Consumidor. E no que se refere aos danos indenizáveis, será dedicada maior atenção aos danos morais e estéticos, notadamente no que repercute no direito à imagem, verificando-se como vem se posicionando a jurisprudência.

## 2. O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À EDUCAÇÃO

Antes de abordar a matéria principal do presente estudo, há que se deixar registrada a importância e fundamentalidade do acesso ao direito à educação, como a única forma de propiciar ao país a ultrapassagem de uma situação terciomundana para, finalmente, passar a ser o país do presente e não mais o eterno país do futuro, o que há de se fundamentar nos princípios e normas constitucionais que funcionam como marcos delimitadores e paradigmáticos dos anseios mais fortes e sensíveis da sociedade.

A Constituição Federal determina uma espécie de ruptura no imaginário coletivo. Ela assinala a esperança no porvir e a possibilidade de sepultamento de um passado que incomoda, algema e angustia, no mesmo passo em que dá origem a um futuro radiante e promissor e incumbe a todos quantos atuem em consonância com as diretrizes constitucionais, notadamente aquelas destinadas à concretização dos direitos humanos, fazê-la presente e atuante, a despeito do reconhecimento de que em países de modernidade tardia, como o Brasil, há necessidade de uma *Teoria da Constituição Dirigente* que, nas palavras de J.J. Gomes Canotilho<sup>2</sup>, *estará morta (...) se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo*

---

<sup>2</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. "O Direito Constitucional na Encruzilhada do Milênio. De uma disciplina dirigente a uma disciplina dirigida". In *Constitución y Constitucionalismo Hoy*. Caracas: Fundación Manuel García-Pelayo, 2000, p. 217-225.

*constitucional revolucionário, capaz de por si só, operar transformações emancipatórias, daí a responsabilidade do intérprete e aplicador do direito na concretização e efetivação dos direitos e princípios constitucionais.*

Aliás, a função primordial do intérprete e hermeneuta no Direito atual é cada vez mais relevante e mesmo essencial, no sentido de que interpretar seja explicar porque determinadas palavras podem fazer várias coisas, e não outras ou, nas palavras de Karl Larenz<sup>3</sup>, *interpretar é uma atividade de mediação, pela qual o intérprete traz à compreensão o sentido de um texto que se lhe torna problemático* e, para tanto, o saber jurídico ocupa papel de relevo, pois não se restringe a um conjunto de códigos, mas tem de ser concebido como um processo de diálogo, de troca entre o ser e o mundo.

A própria norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade; a sua essência reside no fato de que a relação por ela regulada venha a ser concretizada na realidade.<sup>4</sup> E, complementa-se com a idéia de interpretação trazida por Peter Häberle<sup>5</sup>, de que *não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada*, e sustenta que interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública, inclusive com espaço para participação das potências públicas pluralistas, concretizando-se uma *interpretação democrática*.

Sobre essa necessária participação inter e multipessoal, diz Lenio Luiz Streck<sup>6</sup> que *o processo de produção do sentido (daquilo que é sentido/pensado/apreendido pelo sujeito) do discurso jurídico, sua circulação, seu consumo, não podem ser guardados sob um hermético segredo, como se sua holding fosse uma abadia do medievo. Isto porque o que rege o processo de interpretação dos textos legais*

---

<sup>3</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997, p. 439.

<sup>4</sup> Nesse sentido, HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.

<sup>5</sup> HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997, tradução de Gilmar Ferreira Mendes.

<sup>6</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. p.19.



*são as suas condições de produção, as quais, devidamente difusas e oculta(das), “aparecem”, como se fossem provenientes de um “lugar virtual”, ou de um “lugar fundamental”. Ora, as palavras da lei não são unívocas; são, sim, plurívocas, questão que o próprio Kelsen já detectara de há muito. Por isto é necessário dizer que, pelo processo interpretativo, não decorre a descoberta do “unívoco” ou do “correto” sentido, mas sim, a produção de um sentido originado de um processo de compreensão, onde o sujeito, a partir de uma situação hermenêutica, faz uma fusão de horizontes a partir de sua historicidade. Não há interpretação sem relação social.*

Fica-se aqui, com o primado de Paulo Bonavides<sup>7</sup>, para quem a interpretação jurídica, em si, é a reconstrução do conteúdo da lei, sua elucidação, de modo a operar-se uma restituição do sentido do texto viciado, obscuro ou não condizente com a realidade temporal-geográfica. Em verdade, a interpretação mostra o Direito vivendo plenamente a fase concreta e integrativa, objetivando-se na realidade. E, *se é verdade que a Modernidade não cumpriu com suas promessas emancipatórias à civilização ocidental, cumpre verificar como podemos conviver e solucionar os impasses que se apresentam no âmbito das demandas sociais emergentes, todas dizendo respeito à necessidade de concretização dos direitos assegurados pelas Cartas Políticas vigentes*<sup>8</sup>.

Invoca-se a responsabilidade de todos nós, quer na condição de profissionais ou de qualquer outra forma, de interpretar para a concluir que num Estado Democrático Constitucional de Direito, notadamente em sistemas de cláusulas abertas<sup>9</sup>, como o incorporado pela Constituição e pelo Código Civil, v.g. conceitos como “pessoa”, “direito subjetivo”, “bem jurídico”, “regular funcionamento das instituições democráticas”, etc. podem se modificar, alterando todo

---

<sup>7</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 399.

<sup>8</sup> GESTA LÉAL, Rogério. Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000, p. 156.

<sup>9</sup> LARENZ, Karl aponta a necessidade de um pensamento orientado a valores que surge com a máxima intensidade quando a lei recorre a uma pauta de valoração que carece de preenchimento valorativo (cláusula geral), para delimitar uma hipótese legal ou também uma consequência jurídica. *In* Metodologia da Ciência do Direito. Tradução de José Lamego, 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997, p. 310.

o direito sem necessidade de se modificar a lei “positiva”<sup>10</sup> e, desta forma, proceder à adequação de seus textos à realidade atual e histórica vivenciada pela sociedade no momento e por ocasião de sua aplicação.

É exatamente nesse contexto que John Rawls<sup>11</sup> avança com a distinção entre um conceito de justiça e as diversas concepções de justiça. As regras jurídicas, afirma, *tanto podem conter preceitos bem precisos, que não requerem nenhuma interpretação especial, posto que o seu significado é sempre o mesmo, as chamadas “concepções”, que o legislador quis que perdurassem como decisões globais de sistema, como podem incorporar ainda temas vagos, referências a padrões ou condutas, cuja concretização depende essencialmente das idéias do momento, os chamados “conceitos”, que reclamam dos juízes e dos tribunais uma complementação ou concretização posteriores.*

Esta abordagem, segundo Lênio Luiz Streck<sup>12</sup>, pode também ser entendida como uma Teoria da Constituinte Adequada a Países Periféricos, devendo tratar, assim, da construção das condições de possibilidade para o resgate das promessas da modernidade incumpridas, as quais, como se sabe, colocam em xeque os dois pilares que sustentam o próprio Estado Democrático de Direito (liberdade e igualdade), revelando a função essencial a ser desempenhada pelo Estado, na garantia do núcleo de modernidade tardia não cumprida e previsto no artigo 3º da Constituição Federal. Assim, conclui afirmando que, sem a perspectiva dirigente-compromissária, torna-se impossível realizar os direitos que fazem parte da essência da Constituição<sup>13</sup> entendida no conceito de Estado e também e por óbvio o Poder Judiciário e toda a gama de pessoas

---

<sup>10</sup> Nesse sentido, QUEIROZ, Cristina M.M. “Direitos Fundamentais. (Teoria Geral)”. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2002. Caderno – Teses e monografias, número 4, p. 188.

<sup>11</sup> RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 22 e Political Liberalism. Nova York: Columbia University Press, 1993. p. 14.

<sup>12</sup> STRECK, Lênio Luiz. “Hermenêutica e Concretização dos Direitos Fundamentais no Brasil”. In A Constitucionalização do Direito – A Constituição como *locus* da hermenêutica jurídica. Organização de André Andrade. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2003, p. 23.

<sup>13</sup> STRECK, Lênio Luiz, *ob. cit.* p. 27.

responsáveis pela interpretação e aplicação das normas, fazendo da experiência e do tempo aliados indispensáveis.

No Brasil, meninos de rua e jovens à deriva são o resultado da pobreza em que vivem suas mães, da ausência dos pais, da violência dentro e fora de casa e do total abandono do Estado a quem dele precisa. É, sim, urgente e necessário reforçar os espaços e tempos de acolhimento de crianças e jovens pelos adultos, pais e, principalmente, pelo Estado para que não tenham, quando adultos, que punilos e privá-los da liberdade.

O que está em questão é a articulação do mundo do trabalho e de condições mínimas de vida digna, seus espaços e temporalidade, com a vida privada, aquela que só existe na intimidade do lar, aquela que ninguém vê, mas que, se não existe, sua falta é notada principalmente na formação da personalidade, cultura e educação dos filhos, a ocultação do privado, como se ele não existisse.<sup>14</sup>

Este debate inovador e, de certa forma, desafiador, faz parte de uma forma diferente de pensar o Direito, não como conjunto de regras positivadas e impositivas, aplicadas pela fórmula da subsunção, mas como forma libertadora, resultante da educação continuada. Trazendo a lume as sábias palavras de Luiz Edson Fachin<sup>15</sup>, cabe recordar que, *em todo campo do saber (daí a pertinência quiçá especial com a instância jurídica), há o desafio de conhecer para transformar; pois a educação que tão-só reproduz não liberta*. É pertinente invocar ainda os ensinamentos de Paulo Freire<sup>16</sup> para quem *a educação é um ato de amor, por isso, um ato de coragem. Não pode temer o debate. A análise da realidade. Não pode fugir à discussão criadora, sob pena de ser uma farsa*.

De forma ácida, mas, há que se reconhecer, absolutamente real e atual, o posicionamento de Marilena Chau<sup>17</sup> quando afirma que as leis, porque exprimem os privilégios dos poderosos ou a von-

---

<sup>14</sup> OLIVEIRA, Rosiska D. de. "A vida privada". Rio de Janeiro: Jornal O Globo, 19 maio 2003, p. 7.

<sup>15</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. RJ-SP: Renovar, 2000, p. 3.

<sup>16</sup> FREIRE, Paulo. *Educação como prática da liberdade*. 23a ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999, p. 42.

<sup>17</sup> CHAUI, Marilena. *Convite à Filosofia*. São Paulo: Editora Ática, 2004, 13ª ed. 2ª tiragem, p. 408.

tade pessoal dos governantes, não são vistas como expressão de direitos, nem de vontades e decisões públicas coletivas. *O poder Judiciário aparece como misterioso, envolto num saber incompreensível e numa autoridade quase mística. Por isso mesmo, aceita-se que a legalidade seja, por um lado, incompreensível e, por outro, ineficiente (a impunidade não reina livre e solta?) e que a única relação possível com ela seja a da transgressão (o famoso “jeitinho”).*

Como se observa, a democracia, no Brasil, ainda está por ser inventada e não há, nem nunca haverá democracia, isonomia e justiça social sem o acesso pleno à educação como único caminho a ser trilhado no sentido de ver concretizados os anseios do legislador constituinte.

### 3. A DEMOCRACIA, A CIDADANIA E A SOLIDARIEDADE ENTRE OS HOMENS NA SOCIEDADE MODERNA

A contribuição do direito é, exatamente, propiciar, estimular e mesmo forçar o fortalecimento do regime democrático, transpondo-o da teoria à prática, fundando novos paradigmas originados na relação sincera e solidária entre as pessoas, num espaço de diálogo e interlocução dotado de respeito e que tenha na prevalência do homem e na preponderância dos direitos a ele relativos seu valor maior.

*O civismo nasce da consciência de ser chamado ao exercício de virtudes – morais, sociais e patrióticas – que caracterizam personalidades amadurecidas. Desta forma, o civismo se opõe ao aventureirismo fácil dos que – para salvarem a Pátria – apregoam fórmulas mágicas, reformas arbitrárias, subversão, planos imaginosos e sonhadores sem o apoio do testemunho, da honestidade, da ausência de corrupção. (Cardeal Arcebispo D. Eusébio Oscar Scheid. Arcebispo da Arquidiocese do Rio de Janeiro.)<sup>18</sup>*

Norberto Bobbio<sup>19</sup> asseverou que *uma das maiores virtudes da democracia é permitir-se espaço até mesmo para aqueles que nela não crêem.*

<sup>18</sup> *Jornal do Commercio*: Rio de Janeiro, de 1º de setembro de 2004. Página A-17, coluna “Opinião”.

<sup>19</sup> BOBBIO, Norberto. *In*. OLIVEIRA, JÚNIOR, O Novo em Direito e Política. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2000.

É sob essa ótica que será desenvolvido o tema em estudo, ou seja, considerando as características da democracia, dentre elas a liberdade com responsabilidade, como ponto de partida e chegada para o pleno exercício dos direitos humanos e fundamentais, notadamente o da dignidade que se constitui na possibilidade do homem dispor, pelo menos, do mínimo existencial para a plenitude da realização de sua personalidade ou, nas palavras de Miguel Reale *quanto mais conquista no campo da ciência, mais se habilita o homem a realizar em sua plenitude os valores da personalidade e da cidadania* como expressamente proclamado na Constituição Federal, artigo 1º – III como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

A inventiva do Conde Della Mirandola<sup>20</sup>, centrando a reflexão acerca do homem na liberdade, retrata a sua condição específica no mundo e a sua dignidade humana, que o eleva acima de todas as criaturas narrando de forma melodiosa e poética: *Ó Adão, não te demos um lugar determinado, nem um aspecto que te seja próprio, nem tarefa alguma específica, a fim de que obtenhas e possuas aquele lugar, aquele aspecto, aquela tarefa que tu seguramente desejares, tudo segundo o teu parecer e a tua decisão. A natureza bem definida dos outros seres é refreada por leis por nós escritas. Tu, pelo contrário, não constringido por nenhum limite, determiná-la-ás para ti, segundo o teu arbítrio, a cujo poder te entreguei. Coloquei-se no mundo para que daí possas olhar melhor tudo o que há no mundo. Não te fizemos celeste nem terreno, nem mortal nem imortal, a fim de que tu, árbitro e soberano artífice de ti mesmo, te plasmasses e te informasses, na forma que tivesses seguramente escolhido. Poderás degenerar até os seres que são as bestas, poderás regenerar-te até às realidades superiores que são divinas, por decisão do teu ânimo.*

De que dignidade se cuida, estabelecida que foi como requisito e pressuposto da democracia? Derivado do latim *dignitas* (virtude, honra, consideração), em regra se entende a qualidade moral que, possuída por uma pessoa, serve de base ao próprio respeito em que é tida. Mas em sentido jurídico, também se entende como a

---

<sup>20</sup> MIRANDOLA, Pico Della. Discurso sobre a dignidade do homem. Lisboa: Edições 70, 1989. p. 38-39.

distinção ou honraria conferida a uma pessoa, consistente em cargo ou título de alta graduação. No Direito Canônico, indica-se o *benefício ou prerrogativa* decorrente de um cargo eclesiástico.

Nicola Abbagnano<sup>21</sup> diz que, como princípio da dignidade humana, entende-se a exigência enunciada por Kant como segunda fórmula do imperativo categórico: *Age de tal forma que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre também como um fim e nunca unicamente como um meio.* Esse imperativo estabelece que todo homem, aliás, todo ser racional, como fim em si mesmo, possui um valor não relativo (como é, por exemplo, um preço), mas intrínseco, ou seja, a dignidade: *substancialmente, registra Abbagnano, a dignidade de um ser racional consiste no fato de ele não obedecer a nenhuma lei que não seja também instituída por ele mesmo.* Para Kant<sup>22</sup>, *tudo possui ou um preço ou uma dignidade.* Aquilo que tem preço pode ser substituído por algo equivalente; por outro lado, o que se acha acima de todo preço e, portanto, não admite nada equivalente, encerra uma dignidade.

E, conclui Abbagnano que *na incerteza das valorações morais do mundo contemporâneo, que aumentou com as duas guerras mundiais, pode-se dizer que a exigência da dignidade da pessoa humana venceu uma prova, revelando-se como pedra de toque para a aceitação dos ideais ou das formas de vida instauradas ou propostas; isso porque as ideologias, os partidos e os regimes que, implícita ou explicitamente, se opuseram a essa tese mostraram-se desastrosos para si e para os outros.*

A amplitude e essencialidade verificadas à dignidade da pessoa humana impedem que seja ela reduzida a uma fórmula ou conceito, se bem que redunde numa condição real que vem sendo objeto de estudos da doutrina e de documentos como a Declaração Universal da ONU (1948) que, em seu artigo 1º, expressa: *Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos.*

---

<sup>21</sup> ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de Filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

<sup>22</sup> KANT, Emmanuel. Fundamentos da metafísica dos costumes. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1938. p.113

Dá que reduzir a uma fórmula abstrata e genérica aquilo que constitui o conteúdo da dignidade da pessoa humana, seu âmbito de proteção, não parece ser possível, a não ser mediante a devida análise no caso concreto, e Ingo Wolfgang Sarlet<sup>23</sup> reporta-se à fórmula de G. Dürig em termos da Constituição Alemã, para quem a *dignidade da pessoa humana poderia ser considerada atingida sempre que a pessoa concreta (o indivíduo) fosse rebaixada a objeto, a mero instrumento, tratada como uma coisa; em outras palavras, na descaracterização da pessoa humana como sujeito de direitos.*

Em face do exposto, pode-se afirmar que a dignidade da pessoa humana corresponde à compreensão do ser humano na sua integridade física e psíquica, como autodeterminação consciente, garantida moral e juridicamente ou, nas palavras de Alexandre de Moraes<sup>24</sup>: *A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas, sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos,* de forma que a violação a qualquer prerrogativa que possa ser considerada como integrante do núcleo dos direitos fundamentais da pessoa humana redundará na configuração de hipótese de responsabilidade civil indenizatória.

Dentre os cientistas políticos, sobressaíram-se exatamente aqueles que souberam contornar os dilemas e resolver algumas ambigüidades teóricas, e que incorporaram a teoria e a luta dos direitos humanos e civis à crítica da redução dos conflitos, à *contradição principal entre classe dominante e a dominada*, passando a ser considerados como fundamento das relações sociais e das instituições numa sociedade democrática onde se quer inimaginável uma situação de exclusão, de dificuldade ou impossibilidade de acesso aos

---

<sup>23</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 97.

<sup>24</sup> MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 128-129.

meios de informação educação e cultura, o que representa, talvez, a maior das violências que se pode perpetrar contra um ser humano, ignorando e relevando a último plano a mais mínima parcela de dignidade.

Os instrumentos da violência, segundo Hannah Arendt<sup>25</sup>, seriam mudos, abdicariam do uso da linguagem que caracteriza as relações de poder, baseadas na persuasão, influência ou legitimidade. Outras definições não fogem desse paradigma: a violência como o não reconhecimento do outro, a anulação ou a cisão do outro, a violência como a negação da dignidade humana, como falta de compaixão, excesso de poder e, em todas elas releva-se, explicitamente ou não, o pouco espaço existente para que se manifeste o sujeito da argumentação, da negociação ou da demanda, enclausurado que fica na exibição da força física pelo seu oponente ou esmagado pela arbitrariedade dos poderosos que se negam ao diálogo.

A violência simbólica presente no institucional ou no Estado fica clara no trecho seguinte, aludindo às idéias de Michel Foucault<sup>26</sup>: *podemos, deste modo, considerar a violência como um dispositivo de excesso de poder, uma prática disciplinar que produz um dano social, atuando em um diagrama espaço-temporal, a qual se instaura com uma justificativa racional, desde a prescrição de estigmas age a exclusão, efetiva ou simbólica. Esta relação de excesso de poder configura, entretanto, uma relação social inegociável porque atinge, no limite, a condição de sobrevivência, material ou simbólica, daqueles que são atingidos pelo agente da violência.*

Maria Celina Bodin de Moraes<sup>27</sup> diz que em 1911, Gioele Solari<sup>28</sup> afirmava: “o direito de ser homem contém um direito que

---

<sup>25</sup> ARENDT, Hannah. A condição humana. 10 ed. Tradução – Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2004.

<sup>26</sup> In TAVARES DOS SANTOS J.V., DIDONET, B e SIMON, C(1998). “A palavra e o gesto empregados: a violência na escola”. In Secretaria Municipal de Educação de Porto Alegre (org). *Violência não está com nada*, Porto Alegre: Secretaria Municipal de Educação.

<sup>27</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à Pessoa Humana. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro-São Paulo: Ed. Renovar, 2003, p. 74.

<sup>28</sup> G. SOLARI, “Individualismo e direito privado”. *Apud* M. Giorgianni, O direito privado e as suas atuais fronteiras (1961), trad. M.C. De Cicco. São Paulo: Revista dos Tribunais. 747, p. 42.



ninguém me impeça de ser homem, mas não o direito a que alguém me ajude a conservar minha humanidade”, e prossegue dizendo que *a mudança de paradigma pode ser expressa através do antagonismo a esta melancólica locução, incompatível com a função atualmente atribuída ao Direito. Pretende-se hoje, ou melhor, exige-se que nos ajudemos, mutuamente, a conservar a nossa humanidade.*

Essa interação, esse ajudar mútuo, solidário e recíproco constituiu-se, em verdade, num ponto de contato e similitude até mesmo entre duas formas de governo absolutamente diversas e mesmo antagonicas, como são o liberalismo e o socialismo que, na visão atualizadíssima de John Rawls<sup>29</sup>, consiste no fato de que: *A idéia de utopia realista reconcilia-nos com o nosso mundo social, mostrando que é possível uma democracia constitucional razoavelmente justa, existindo como membro de uma Sociedade dos Povos razoavelmente justa. Ela estabelece que tal mundo pode existir em algum lugar e em algum tempo, mas não que tem de existir ou que existirá. Ainda assim, podemos sentir que a possibilidade de tal ordem política e social, liberal e decente, é inteiramente irrelevante enquanto essa possibilidade não é concretizada. Embora a concretização não seja, naturalmente, destituída de importância, creio que a própria possibilidade de tal ordem social pode, ela própria, reconciliar-nos com o mundo social. Ela não é uma mera possibilidade lógica, mas uma possibilidade que se liga às tendências e inclinações profundas do mundo social. Enquanto acreditarmos, por boas razões, que é possível uma ordem política e social razoavelmente justa e capaz de sustentar a si mesma, dentro do país e no exterior, poderemos ter esperança razoável de que nós ou outros, algum dia, em algum lugar, a conquistaremos. (sem destaque no original).*

Este, enfim, é o desafio que nos é colocado na, assim chamada, modernidade e, no que interessa diretamente ao campo de atuação profissional do Direito e da responsabilidade civil indenizatória, com muito mais razão nos pode mesmo ser exigida pela sociedade uma atuação eficaz na concretização e efetivação dos direitos hu-

---

<sup>29</sup> RAWLS, John. O Direito dos Povos. Trad. Luiz Carlos Borges. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2001. p. 167.

manos fundamentais e, entre eles, o direito à plena personalidade através do acesso à educação, da forma como inserido na Constituição Federal de 1988, temas vinculados à atuação jurisdicional, à interpretação e concretização da Constituição Federal e seus princípios, instrumentos apropriados à efetiva tutela dos Direitos Humanos e Fundamentais como única forma de atingir a plenitude dos ideais democráticos de direito. Nesse sentido, leciona José Afonso da Silva<sup>30</sup> que *um regime de justiça social será aquele em que cada um deve poder dispor dos meios materiais de viver confortavelmente segundo as exigências de sua natureza física, espiritual e política. Não aceita as profundas desigualdades, a pobreza absoluta e a miséria. O reconhecimento dos direitos sociais, como instrumentos de tutela dos menos favorecidos, não teve até aqui a eficácia necessária para equilibrar a posição de inferioridade que impede o efetivo exercício das liberdades garantidas. Assim, no sistema anterior, a promessa constitucional de realização da justiça social não se efetivava na prática. A Constituição de 1988 é ainda mais incisiva no conceber a ordem econômica sujeita aos ditames da justiça social para o fim de assegurar a todos existência digna. Dá à justiça social um conteúdo preciso. Preordena alguns princípios de ordem econômica – a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e pessoais e a busca do pleno emprego – que possibilitam a compreensão de que o capitalismo concebido há de humanizar-se (se é que isso seja possível). Traz, por outro lado, mecanismos na ordem social voltados à sua efetivação. Tudo depende da aplicação das normas constitucionais que contêm essas determinantes, esses princípios e esses mecanismos.*

Para se entender o espírito que se pode considerar como ideal na leitura, interpretação e aplicação do Direito como instrumento de convivência social pacífica, convoca-se mais uma vez, e sempre, a lição de Miguel Reale<sup>31</sup>, ao tentar esclarecer a relação entre o Direito e a Felicidade, quando diz que *se os homens fossem iguais*

---

<sup>30</sup> SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo, 6ª edição, ver. e ampl. de acordo com a nova Constituição, 2ª tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 661.

<sup>31</sup> REALE, Miguel. Fundamentos do Direito. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 306.

*como igual é a natural inclinação que nos leva à felicidade, não haveria Direito Positivo e nem mesmo necessidade de Justiça. A Justiça é um valor que só se revela na vida social, sendo conhecida a lição que Santo Tomás de Aquino nos deixou ao observar com admirável precisão que a virtude de justiça se concretiza pela sua objetividade, implicando uma proposição “ad alterum”.*

Engendrando-se e acomodando-se o sistema jurídico à realidade, com os olhos sempre voltados ao valor precípuo e objetivo impostergável do direito que é a garantia efetiva dos direitos fundamentais, chega-se à conclusão de que tal valor passa pela consecução da felicidade, da plenitude e da realização pessoal, sem o que haverá sempre um vazio a ser preenchido, um ponto obscuro de incerteza a acompanhar a pessoa durante toda a vida. Essa completude só se fará possível através da superação de obstáculos e dogmas ligados, normalmente, ao preconceito, ao prejulgamento e à discriminação, permitindo-se pensar num valor maior ligado ao afeto, à relação social entre as pessoas, e que haverá de ser utilizado como parâmetro no julgamento das lides e na solução dos conflitos.

#### 4. ESBOÇO HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

No início da civilização, a ocorrência de um dano gerava na vítima uma idéia de vingança para com o agressor, ou seja, a justiça era feita pelas próprias mãos. Limitava-se a retribuição do mal pelo mal, como pregava a *pena de talião*, olho por olho, dente por dente.

Esta prática, na realidade, apresentava resultados extremamente negativos, pois acarretava a produção de um outro dano, uma nova lesão, isto é, o dano suportado pelo seu agressor, após sua punição.

Posteriormente, surge o período da composição a critério da vítima, ainda sem se discutir a culpa do agente causador do dano.

Em um estágio mais avançado, o Estado toma as rédeas, e proíbe a vítima de fazer justiça pelas próprias mãos, estabelecendo a obrigatoriedade da composição, a partir de uma indenização pecuniária. Durante esse período, cria-se uma espécie de tabela que estabelece o *quantum* equivalente a um membro amputado, à morte etc.

No ano 572 da fundação de Roma, um tribuno do povo chamado Lúcio Aquília propôs e obteve a aprovação e sanção de uma lei de ordem penal, que veio a ficar conhecida como *Lex Aquília*, que possuía dois objetivos:

I.) assegurar o castigo à pessoa que causasse um dano a outrem, obrigando-a a ressarcir os prejuízos dele decorrentes;

II.) punir o escravo que causasse algum dano ao cidadão, ou ao gado de outrem, fazendo-o reparar o mal causado.

O Direito francês aperfeiçoou as idéias românicas e, a partir dele, foram estabelecidos certos princípios que exerceram sensível influência nos outros povos, tais como:

I.) direito à reparação, sempre que houvesse culpa, ainda que leve, separando-se a responsabilidade civil (perante a vítima) da responsabilidade penal (perante o Estado);

II.) a existência de uma culpa contratual (a das pessoas que descumprem as obrigações), e que não se liga nem a crime nem a delito, mas se origina da imperícia, negligência ou imprudência.

Surge o Código de Napoleão e, com ele, a distinção entre culpa delitual e contratual. A partir daí, a definição de que a responsabilidade civil se funda na culpa propagou-se nas legislações de todo o mundo.

Com o advento da Revolução Industrial multiplicaram-se os danos, e surgiram novas teorias inclinadas sempre a oferecer maior proteção às vítimas.

Sem abandonar a Teoria da Culpa, atualmente vem ganhando terreno a Teoria do Risco, que se baseia na idéia de que o exercício de atividade perigosa é fundamento da responsabilidade civil (artigo 927 parágrafo único do Código Civil). Isto significa que a execução de atividade que ofereça perigo possui um risco, o que deve ser assumido pelo agente, ressarcindo os danos causados a terceiros pelo exercício da atividade perigosa.

A palavra "responsabilidade", segundo o vocabulário jurídico, origina-se do vocábulo *responsável*, do verbo *responder*, do latim *respondere*, que tem o significado de responsabilizar-se, vir garantindo, assegurar, assumir o pagamento do que se obrigou, ou do ato que praticou.

O termo "civil" refere-se ao cidadão, assim considerado nas suas relações com os demais membros da sociedade, das quais resultam direitos a exigir e obrigações a cumprir.

Diante da etimologia das duas palavras acima, bem como das tendências atuais a respeito da responsabilidade civil, afirma Maria Helena Diniz<sup>32</sup> que *a responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.*

Portanto, verificam-se a existência de requisitos essenciais para a apuração da responsabilidade civil, como a ação ou omissão, a culpa ou dolo do agente causador do dano e o nexo de causalidade existentes entre o ato praticado e o prejuízo dele decorrente, não sendo desnecessário afirmar que, a despeito de estar se avolumando o campo de aplicação da responsabilidade civil objetiva, o Código Civil ainda prevê como regra a responsabilidade subjetiva, sujeita, portanto, à verificação de um comportamento censurável, questionável, criticável por parte do agente a quem se imputa a obrigação indenizatória.

A responsabilidade civil como categoria jurídica que é, tem por escopo a análise da obrigação de alguém reparar o dano que causou a outrem, com fundamento em normas de Direito Civil.

Os alicerces jurídicos em que se sustenta a responsabilidade civil, para efeito de determinar a reparação do dano injustamente causado, são oriundos da velha máxima romana *neminem laedere* (não lesar a ninguém).

O uso da expressão responsabilidade civil ganhou o mundo, não só porque a diferencia da responsabilidade criminal, mas também em razão de ser apurada no juízo cível. É, portanto, na esfera do Direito Civil, que se indaga, tramita, litiga e decide para que se exija a reparação civil, que vem a ser a sanção imposta ao agente ou responsável pelo dano, sem deslembrar que o Código Civil, como já fazia o anterior, prevê que a sentença penal condenatória consti-

---

<sup>32</sup> DINIZ, Maria Helena, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 7. ed., São Paulo: Saraiva, 1993, p. 78.

tui-se em título executivo indenizatório, não sendo possível *questionar sobre a existência do fato ou sobre quem seja o seu autor quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal* (artigo 935 do Código Civil). E, da mesma forma, é possível a composição civil no juízo criminal relativo ao Juizado Especial Criminal regulamentado pela Lei 9.099/95 e, finalmente, *faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito* (artigo 65 do Código de Processo Penal).

O Código Civil Brasileiro adotou a doutrina da culpa como princípio da responsabilidade civil no artigo 927, verificando-se a existência de quatro requisitos essenciais para a apuração da responsabilidade civil subjetiva, quais sejam: a) a ação ou omissão; b) culpa ou dolo do agente; c) o nexo de causalidade; d) o dano sofrido pela vítima.

Constata-se que o dispositivo legal retrata os casos de responsabilidade aquiliana, isto é, assegura o castigo à pessoa que causa um dano a outrem, obrigando-a a ressarcir os prejuízos dele decorrentes.

Todavia, cabe uma análise mais detalhada de cada um dos requisitos essenciais supraditos. Assim sendo, o art. 927, quando fala em *ato ilícito*, refere-se a qualquer pessoa, isto é, por ato próprio ou ato de terceiro que esteja sob a guarda do agente, bem como os danos causados por animais ou coisas que lhe pertençam.

Já o artigo 186 trata do dolo quando se refere à ação ou omissão voluntária, para, em seguida, referir-se à culpa, quando fala em negligência ou imprudência, que deve ser provada pela vítima.

Em igual raciocínio, a Lei fala do nexo de causalidade, que é a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano sofrido pela vítima, pois sem ela não há que se falar em obrigação de indenizar.

Finalmente, o dano deve ser demonstrado, seja ele material ou moral, pois sem sua existência o agente não pode ser responsabilizado civilmente, e indenizar algo que não tenha se verificado. Inclusive nas hipóteses em que se admite a presença do dano *in re ipsa*, há a presunção de sua efetiva ocorrência.

Essa teoria adotada pelo Código Civil Pátrio, cujo pressuposto para o fundamento da responsabilidade é a culpa, denomina-se Teoria da Responsabilidade Subjetiva ou Teoria da Culpa.

No Brasil, o ilustre Caio Mário da Silva Pereira foi um dos líderes do pensamento que demonstrava a falta de sintonia entre a Teoria Subjetiva e o desenvolvimento da sociedade, haja vista que, em vários casos, a adoção da Teoria da Culpa mostrava-se inadequada para abranger todas as situações de reparação. Essa inadequação era verificada nos casos em que a aferição das provas constantes nos autos não levavam à convicção da existência da culpa, muito embora se admitisse que a vítima fora realmente lesada, e que existia supremacia econômica e organizacional dos agentes causadores do dano. Portanto, diante da exigência da prova do erro de conduta do agente, imposta à vítima, era ela deixada sem a devida reparação em inúmeros casos.

Diante da situação acima, cresceu no mundo o movimento de extensão da responsabilidade, criando o esboço e a estrutura da Teoria da Responsabilidade sem culpa.

A doutrina e a jurisprudência admitiram que a responsabilidade civil, baseada na prova da culpa, não oferecia réplica satisfatória à solução de inúmeras demandas.

Partindo desse ponto, surge a Teoria da Responsabilidade Objetiva ou Teoria do Risco, segundo a qual não há que se fazer prova da culpa, mas apenas do nexo de causalidade e do dano, quando a lei impõe, entretanto, a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano cometido sem culpa. Quando isto acontece, diz-se que a responsabilidade é legal ou *objetiva*, porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade. Esta teoria tem como postulado que todo o dano é indenizável e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa.

O Professor Rui Stoco<sup>33</sup> observa o pioneirismo de Alvinho Lima na defesa da Teoria da Responsabilidade Objetiva no Direito Brasileiro, em tese apresentada na Faculdade de Direito da USP em 1938,

---

<sup>33</sup>STOCO, Rui, *Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial*, p. 66.

intitulada “Da Culpa ao Risco”, na qual, além de defender a Teoria Objetiva, responde aos argumentos adversários.

Caio Mário da Silva Pereira é um dos autores que nos apresentou com um excelente conceito para o risco, sendo tal exposição citada na obra do Dr. Rui Stoco<sup>34</sup>: *é o que se fixa no fato de que, se alguém põe em funcionamento uma qualquer atividade, responde pelos eventos danosos que esta atividade gera para os indivíduos independente de determinar se em cada caso, isoladamente, o dano é devido à imprudência, à negligência, a um erro de conduta, e assim se configura a teoria do risco criado.*

## 5. A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ESTABELECIMENTOS DE ENSINO ANTE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A FORÇA NORMATIVA DA JURISPRUDÊNCIA

O brasileiro não ganhou moral com a nova ordem constitucional, é bom que fique claro. Sempre a possuiu e, no momento, descobriu, com a ajuda da mídia e das revistas especializadas, que é permitido defendê-la, reivindicando respeito social. As sentenças que estão sendo expedidas pelos Tribunais formam uma espécie de cartilha educativa, como se fossem lições de etiqueta que, corretamente observadas, difundem e incentivam a educação fundamental, base de um microsistema positivo que tende a influenciar até a economia (tese do vencedor do Nobel de Economia de 2000, o norte-americano James Heckman).

A jurisprudência não somente humaniza ou, às vezes, remoja a lei. Ela também sacode os juízes, despertando-os do imobilismo com os gritos da multidão, que festeja a utilidade das sentenças que examinam o conceito de obrigação, igual ao ritmo frenético de um trio elétrico comandado pelo ilustre jurista baiano Orlando Gomes<sup>35</sup>: *orienta-se modernamente o Direito das Obrigações no sentido de realizar melhor equilíbrio social, imbuídos seus preceito não somente da preocupação moral de impedir a exploração do fraco pelo forte,*

---

<sup>34</sup> STOCO, Rui, *Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial*, p. 66. *apud* Caio Mário da Silva Pereira, *Responsabilidade Civil*, Forense, p. 268.

<sup>35</sup> GOMES, Orlando. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p.1.



*senão, também, de sobrepor o interesse coletivo, em que se inclui a harmonia social, aos interesses individuais, de cunho meramente egoístico.*

Alguns ambientes já sentiram a repercussão da jurisprudência, uma verdadeira novidade revolucionária da certeza do direito. A publicidade dos julgados outorga certeza aos homens, para que ajam conscientes das conseqüências a que se expõem fazendo ou não fazendo algo. Isso já ocorre no cotidiano vivenciado por estudantes, notadamente menores ou do ensino fundamental, provando que as indenizações por dano moral mudam a relação colégio (professor) e alunos, impedindo que traumas infantis ou de adolescência se repitam, evitando-se prejuízo, desvio ou retardo na formação da personalidade. Atitudes sábias guiam uma vida, e convém conscientizar disso os educadores-empresários, embora com condenações pecuniárias motivadoras.

Um evento analisado pelo TJAC (Ap. 97.001619-0, *in* RT 754/335) é ilustrativo: uma escola foi condenada a pagar danos morais porque impediu que uma aluna saísse da sala para cumprir necessidades fisiológicas, proibição que terminou fazendo com que a adolescente *urinasse nas próprias vestes e assim permaneceu durante o período de aula, fato presenciado por colegas, levado ao conhecimento de toda a comunidade escolar e publicado em jornal local.*

Um tradicional colégio paulistano foi condenado a pagar indenização por danos morais para um aluno que fora agredido por um outro no pátio de recreação. O pagamento foi um acerto pela humilhação causada pelo recebimento de lesões leves derivadas de uma briga que deveria ter sido contida por severa vigilância aos estudantes, que abusam da violência e da força física para constranger os colegas pacíficos ou de melhor índole social (Ap. 24.150-4, *in* JTJ, Ed. Lex, 207/112).

Uma terceira referência é do Rio de Janeiro. Uma aluna, menor impúbere, foi vítima de violência pelos próprios colegas, que, desconfiados de ter sido a responsável pelo desaparecimento de R\$ 1,00 de uma aluna, fizeram-lhe uma revista pessoal vexatória, com invasão de suas intimidades, sem que a professora, que a tudo assistiu, interviesse para coibir o abuso. O TJ-RJ considerou que o Colégio

procedeu com culpa no dever de vigilância e disciplina na sala de aula, perdendo o controle para os próprios alunos, e aplicou indenização correspondente a 100 salários mínimos (Ap. 1.476/00, Des. Carlos Raymundo Cardoso, *in* RT 783/402).

Não se tratam de episódios banais. Crianças ou jovens são estigmatizados por esses incidentes, que parecem folclóricos aos mais velhos. Sendo marca ou sinal do passado difícil de se dizimar, tais episódios constroem o portador, às vezes com densidade e intensidade que mudam hábitos saudáveis para os quais ele possuía natural reserva biológica. É óbvio que com as sentenças condenatórias em série, os estabelecimentos de ensino serão forçados a prestar serviços com mais qualidade aos alunos (evitando tais infortúnios em prol da renda comercial), zelando para que o presente lhes qualifique o futuro.

Sabe-se que a responsabilidade do estabelecimento privado de ensino, após a vigência do Código de Defesa do Consumidor, não se apresenta mais como responsabilidade indireta do educando, mas sim, como responsabilidade objetiva direta, com esteio no artigo 14 do CDC. O dever do fornecedor (colégio) de prestar serviços seguros a seus consumidores (alunos) funda-se no fato do serviço e não no fato do preposto ou de outrem, como outrora era entendido. Desse modo, para se aferir a responsabilidade pelos danos sofridos pelo autor, faz-se premente apenas a verificação da existência de conduta, seja ela comissiva ou omissiva, do nexo causal e do dano alegado, sem se perquirir sobre qualquer elemento subjetivo.

Conforme ensinamentos do Desembargador Sergio Cavaliere Filho<sup>36</sup>: *“O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em conta as circunstâncias relevantes, tais como o modo do seu funcionamento, o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam e a época em que foi fornecido (art. 14, §1º, do CDC). Como se vê, a responsabilidade do fornecedor de serviços tem também por fundamento o dever de segurança (...). Mais do que possa parecer numa primeira visão, o campo de aplicação do Código, neste ponto, é muito vasto,*

---

<sup>36</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio, Programa de Responsabilidade Civil, 5ª ed. Malheiros Editores: São Paulo, 2004, p. 481.

*abarcando, na área privada, um grande número de atividades, tais como os serviços prestados pelos estabelecimentos de ensino (...)*”.

Durante o período em que o aluno se encontra sob os cuidados da escola e dos educadores ocorre um hiato no efetivo exercício da guarda por parte dos pais, até porque, durante esse tempo, o próprio acesso dos pais ao interior da escola não é permitido com naturalidade e de bom grado. Dessa forma, os atos praticados pelos alunos, dos quais venha a resultar danos a outrem ou, até mesmo, a outros alunos, resultam na responsabilidade indenizatória da própria escola.

A jurisprudência não se afasta deste entendimento, conforme pode ser visto, verbis: *“(...) o aluno fica sob a guarda e vigilância do estabelecimento de ensino, público ou privado, com direito de ser resguardado em sua incolumidade física enquanto estiver nas dependências da escola, respondendo os responsáveis pela empresa privada ou o Poder Público, nos casos de escola pública, por qualquer lesão que o aluno venha a sofrer, seja qual for a sua natureza, ainda que causada por terceiro. Fora das dependências da escola, em horário incompatível, inexistente qualquer possibilidade de se manter essa obrigação de resguardo”*. (TJ de SP. Apelação Cível 41.419-5 – Fernandópolis. Terceira Câmara de Direito Público. Des. Rui Stoco. Julgado em 05.10.99).

Caracteriza-se a falha do serviço prestado pelo colégio, em decorrência de sua omissão em não valorar os efeitos danosos das corriqueiras “brincadeiras”, consistentes em agressões leves entre os alunos, e em não agir positivamente, no intuito de instruir seus funcionários em como proceder em tais situações. Ao não minorar o problema das “brincadeiras” entre alunos, a escola acaba por permitir, negligentemente, que o ato ilícito seja perpetrado em suas dependências, caracterizado não só pela agressão física, como também pela violação da honra, da intimidade, e de outros direitos inerentes à própria dignidade do aluno e dos próprios funcionários e professores que, da mesma forma, devem ter resguardadas suas prerrogativas. Não é desconhecido de qualquer pai ou mãe o verdadeiro instinto maldoso existente em um razoável número de crianças e adolescentes que, até naturalmente, exercem discriminação e pre-

conceito com pessoas menos dotadas de aptidões físicas para o esporte, ou aquinhoadas com grau de inteligência mediana, ou quando não se enquadram no padrão estético de beleza. O que não se dirá em relação a outras crianças e até mesmo adultos, inclusive professores e funcionários que, muitas vezes, ostentam situação econômico-financeira inferior à dos alunos de classe alta.

Ainda que desconsiderado, apenas para argumentar, o regramento da responsabilidade contratual objetiva, o Código de Defesa do Consumidor elenca entre os direitos básicos do consumidor (aluno) o direito à inversão do ônus da prova, segundo o artigo 6º, VIII, do CDC. Por conseguinte, cabe à escola, em eventual ação indenizatória, provar que, de fato, não contribuiu para o incidente lesivo.

Vale notar que a repressão a condutas impróprias no âmbito escolar, pela entidade de ensino, deve ser feita de forma adequada e proporcional, com apurado exame do caso concreto. Ao cominar suspensão a alunos agressores, simplesmente *se livrando do problema*, pode estar se desvirtuando de seu fim institucional e ignorando que a missão de uma instituição de ensino não se restringe aos limites da instrução intelectual, mas abrange, sobretudo, a transmissão dos valores de respeito e solidariedade aos estudantes para que, com a apreensão do exemplo solidificado no microcosmos escolar, atuem de maneira condigna em sociedade.

Abaixo, jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro sobre a responsabilidade da escola para com os seus alunos:

*“Responsabilidade Civil – Agressão a aluno por outro no horário da recreação escolar – ação de reparação de danos – procedência parcial – Apelação. Responde objetivamente o estabelecimento escolar, seja à luz do artigo 1521, IV, do Código Civil, seja à luz do Código de Defesa do Consumidor, artigo 14, pelo dano que o aluno causar a outro em se tratando de responsabilidade contratual, os juros incidem a contar da data da citação. Recurso provido em parte”. (Apelação Cível 1999.001.21287. Quinta Câmara Cível. Des. Carlos Ferrari. Julgado em 13.06.2000). (grifo nosso).*

*“Responsabilidade Civil. Estabelecimento de ensino. Pessoa jurídica de direito privado. Aluno ferido por outro, com estilete, dentro da sala de aula. Responde o educandário objetivamente, pelo dano causado, pela falha na prestação do serviço. Art. 14, da Lei n.º 8078/90 (CDC). A instituição de ensino tem dever de exercer permanente vigilância sobre seus alunos, principalmente quando se trate de adolescentes, menores de idade, vedado o ingresso no estabelecimento de qualquer instrumento que possa colocar em risco a integridade física das pessoas. Dano moral configurado. Apelação provida”.* (Apelação Cível. 2003.001.24377. Sétima Câmara Cível. Des. Carlos C. Lavigne de Lemos. Julgado em 04.05.2004).

No que diz respeito à responsabilidade de aluno que venha a praticar ato do qual resultem danos a outrem, por se tratar de responsabilidade subjetiva aquiliana, mostra-se premente a verificação, em paralelo, do inserido nos artigos 927 e 186, do Código Civil.

O primeiro disciplina que *“Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”*. Por sua vez, dispõe o artigo 186, do Código Civil: *“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”*. Por isso, para se demonstrar a responsabilidade civil subjetiva, é preciso a constatação do elemento subjetivo, qual seja, culpa ou dolo, não sendo bastante a configuração dos elementos objetivos.

Das agressões perpetradas no interior da escola podem resultar lesões de diversas ordens, de natureza material, moral e estética. Quanto à primeira, não há maiores dúvidas de que devem ser indenizados os danos emergentes e os lucros cessantes.

No entanto, a questão da responsabilidade civil subjetiva está longe de ser pacífica. Confira-se, *verbi gratia*, o julgado abaixo, que cuida de fato extremamente grave e que ganhou cunhos de matéria jornalística, por ter ocorrido no interior de uma grande Universidade da cidade do Rio de Janeiro, tendo uma aluna ficado tetraplégica. Nessa hipótese, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado

entendeu que se cuidava de responsabilidade civil objetiva. Confiaram-se as razões:

*Responsabilidade civil de Estabelecimento de Ensino. Disparo de arma de fogo. Acidente com aluno nas dependências de Faculdade. Descumprimento do dever de vigilância. Responsabilidade objetiva. Obrigação de indenizar.*

*Processual Civil. Ação de reparação de danos materiais, estéticos e morais. Aluna baleada em campus da Universidade. Dever de vigilância negligenciado. Responsabilidade objetiva quer em razão da prestação de serviços, daí sua responsabilidade sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, quer pela condição de delegatária do poder público - art. 37 par. 6º, da Constituição Federal....; IV - Ao receber o estudante em seu "campus", assume a universidade o grave compromisso de velar pela preservação de sua integridade física, devendo empregar todos os meios necessários ao integral desempenho desse encargo jurídico, sob pena de incidir em responsabilidade civil pelos eventos lesivos ocasionados ao aluno. Tal como em época anterior, em que a UESA suspendeu as aulas diante de ameaças de marginais, deveria fazê-lo naquela manhã. A manutenção da unidade em funcionamento, apesar de aviso recebido, caracterizou negligência, devendo responder pela indenização, mesmo porque a responsabilidade do estabelecimento de ensino é objetiva, quer por se tratar de uma prestadora de serviços, daí sua vinculação às normas do Código de Defesa do Consumidor, quer porque se trata de uma pessoa jurídica de direito privado no exercício de delegação do Poder Público, cuja responsabilidade é disciplinada pelo art. 37, par. 6º, da Constituição Federal; V - As disposições do art. 950, do Código Civil, se aplicam àquelas hipóteses em que da ofensa resulte defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua o valor do trabalho. ... VI - A pensão, na hipótese de sobrevivente, tem como termo final a morte. Do contrário sobrevivendo ao período fixado na sentença estaria ao desamparo; VII - Em que*

*pese se constituir em uma das maiores universidades brasileiras, a instabilidade econômica que marca o nosso País, as crises que já nos sacudiram no passado, cujo futuro não nos garante estabilidade permanente porque baseada em dinheiro emprestado, impõem a constituição de capital garantidor para o pagamento das prestações vincendas. Ademais, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça pacificou a questão através da Súmula n. 313: Em ação de indenização, procedente o pedido, é necessária a constituição de capital ou caução fidejussória para a garantia de pagamento da pensão, independentemente da situação financeira do demandado. VIII - Embora ventilado na inicial o parágrafo único do art. 950 do Código Civil, o pedido se entremostra contraditório, devendo ser interpretado em favor da Ré, eis que também se pretendeu que o pagamento se fizesse em forma de "pensões mensais, vencidas (...)" e "pensões vincendas, calculadas nos mesmos moldes das vencidas". O acolhimento do recurso para determinar, desde logo, o pagamento da indenização, importaria em violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa; IX - O Juiz fixou os juros a partir da citação e o fez corretamente, uma vez que estamos diante de culpa contratual. Quanto à correção, o valor condenatório já representa o valor atualizado à época da sentença, não havendo que se falar em correção a partir do evento danoso; X - Se do exame das circunstâncias, do laudo pericial e demais provas existentes nos autos emerge a necessidade de imóvel adaptado que vem ao encontro do bem-estar da vítima e progresso no seu tratamento médico, sendo importante a saída do estabelecimento hospitalar, há que se ratificar a tutela antecipada deferida no sentido de providenciar a Ré imóvel que, mediante adaptação, possibilite o tratamento da vítima na modalidade "home care", de forma vitalícia; XI - O valor da indenização por dano moral, sabe-se, deve atender aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, não podendo se afastar do aspecto pedagógico de que se reveste a condenação, devida a cumulação com o dano estético. (Apelação Cível 2004.001.23704, Des. Ademir Pimentel, 13ª Câmara Cível, 22.06.2005).*

Por outro lado, dano verificado em escola pública e que, por esse motivo, aplicável seria, em tese, o arcabouço da responsabilidade civil objetiva, resultou em julgado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, culminando pela fixação da responsabilidade civil subjetiva em hipótese em que a escola liberou aluna antes do horário normal, vindo ela a sofrer estupro já fora do ambiente escolar. Confira-se:

*Administrativo e direito público. Escola. Saída de aluno. Estupro de menor em regular horário escolar. Liberação. Responsabilidade civil subjetiva do Estado. Omissão. Dever de vigilância. Negligência. Caracterização. Artigos 186 e 927 do novo Código Civil. Dano moral.*

*I - Mesmo diante das novas disposições do Novo Código Civil, persiste o entendimento no sentido de que, "No campo da responsabilidade civil do Estado, se o prejuízo adveio de uma omissão do Estado, invoca-se a teoria da responsabilidade subjetiva" (REsp nº 549.812/CE, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 31/05/2004). II - "...o Poder Público, ao receber o menor estudante em qualquer dos estabelecimentos da rede oficial de ensino, assume o grave compromisso de velar pela preservação de sua integridade física..." (RE nº 109.615-2/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 02/08/96). III - A escola não pode se eximir dessa responsabilidade ao liberar os alunos, pelo simples fato de ter havido bilhete na agenda dos menores no sentido da inexistência de aulas nos dois últimos períodos de determinado dia. Liberada a recorrente naquele horário, que seria de aula regular, e dirigindo-se para casa, sem os responsáveis, culminou por ser molestada sexualmente em terreno vizinho à escola, que se sabia ser extremamente perigoso. Presentes os pressupostos da responsabilidade civil (conduta culposa, nexo causal e dano). IV - Violação aos artigos 186 e 927 do Código Civil caracterizada, bem como a responsabilidade subjetiva do Estado na hipótese, devendo os autos retornarem ao Tribunal a quo, por ser a Corte competente para, diante do exame do quadro fático-probatório, fixar a indenização respectiva. V*



- *Recurso provido.* (Resp. 819789/RS, Min. Francisco Falcão, 1ª Turma, j. 245.4.2006)

Professa Sergio Cavalieri Filho<sup>37</sup> que a responsabilidade objetiva do Estado, fundada no risco administrativo, já estava constitucionalizada desde 1946. A Constituição de 88 não somente manteve essa responsabilidade objetiva no seu art. 37, § 6º, nos mesmos moldes das Constituições anteriores, mas foi ainda além. Acolhendo reclamos de parte da doutrina, estendeu a responsabilidade objetiva do Estado às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. Essa extensão funda-se em uma questão de lógica incontestável. Se o Estado, quando presta serviços diretamente, responde objetivamente pelos danos causados a terceiros, por que o particular, ao prestar esses mesmos serviços, responderia subjetivamente? Não se podem socializar os riscos e privatizar os lucros; quem tem os bônus deve ter os ônus. Assim, as mesmas razões que justificam a responsabilidade objetiva do Estado justificam também idêntica responsabilidade para os prestadores de serviços públicos. De fato, sustenta que *a partir da Constituição de 1988, portanto, a empresa pública, a economia mista e os concessionários, permissionários e autorizatários de serviços públicos, tal como as pessoas jurídicas de direito público, estão sujeitos ao mesmo regime da Administração Pública no que respeita à responsabilidade civil. Deve, entretanto, ser ressaltada neste ponto a distinção estabelecida na própria Constituição entre empresas que executam atividade econômica e empresas prestadoras de serviços públicos. As primeiras - Petrobrás, Banco do Brasil etc. -, estão sujeitas ao regime jurídico das empresas privadas, só sendo permitido ao Estado explorá-las quando necessárias aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo (Constituição, art. 173 e § 1º). As segundas, empresas prestadoras de serviços públicos - Metrô, Rede Ferroviária Federal, Transportes Aéreos, Telefonia etc. -, estão sujeitas ao regime do direito público, incidindo então o art. 175 da Constituição. É que o serviço público, embora prestado por*

---

<sup>37</sup>CAVALIERI FILHO, Sergio. "Responsabilidade Civil Constitucional". Revista da EMERJ, v. 4, nº 15, p. 45.

*entidade privada, preserva a sua natureza estatal; a titularidade continua sendo da entidade pública - União, Estado ou Município - que recebeu da Constituição competência para explorá-lo (arts. 21, XI e XII; 25, § 2º; 30, V). Pode-se então concluir, à luz desses princípios, que apenas as empresas prestadoras de serviços públicos estão sujeitas à responsabilidade objetiva prevista no art.37, § 6º, da Constituição Federal. As demais - empresas que executam atividade econômica - respondem subjetivamente; podem responder objetivamente, não com base na Constituição, mas sim no Código do Consumidor (arts. 12 ou 14), se forem fornecedoras de produtos ou serviços e estiver em jogo relação de consumo.*

## **6. A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE CUMULAÇÃO DE DANOS MORAIS E DANOS ESTÉTICOS**

Na esteira da busca da indenização a mais completa possível, ou seja, de forma a neutralizar com efetividade máxima os efeitos nefastos e danosos do ilícito sofrido, é pacífica atualmente a plena possibilidade de cumulação de verbas correspondentes à indenização dos diversos danos verificados, quer sejam materiais (lucros cessantes e danos emergentes), quer sejam morais, inclusive suas diversas modalidades (ofensa à honra objetiva, à honra subjetiva, dano à imagem e dano estético).

Importante ressaltar que o entendimento jurisprudencial do Tribunal e Justiça fluminense é no sentido da possibilidade da cumulação de danos morais e danos estéticos, senão vejamos:

*"(...) O dano estético pode ser cumulado com o dano moral, conforme precedentes no STJ e neste Tribunal. Fixação do dano moral, observando o limite do razoável e a justa medida da compensação pela dor e sofrimentos, além da prevenção, esta de caráter pedagógico. Na condenação em danos materiais e morais, o arbitramento já contempla as conseqüências do evento danoso, inclusive a reparação de seqüelas em surgindo avanço na área da medicina. O depósito em caderneta de poupança da indenização de vida a título de dano moral a menor impúbere ainda é medida aceita pelo*

*padrão de procedimento judicial, embora possa não ser a perfeita. Os juros são simples e correm do evento (Súmula 54 do STJ) e não compostos, estes tem caráter de punição e só devem ser aplicados a criminosos reconhecidos em sentença judicial (Súmula 186 do STJ). Desprovimento de ambos os recursos". (Apelação Cível 2003.001.21834. Segunda Câmara Cível. Des. Sergio Cavalieri Filho. Julgado em 15.10.2003). (grifo nosso).*

*"Responsabilidade Civil Constitucional. Instituição de ensino CDPC, acidente com menor. Cuida-se de responsabilidade civil objetiva com fulcro no art. 37, § 6º, da CRFB/88, a qual impõe o dever de indenizar às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, considerando que a apelante desenvolve atividade de ensino. Vislumbra-se, ainda, a hipótese de acidente de consumo prevista no art 14 do CPDC, tendo em vista que o evento danoso ocorreu dentro das dependências da instituição apelante, no momento em que o primeiro apelado se encontrava sob sua guarda e responsabilidade. Demais, no presente caso, configura patente a conduta negligente da apelante ao deixar de adotar as providências necessárias para salvaguardar a integridade física e moral dos alunos que estão sob os seus cuidados durante o período escolar. Por outro lado, não merece reparo o decreto monocrático com relação ao arbitramento da indenização por danos morais e estéticos, considerando como parâmetros: a situação anterior (staus quo ante) o dano sofrido pelo menor consistente em duas cirurgias de emergência, bem como o afastamento compulsório de suas atividades habituais e a reestruturação da rotina familiar em torno do acidente, o poder financeiro e econômico das pessoas envolvidas, as circunstâncias do caso e a gravidade da falta cometida pelo lesante. Em tais circunstâncias, a sanção dos danos morais, decretada no valor de R\$ 15.000,00 e danos estéticos em R\$ 10.000,00, guarda ampla compatibilidade com os princípios clássicos da razoabilidade, equidade, Justiça e de vedação do enriquecimento sem causa. DESPROVIMENTO*

*DO RECURSO*". (Apelação Cível 2002.001.27620. Terceira Câmara Cível. Des. Roberto de Abreu e Silva. Julgado em 11.03.2003). (grifo nosso).

## 7. DANO À IMAGEM

No que se refere ao dano à imagem muito se fala, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, como uma sub-espécie do *dano moral*. Este é, sem dúvida alguma, um dos temas que mais despertou interesse dos juristas e aplicadores do direito hodierno. Felizmente, já vemos no dia-a-dia pessoas das mais variadas classes sociais bradando, defendendo em alto e bom som aquele seu patrimônio ideal de toda sorte de ameaças e lesões. Isso significa que o constituinte não fez outra coisa, senão garantir no texto de nossa Carta Magna aspirações há muito existentes no seio da sociedade.

Inúmeras discussões a respeito do dano moral povoam livros e processos no Brasil. Problemas como a valoração desse tipo de dano, os critérios para sua devida apreciação e os efeitos a serem almeja-dos pela condenação são apenas alguns dentre muitos que ainda não restam pacificados. Entretanto, o conceito e a abrangência desse tipo de violação já contam com um certo consenso no direito mundial e pátrio.

Entende-se como dano moral todo aquele que não venha a afetar o patrimônio material da vítima. Ou seja, abrange a dor física e psíquica, constrangimento, raiva, angústia, aflição, vergonha, sentimento de humilhação, etc. Enfim é tudo aquilo bastante o suficiente para causar uma repercussão negativa *no íntimo da vítima*.

Nossa Constituição, em dois incisos de seu art. 5º, trata expressamente desse tipo de dano, e vai além. Inova de forma bastante salutar ao estabelecer também a indenização por *dano à imagem*. Eis o texto constitucional:

*Art. 5º, V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.*

Partindo da máxima de que na exegese constitucional não se devem admitir termos desprovidos de significado efetivo ou redun-

dantes, chega-se à conclusão de que todas as normas da Lei Maior “têm que produzir algum efeito”. Assim, não há falar na inaplicação do inciso V do art. 5º da CF por qualquer que seja o motivo.

Conforme asseverado, o constituinte originário assegurou, no elenco dos direitos e garantias fundamentais, o direito das pessoas serem indenizadas por danos materiais, morais e à imagem. Surpreendentemente, não vemos em nosso cotidiano ações de reparação de danos pedindo essas três verbas distintas. Em nosso ordenamento jurídico há espaço, em sendo confirmadas as respectivas lesões, para a condenação conjunta ao dever de indenizar as três espécies de danos constitucionalmente admitidos.

O que seria então esse pouco falado *dano à imagem*? Sem nenhuma pretensão além de acalorar o debate da matéria, essa espécie de dano deve ser vista como as repercussões sociais do dano que fora tornado público e que, de forma reflexa, foram suportadas pela vítima. Destarte, podemos refletir como sendo o aspecto objetivo do dano que, de uma forma ou de outra, repercutiu para toda uma coletividade. A Constituição, ao prever a reparabilidade do dano à imagem, o faz logo após assegurar a liberdade de expressão (art. 5º, IV da CF), restando nítida a coerência do texto constitucional. Ao estabelecer que *é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato*, e logo em seguida assegurar, conforme já mencionado, *direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem*, a Constituição claramente fez referência à uma relação de causa e efeito. Ora, direito de resposta e indenização, no tocante ao inciso V, pressupõem uma pretérita manifestação de pensamento. Assim, podemos concluir que nossa Constituição Cidadã garantiu o direito a indenização por dano à imagem como sendo um consectário da livre manifestação de pensamento mal utilizada, ou seja, geradora de conseqüências nefastas para aquele que fora alvo de tal manifestação.

Interessante notar que essas repercussões atingem *indiretamente* a vítima, porém de forma não menos danosa. O bem jurídico a ser protegido pela reparação do dano à imagem é, como o próprio termo deixa claro, a imagem, a reputação, o conceito que as pessoas fazem ou faziam do lesado. Alguém que é caluniado ou difama-

do publicamente, com certeza terá o seu bom nome abalado diante dos seus pares, e sofrerá as conseqüências conexas da sua perda de respeito e/ou credibilidade. Isso se manifesta na forma como as pessoas mudam seu comportamento, se tornando mais arredias e desconfiadas para com a vítima.

Alcançar um alto grau de estima e consideração social é tarefa para toda uma vida, tendo a pessoa que manter-se firme aos mais rigorosos padrões da ética e da moral. Antagonicamente, para acabar com tudo isso basta um único deslize, uma única mentira. A boa reputação, o bom nome, o alto conceito que alguém goza diante da sociedade é como um belo vaso de cristal que, uma vez quebrado, por melhor que seja a restauração, sempre deixará marcas e desvalorização.

Mas será que *dano à imagem* e *dano moral* não são a mesma coisa? *Data venia*, é de se entender que não. O dano moral é uma lesão absolutamente subjetiva, atingindo apenas a vítima. É ela quem sofre diretamente no seu íntimo os respectivos efeitos. É ela quem perde o sono diante das dores, da angústia, do sofrimento. Tanto é verdade que a legitimação ativa para postular a devida reparação é única e exclusiva da vítima, não podendo qualquer outro pleitear tal direito. É necessário destacar que em caso de morte, os familiares podem entrar na justiça em nome próprio, defendendo a justa indenização pelos sofrimentos que efetivamente assolaram suas próprias vidas com a perda do ente querido. Eles não entram em nome do *de cuius* ou defendendo interesse daquele. Por sua vez, no dano à imagem, a vítima sentirá os efeitos da lesão pela mudança na forma de tratamento ou até mesmo no modo de pensar de outrem. É objetivo, é externo e não menos grave. Isso, para seres sociais como somos, é altamente relevante.

Para comprovar a pertinência da previsão constitucional em análise, podemos fazer um exercício mental e antever as conseqüências de duas ações muito semelhantes, porém com resultados claramente diferenciados: se alguém, em uma discussão privada qualquer, vem a agredir verbalmente outrem (em um quarto de hotel onde apenas estejam os dois interlocutores, por exemplo), é inegável que aquele que fora vítima das desvairadas palavras de seu

agressor sofre um abalo moral interno. Ele pode vir a ter raiva, é possível que passe mal subitamente, existe a possibilidade de um sofrimento intenso ao ver abaladas aquelas “instituições subjetivas” que o guarneciam. Isso é dano moral, o abalo surge de dentro para fora.

Bem diferente seria a situação em que as mesmas palavras fossem expressadas diante de uma multidão, no ambiente escolar, na convivência familiar, etc. Além do dano moral acima retratado há, sem dúvida alguma, a agravante de que aqueles que tomaram conhecimento da violência poderão mudar sua forma de “ver” a vítima. E, diante dessa efetivação da mudança, o lesado se tornará vítima por uma segunda vez, desta feita da mudança de tratamento com a qual terá que conviver. Poderia se argumentar pela suposta falta do nexo causal entre o abalo decorrente da mudança do conceito da vítima diante de terceiros e a conduta do ofensor. Entretanto, essa alteração só existiu em decorrência direta dos atos danosos praticados pelo lesante; a relação de causalidade é latente. Se o causador do dano o fez de forma pública, objetivando a potencialização de suas palavras, deve o mesmo ser responsabilizado pelos resultados gerados no contexto social.

Percebe-se com maior nitidez o dano à imagem diante das chamadas “pessoas públicas”. Um professor de boa índole, que tem sua honestidade questionada reservadamente por alguém, com certeza sofrerá como qualquer pessoa um dano íntimo (dano moral). Por outro lado, se ele vier a ser chamado da mesma forma diante de um meio de imprensa, além desse seu dano subjetivo, arcará também com a injusta reprovação social que o colocará na mesma vala dos desonestos (objetivo). Ele perderá credibilidade, confiança, respeito e, até mesmo, o próprio emprego (repercussão de natureza material). Essas conseqüências trazem para o ofendido danos sérios e muito relevantes, ainda que por via difusa. Dessa forma insta perceber a plausibilidade e coerência da previsão constitucional do dano à imagem.

Seguindo o mesmo caminho outrora já traçado pelo STJ que, através da Súmula de nº 227, já pacificou o entendimento no sentido de que a pessoa jurídica pode vir a sofrer danos morais, podemos, de igual modo, afirmar que não são apenas as pessoas físicas que

podem vir a ser indenizadas por danos à imagem. Quando, utilizando da liberdade de expressão constitucionalmente garantida, alguém extrapola os limites do razoável e passa a tecer considerações infundadas, exageradas ou pejorativas a determinada empresa, estará sim causando danos à imagem da mesma, surgindo assim o dever de indenizar. Basta que se recorde o exemplo paradigmático da Escola Base em São Paulo, cujos proprietários foram acusados de molestarem sexualmente seus alunos em rede nacional por jornal televisivo de enorme circulação.

Alias, com a devida vênia, teria sido mais salutar que a referida súmula tratasse do dano à imagem ao invés do dano moral. Isto porque é sabido que a pessoa jurídica não é possuidora de honra, não sente dores, nem humilhações. É apenas uma conjugação de capital e pessoas, destinadas a um determinado fim. É uma coisa destituída de pensamentos e vontades. Ela é sim, detentora de uma imagem perante seus consumidores e a própria sociedade. Quando se desdenha de uma escola, atinge-se a sua imagem e não os seus sentimentos, daí porque, ao nosso modo de ver, a teoria da chamada “honra objetiva” das pessoas jurídicas não é muito apropriada para o bem jurídico que se visa tutelar.

Urge, também, salientar a diferença entre o *dano à imagem* e o chamado *dano estético*, espécie de dano que já goza de entendimentos favoráveis junto ao STJ, quanto à diferenciação do dano moral e material propriamente ditos (RESP 84752/RJ, RESP 203142/RJ, RESP 103012/RJ). Em nada eles se confundem. Quando se fala em dano à imagem, não é à imagem corporal ou estética que se deseja referir. É sim, a um determinante genérico resultante de todas as experiências, impressões, posições, conceitos e sentimentos que as pessoas apresentam em relação a uma empresa, produto ou pessoa.

Também pode-se destacar a diferença existente entre o dano à imagem e o “uso indevido de imagem”. Este último se refere à imagem-retrato, com proteção constitucional distinta daquele que é a imagem-atributo. A proteção da imagem-retrato é prevista no art. 5º, inciso X, da CF: *são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*. Em havendo o uso indevido da imagem de alguém, o usurpador será respon-



sabilizado pelos danos que decorreram de sua conduta. Esses prejuízos sucumbirão em uma ou mais das três espécies de danos admitidos pela Constituição (material, moral e à imagem), dependendo a condenação de uma análise pormenorizada do caso concreto.

O STJ já definiu a imagem-retrato como sendo *“a projeção dos elementos visíveis que integram a personalidade humana, é a emanção da própria pessoa, é o eflúvio dos caracteres físicos que a individualizam”* (RESP 58101/SP). Nesse mesmo julgamento, também restou estabelecido que *“a sua reprodução, conseqüentemente, somente pode ser autorizada pela pessoa a que pertence, por se tratar de direito personalíssimo, sob pena de acarretar o dever de indenizar que, no caso, surge com a sua própria utilização indevida”*.

De igual modo, magistral é o ensinamento do douto desembargador e professor da Faculdade de Direito da USP, Walter Moraes, em sua obra *“Direito à própria imagem”* (RT 443/64), citado pelo responsabilista igualmente admirado Rui Stoco<sup>38</sup>: *No plano do direito da personalidade, a idéia de imagem é entendida extensamente, como sendo toda sorte de representação de uma pessoa. Inclui, então, assim, a figuração artística da pintura, da escultura, do desenho, etc., como a mecânica da fotografia. Compreende não apenas essas versões estáticas da pessoa efigiada, como também as formas dinâmicas obtidas pela cinematografia, pela televisão e pela representação cênica.*

Assim, o dano à imagem propriamente dito tem concepção bastante diferenciada. Ele se refere aos atentados cometidos contra a valoração de alguém por terceiros, no que pertine as suas características subjetivas e abstratas. Trata-se de como as pessoas enxergam um indivíduo no seu ser, e não com relação às suas características físicas.

## 8. CONCLUSÃO

O Estado Democrático de Direito, proclamado na Constituição Federal, sonhado e conquistado pela sociedade a duras penas, ainda não foi totalmente concretizado, e para vencermos esta bata-

---

<sup>38</sup> STOCO, Rui, *Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial*, p. 98.

lha, uma das principais armas é a educação que, como direito fundamental do ser humano, deve ser aprimorada e priorizada para atingir a todos e em melhor nível.

Um dos focos da educação é a instituição de ensino que deve ser aparelhada com estrutura e pessoal de boa qualidade, fiscalizada pela sociedade e respeitada pela grande importância que tem no contexto político e social do país, mas, como não poderia deixar de ser o foco principal é o aluno, que deve ser instigado, incentivado, trabalhado, protegido e dignificado.

No convívio escolar o aluno deve ser protegido para que não sofra qualquer dano, seja de ordem moral ou material, e esta proteção tem que ser a preocupação maior da própria instituição que o abriga.

Como já dito no início deste trabalho, e com fundamento na Constituição Federal, Código de Defesa do Consumidor e Código Civil, as escolas públicas e privadas, bem como internatos que abrigam seus alunos com fins educacionais e lucrativos, respondem independente de culpa pelos danos por eles sofridos enquanto estão ou deveriam estar sob suas guardas.

O dano a ser indenizado não se restringe ao dano material e estético, pois as instituições de ensino não são apenas responsáveis pela incolumidade física de seus alunos, mas, também, por danos morais e à imagem de cada um deles, que ali estão para se tornarem melhores, mais sábios, respeitados e dignificados, e qualquer lesão praticada no ambiente escolar deve ser evitada pela escola, sob pena de se responsabilizar por ela.

Verificado o dano, só a falta do nexo de causalidade entre este e o dever de cuidado e educação das instituições poderia afastar o dever de indenizar. Nesse sentido, vale salientar que a defesa da instituição de ensino não se mostrará eficaz em processo que busca reparação indenizatória se comprovar apenas que não teve culpa e não participou para o evento danoso. A eficácia de sua defesa se mostrará preponderante ao demonstrar e comprovar que não lhe era exigível conduta diversa da que teve. Tome-se como exemplo uma briga entre dois alunos no pátio da escola durante intervalo das aulas – seriam os danos dela decorrentes indenizáveis pela escola?

A resposta passa, necessariamente, pela constatação da presença ou não do nexu causal entre o comportamento da instituição educacional e o resultado danoso, ou seja, havia exigibilidade de que a escola tomasse cautelas e medidas de precaução, que poderiam ser eficazes em evitar que a lesão ocorresse? Não se poderia esquecer que o sistema da responsabilidade civil obriga a indenizar aquele que provocou o dano, sendo a responsabilidade por ato de terceiro, excepcional no quadro sistêmico da legislação brasileira. E, nessa hipótese, estar-se-ia buscando a reparação por terceiro (escola) que não foi quem provocou o dano (perpetrado por outro aluno).

De qualquer forma, como demonstrado pelos julgados colacionados, as decisões buscam invariavelmente solucionar as lides da forma mais justa possível, característica das decisões judiciais que, juntamente com o valor "segurança jurídica", molda o modelo de justiça democrática insculpida na Constituição Federal idealizada como forma capaz de possibilitar o convívio das pessoas em sociedade através do respeito mútuo e, principalmente, pela preservação do núcleo de dignidade de cada um, que deve ser reconhecido e respeitado pelo outro sem o instinto natural do mundo ocidental de submetê-lo ou destruí-lo, ao contrário, preservando a chance da aliança, do mútuo aprendizado e do diálogo.

Apenas agindo dessa forma, ética, comprometida com o outro e com o mundo, com o "cuidar", é que se pode imaginar a preservação da própria civilização. O cuidado constitui a categoria central do novo paradigma mundializado e globalizado, assumindo dupla função: de prevenção a danos futuros e de regeneração de danos passados, até porque os limites da Terra em sustentar a voracidade do crescimento mundial e o correspondente consumismo se encontram em rápida fase de esgotamento. Somos, todos, obrigados a desenvolver comportamento de ilimitada responsabilidade por tudo o que existe e vive, como condição de sobrevivência da humanidade e de seu habitat natural. Responsabilidade, assim, vem a ser a capacidade de dar respostas eficazes aos problemas que nos chegam da realidade complexa atual, e tal objetivo só será possível quando a sociedade se der conta da necessidade de deslocamento do eixo de competição, que usa a razão calculista, para o eixo da cooperação, que usa a razão cordial, deixando para trás a economia fundada na

acumulação de riqueza e abraçando a baseada na produção do suficiente e decente para todos.

Da mesma forma, a preocupação com a natureza se mostra insuperável e impostergável. Urge celebrar uma aliança de sinergia entre a utilização racional do que precisamos e a preservação do capital natural e, finalmente, quanto à atmosfera espiritual de nossas sociedades, importa passar da magnificação da violência, especialmente na mídia, para uma cultura da paz e do cultivo do bem comum.

Esse novo paradigma de convivência da responsabilidade demonstra e revela o caráter ético da pessoa. Ela se percebe co-responsável junto com as forças diretivas da natureza pelo futuro da vida e da humanidade, e apenas esse comportamento ético poderá conduzir à pacificação dos conflitos. Sob este signo da implantação da figura do magistrado, do Poder Judiciário e de todos quantos nele atuam como agentes transformadores, é que se revela a essencialidade do ser humano, como afirmado de forma absolutamente convincente por Leonardo Boff<sup>39</sup> quando diz que *nós ocidentais, somos herdeiros de um pensamento linear que trabalha constantemente com o princípio da identidade e de contradição, tardiamente enriquecido pela dialética. Nossa postura antropológica nos fez imperialistas e dominadores de todas as diferenças. Ou elas são incorporadas na mesmice ocidental ou subalternizadas e até destruídas. A sabedoria procura sempre incluir os opostos. Tal postura vem expressa pelo famoso tai-ki, o círculo dentro do qual se entrelaçam como que duas cabeças de peixe. É a presença das duas forças universais – ying e yang (céu e terra, luz e sombra, masculino e feminino) que entram na composição de todos os seres. Ying e Yang concretizam o shi, a energia primordial e misteriosa que sustenta tudo, chamada de Táo. Táo é mais que caminho, é a energia pela qual fazemos o caminho, e que possibilita qualquer realidade.*

E talvez esse seja o sentimento a animar todos quantos se tenham dado conta de que o Direito existe em função do homem, e o homem é muito mais do que matéria e patrimônio, é alma, espírito e

---

<sup>39</sup>Boff, Leonardo. "Sabedoria Chinesa". *Jornal do Brasil*, edição de 28 de maio de 2004, p. A-11.

coração, havendo assim de se iniciar (ou continuar) a séria intenção de buscar caminhos que possam conduzir à efetiva concretização dos Direitos Fundamentais da Pessoa Humana, no interior do sistema jurídico vigente, apenas observados com as lentes libertadoras da Democracia, sem compromisso com a preservação daquilo que, nesse sistema, se ponha como afronta ao reconhecimento de ser a pessoa o centro do universo, fonte e destino de todas as forças catalisadoras voltadas à sua plena realização individual, familiar, coletiva e social.

Ao romper, afrontar e ignorar tais padrões de conduta surgirá, então, de forma plena, a oportunidade para aplicação das normas relativas à responsabilidade civil como forma de reparação dos danos causados e, também, que sirva de estímulo a que tanto o agente quanto terceiros não venham a reproduzir o comportamento não legitimado pela sociedade, comportamento esse que vem positivado com força preceptiva no Código Civil quando, no artigo 421, estabelece que *a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato*, e no artigo 422, que prevê como padrão ético de conduta a boa-fé objetiva, ao afirmar que *os contratantes são obrigados a guardar, assim na condução o contrato como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé*.

Este, enfim, parece ser o norte a ser buscado, almejado e insistentemente concretizado não só nas relações sociais como, também, o fator legitimador das decisões judiciais na área da responsabilidade civil atinente ao ambiente educacional, qual seja, impor a obrigação indenizatória nos eventos e ocasiões em que uma pessoa (natural ou jurídica) demonstre padrão de conduta não condizente com aquele idealizado pelo legislador civil e constitucional de respeito, preocupação, cuidado e atenção ao outro.

Assim, não parece restar dúvida de que a Justiça se alcança através da tutela dos direitos constitucionalmente amparados e da legitimidade de suas decisões, e somente nessa perspectiva se pode admitir a definitividade e imodificabilidade das decisões jurisdicionais.

Os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito brasileiro, que se positivam no artigo 1º da Constituição Federal, incorporam a idéia de segurança que, ponderada e razoavelmente

imanta a dignidade, a soberania, a livre iniciativa e o trabalho, a cidadania, o acesso à educação e o pluralismo político. Os princípios de segurança jurídica entram no jogo de ponderação com os princípios de justiça, na busca do equilíbrio, em busca da *segurança justa ou da justiça segura*<sup>40</sup>, tornando-se ideal ético e jurídico, com os seus reflexos sobre a ponderação entre os princípios da legalidade e da distribuição de bens.

A legitimidade (ou legitimação) se alcança através da justificação, necessariamente ligada aos fundamentos dos direitos; na lição de Ricardo Lobo Torres<sup>41</sup>, *é um tema geral que se abre a diferentes respostas, inclusive positivistas* e, mencionando Luis Roberto Barroso<sup>42</sup>, para quem *parece derivar do estudo do fundamento para o da legitimação: "A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central"* afirma que a legitimidade do Estado moderno tem que ser vista sobretudo a partir do equilíbrio e harmonia entre valores e princípios jurídicos afirmados por consenso.

É ainda Ricardo Lobo Torres<sup>43</sup> quem informa que *a doutrina de Kelsen procurava superar as ideologias da legitimidade, identificando o Estado com o Direito, entendido como ordenamento coercitivo da conduta humana, sobre o qual a moral e a justiça nada têm a dizer, com o que restringia o princípio da legitimidade à questão da competência dos órgãos ou da validade da norma, sempre dependentes de uma norma superior do ordenamento.*

E prossegue mencionando Miguel Reale<sup>44</sup> para quem a questão da legitimidade está vinculada à própria validade ética, entendi-

---

<sup>40</sup> RECASENS SICHES, Luis. Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho. México: Fondo de Cultura Económica, 1967, p. 276, anota que *importante é certeza y seguridad en la justicia, forma integradora de ambos os valores.*

<sup>41</sup> TORRES, Ricardo Lobo. "A Legitimação dos Direitos Humanos e os Princípios da Ponderação e da Razoabilidade". In *Legitimação dos Direitos Humanos Org.* Ricardo Lobo Torres. São Paulo-Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 397/449.

<sup>42</sup> BARROSO, Luis Roberto. "Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro". Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, nº 54, 2001.

<sup>43</sup> TORRES, Ricardo Lobo. Ob. cit. p. 397/449.

<sup>44</sup> REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 105.

da esta como a *adequação do direito a valores e idéias aceitos pela comunidade* e, citando Habermas<sup>45</sup>, conclui que *a distinção entre legitimidade e legitimação, em síntese, está em que aquela se apóia no consenso sobre a adequação entre o ordenamento positivo e os valores, enquanto a legitimação consiste no próprio processo de justificação da Constituição e de seus princípios fundamentais.*

Conclui-se, assim, relevando a importância do julgamento, não apenas no aspecto de decisão de uma lide, mas principalmente como forma de solução definitiva de conflitos entre pessoas, legitimado não pela força, mas pela argumentação, não pela imposição, mas pelo convencimento legitimador, trazendo à colação o primado de Hannah Arendt<sup>46</sup>, para quem o julgamento é uma, se não a mais importante atividade em que ocorre esse compartilhar-o-mundo. ☐

---

<sup>45</sup> HABERMAS, Jürgen. *Para a Reconstrução do Materialismo Histórico*. São Paulo: Brasiliense, 1983, p. 223/224.

<sup>46</sup> ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e Julgamento*. Tradução Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p.31.

# Indenização Punitiva

André Gustavo Corrêa de Andrade  
*Juiz de Direito do TJ/RJ. Professor da EMERJ.*

## 1. O PAPEL DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA. REPARAÇÃO, PREVENÇÃO E PUNIÇÃO

É tradicional em nosso direito a idéia de que a função da responsabilidade civil se limita à reparação do dano. Em não sendo possível a reparação *in natura* do dano, busca-se ressarcir o prejuízo sofrido pela vítima ou compensar seu dano através de um equivalente ou sucedâneo pecuniário.

Na dicção do art. 944 do nosso Código Civil: "A indenização mede-se pela extensão do dano." A preocupação, portanto, é exclusivamente com a figura da vítima, cujo dano se busca apagar ou ao menos minorar. Não importa a reprovabilidade da conduta do ofensor, a intensidade da sua culpa, a sua fortuna, o proveito por ele obtido com o ilícito ou quaisquer outras circunstâncias que a ele digam respeito. Estabelecida a responsabilidade, o valor da indenização é medido somente pela extensão do dano ou prejuízo.

Por esse ângulo, a responsabilidade civil é axiologicamente neutra, pois não permite nenhuma graduação no que se refere ao desvalor da conduta ofensiva. A simples reparação do dano não considera a maior gravidade da conduta.

Esse é o papel tradicional, a visão clássica da responsabilidade civil no Direito brasileiro.

Essa forma de encarar a responsabilidade civil tem-se modificado nos últimos tempos, principalmente após a Constituição de 1988.

Nos domínios da responsabilidade civil já se enxerga, com nitidez, o que pode vir a ser considerado como uma *mudança de paradigma*, representada pela idéia de que, em certos casos, principalmente naqueles em que é atingido algum direito da personali-



de, a indenização deve desempenhar um papel mais amplo do que o até então concebido pela doutrina tradicional.

O “paradigma reparatório”, calcado na teoria de que a função da responsabilidade civil é, exclusivamente, a de reparar o dano, tem-se mostrado ineficaz em diversas situações conflituosas, nas quais ou a reparação do dano é impossível, ou não constitui resposta jurídica satisfatória, como se dá, por exemplo, quando o ofensor obtém benefício econômico com o ato ilícito praticado, mesmo depois de pagas as indenizações pertinentes, de natureza reparatória e/ou compensatória; ou quando o ofensor se mostra indiferente à sanção reparatória, vista, então, como um preço que ele se propõe a pagar para cometer o ilícito ou persistir na sua prática.

Essa “crise” do paradigma reparatório leva o operador do direito a buscar a superação do modelo tradicional. Superação que não se traduz, por óbvio, no abandono da idéia de reparação, mas no redimensionamento da responsabilidade civil, que, para atender aos modernos e complexos conflitos sociais, deve exercer várias funções.

Ao lado da tradicional função de reparação pecuniária do prejuízo, outras funções foram idealizadas para aquela disciplina. Avulta, atualmente, a noção de uma responsabilidade civil que desempenhe a função de *prevenção de danos*<sup>1</sup>, forte na idéia de que mais vale prevenir do que remediar. Conforme salienta Ramón Daniel PIZARRO: “Tanto do ponto de vista da vítima quanto do possível responsável, a prevenção do dano é sempre preferível à sua reparação. O tema assume especial relevo em matéria de danos causados como consequência de uma lesão a direitos personalíssimos, como a intimidade, a honra ou a imagem.”

---

<sup>1</sup> Observa Matilde Zavala de GONZALEZ (Resarcimiento de daños. Presupuestos y funciones del Derecho de daños, p. 417) que: “Em obras tradicionais sobre responsabilidade por danos estudavam-se os seus pressupostos, com algum descuido sobre as consequências práticas no atinente à prevenção do dano. Isso se explica em boa medida pela circunstância de que atualmente os riscos de danos se têm elevado a níveis antes não concebidos.” A preocupação da responsabilidade civil com a prevenção do dano é destacada por Geneviève Viney (VINEY, G.; JOURDAN, P. *Traité de Droit Civil. Les effets de la responsabilité*, p. 18), que reconhece que: “A priori, a idéia de reparação, que domina o direito da responsabilidade civil, orienta-o em relação ao passado. Cuida-se em princípio de fornecer um remédio para um dano já consumado.” Observa a autora, entretanto, que “para certos danos, como, por exemplo, os conflitos de vizinhança, a concorrência desleal, os atentados aos direitos reais ou aos direitos da personalidade, esta ótica se afigura insuficiente. Percebeu-se que, a par da reparação de manifestações passadas do dano, deve ser levado em consideração o futuro, a fim de impedir o prosseguimento ou a renovação dos danos constatados.”

Do mesmo modo, cresce a idéia, em países de tradição romanística, de uma função *punitiva* da responsabilidade civil.<sup>2</sup> A *indenização punitiva* surge como instrumento jurídico construído a partir do *princípio da dignidade humana*, com a finalidade de proteger essa dignidade em suas variadas representações. A idéia de conferir o caráter de pena à indenização do dano moral pode ser justificada pela necessidade de proteção da dignidade da pessoa e dos direitos da personalidade, pelo menos em situações especiais, nas quais não haja outro instrumento que atenda adequadamente a essa finalidade. Além disso, responderia a um imperativo ético que deve permear todo o ordenamento jurídico.

Todavia a noção de indenização punitiva, porque distanciada de nossa tradição jurídica mais recente, ainda encontra considerável resistência de uma parte da doutrina, que tem apresentado várias objeções, algumas de caráter científico, outras, no entanto, carregadas de apelo emocional e motivadas pelo temor da repercussão que o instituto pode provocar nas relações socioeconômicas.<sup>3</sup>

Pretende-se demonstrar que a idéia da indenização punitiva é coerente com os princípios que informam o nosso Direito e constitui um mecanismo consistente e apto à consecução dos fins para ele almejados.

Antes, porém, cabe uma breve nota acerca da doutrina dos *punitive damages* no Direito norte-americano, onde o instituto encontrou maior desenvolvimento.

## 2. A DOUTRINA DOS *PUNITIVE DAMAGES*

A idéia de imposição de uma pena privada como resposta jurídica ao ato ilícito remonta ao Direito Romano. A par de instrumentos tipicamente ressarcitórios, que tendiam ao restabelecimento da

---

<sup>2</sup> Ver, por todos, CARVAL, Suzanne. La Responsabilité Civile dans sa fonction de peine privée, *passim*; e STARCK, Boris. Essai d'une théorie générale de la Responsabilité Civile considéré en sa double fonction de garantie et de peine privée, *passim*; ver, também, PIZARRO, Ramón Daniel, que menciona a "face punitiva" da responsabilidade civil (Responsabilidad Civil de los Medios Masivos de Comunicación. Daños por noticias inexactas o agravantes, p. 187); e Encarna ROCA, que fala em uma "função sancionadora" (*op. cit.*, p. 24).

<sup>3</sup> O exame dessas objeções (pelo menos das mais frequentes ou relevantes) é feito em nossa obra *Dano moral e indenização punitiva – os punitive damages na perspectiva do common law e na experiência do Direito brasileiro*.

situação jurídica anterior à lesão, a vítima do dano dispunha das *actiones poenalis* privadas, através das quais buscava a punição do responsável com a imposição de sanções pecuniárias que chegavam até o quádruplo do prejuízo estimado. O foco, nesses casos, era voltado mais para o comportamento do agente do que para figura da vítima ou para o dano por esta sofrido.<sup>4</sup>

Nos países integrantes da denominada “família romano-germânica”, que, como o nome indica, tem sua origem na Europa Continental, acentuou-se a divisão dos instrumentos ressarcitórios e punitivos. Já nos países integrantes da chamada “família do *common law*”, integrada pelo Direito Inglês e, com algumas exceções, pelos Direitos dos demais países de língua inglesa, essa divisão foi sensivelmente relativizada.

É largamente difundido, no Direito norte-americano, o entendimento de que o *tort law*<sup>5</sup> tem por finalidade não apenas a reparação ou compensação do dano ocorrido, mas também a *prevenção de danos futuros*.<sup>6</sup> A idéia de que a responsabilidade civil atuaria como *fator de dissuasão (deterrence)* de certos ilícitos é recorrente na doutrina e na jurisprudência.<sup>7</sup> Margareth Brazier e John Murphy observam que: “A imposição de responsabilidade civil opera não simplesmente para transferir os prejuízos relevantes da vítima para o ofensor mas também para impedir a conduta ilícita em questão.”<sup>8</sup>

---

<sup>4</sup>Sobre a pena privada, seu funcionamento na tradição romanista e seu ingresso na tradição anglo-saxônica, ver o notável artigo de Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler intitulado “Usos e Abusos da Função Punitiva (*punitive damages* e o Direito brasileiro)”, in Revista CEJ, número 28, março/2005, p. 17-21.

<sup>5</sup>Ramo do Direito que cuida da responsabilidade civil. O vocábulo “*tort*” vem do latim *tortus*, part. p. de *torqueo*: torcido, entortado, torto; tortuoso, sinuoso (SARAIVA, F. R. dos Santos. Dicionário latino-português, p. 1211). Da raiz latina originaram-se, na língua inglesa, os vocábulos *torture*, *retort*, *distort*, *contortion*. Em francês, o vocábulo é empregado com o sentido de erro, falta de razão (*avoir tort*) ou prejuízo (*réparer un tort*). O Blacks Law dictionary, p. 1.496, define o *tort* como: “Um ilícito contra o qual o remédio usualmente vem sob a forma de indenização.” No original: “A civil wrong for which a remedy may be obtained, usu. in the form of damages.” O vocábulo *tort*, empregado no vocabulário comum do passado como sinônimo de *wrong*, é hoje utilizado quase que exclusivamente em sentido jurídico (ver KEETON, W. Page et alii: *Prosser and Keeton on Torts*. 2001, p. 2)

<sup>6</sup>Conforme Edward Kionka: “A responsabilidade civil tem três funções básicas ou objetivos: (1) compensar as vítimas pelos danos ou prejuízos resultantes da conduta alheia; (2) imputar o custo dessa compensação àqueles que, por justiça, devem com ele arcar; (3) prevenir futuras perdas e danos.” (KIONKA, E. J. *Op. cit.*, p. 5).

<sup>7</sup>Observam Dan B. Dobbs e Paul T. Hayden que: “A jurisprudência e a doutrina quase sempre reconhecem que outra finalidade do *tort law* é dissuadir certos tipos de conduta, responsabilizando-as quando causem dano.” (DOBBS, D. B.; HAYDEN, P. T. *Torts and compensation*, p. 6).

<sup>8</sup>BRAZIER, Margareth e MURPHY, John. *Street on torts*, p. 14.

Entram em cena, então, os *punitive* ou *exemplary damages* como instrumento utilizado pelas cortes de justiça para ensinar que “*tort does not pay*”<sup>9</sup>, dissuadindo o causador do dano e outras pessoas de praticar condutas lesivas.

Os *punitive damages* constituem uma soma de valor variável, estabelecida em separado dos *compensatory damages*,<sup>10</sup> quando o dano é decorrência de um comportamento lesivo marcado por grave negligência, malícia ou opressão. Se a conduta do agente, embora culposa, não é especialmente reprovável, a imposição dos *punitive damages* mostra-se imprópria. Por conseguinte, segundo Linda Schlueter e Keneth Redden, ficam de fora do âmbito dos *punitive damages*, as condutas lesivas decorrentes de ignorância (*ignorance*), culpa simples (*mere negligence*) ou engano (*mistake*).<sup>11</sup>

Vários são os vocábulos empregados nos diversos diplomas legais “*statutes*” e nos julgados “*precedents*” para identificar as condutas lesivas passíveis de imposição de *punitive damages*. Frequentemente são empregados os adjetivos “*willful*”, “*wanton*” ou “*reckless*”, que apresentam considerável ambigüidade, pois podem servir para fazer referência a um ato voluntário ou intencional, a uma conduta que demonstra indiferença para as possíveis consequências lesivas e, ainda, a um comportamento culposos que demonstrá grande falta de cuidado para com a segurança de outrem.<sup>12</sup> Frequente, também, é o emprego da expressão *gross negligence*, que pode ser traduzida como culpa grave. Outras expressões frequentemente utilizadas em leis estaduais e julgados americanos para caracterizar uma conduta passível de *punitive damages* são: “*oppression*”, “*fraud*” e “*malice*”.

Não estão os *punitive damages* restritos aos casos de dano moral (*non-economic damages*). O propósito geral dessa espécie de indenização é o de *punir* o ofensor, estabelecendo uma sanção

---

<sup>9</sup> Em uma tradução livre, “O ilícito não compensa”.

<sup>10</sup> Os *compensatory damages* correspondem à nossa tradicional indenização reparatória ou compensatória, pois visam a restabelecer a situação patrimonial que a vítima apresentava anteriormente ao dano. A medida dessa indenização é o dano comprovadamente sofrido pela vítima.

<sup>11</sup> SCHLUETER, L. e REDDEN, K. R. *Punitive damages*. V. 1, p. 20.

<sup>12</sup> KEETON, W. P. *et alii*. *Op. cit.*, p. 212.

que lhe sirva de exemplo para que não repita o ato lesivo, além de *dissuadir* comportamentos semelhantes por parte de terceiros.

Os *punitive damages* são, em maior ou menor extensão, admitidos em 45 dos 50 estados americanos. Em alguns estados vêm previstos em lei,<sup>13</sup> em outros têm sua origem no *common law*. Como regra geral, não acolhem os *punitive damages* os Estados de Massachusetts, Nebraska, Washington, New Hampshire e Louisiana.

Os valores das indenizações estabelecidas a título de *punitive damages* nos Estados Unidos da América têm sido objeto de acirrada controvérsia entre partidários e opositores da *tort reform*. Os primeiros sustentam que os montantes indenizatórios estão “fora de controle”, o que é atribuído, de um lado, a um excessivo poder discricionário entregue ao júri, e, de outro, à falta de preparo dos jurados para estabelecer esses valores. Convencidos do acerto desses argumentos, muitos estados americanos têm fixado limites aos *punitive damages*.<sup>14</sup>

O âmbito de aplicação dos *punitive damages* é variado, alcançando praticamente todas as áreas da responsabilidade civil, com destaque para os casos de responsabilidade civil de produtores e fornecedores por danos decorrentes de produtos defeituosos (*product liability*), ofensa à honra (*defamation*), erro médico (*malpractice*), danos em acidentes de trânsito (*Transportation injuries*). A indenização punitiva tem sido aplicada, também, em casos variados de ilícitos intencionais (*intentional torts*), em casos de responsabilidade

---

<sup>13</sup> É o caso da Califórnia, que estabelece em seu *Civil Code*, 3294. (a): “Em uma ação fundada no descumprimento de obrigação não derivada de contrato, quando estiver comprovado por provas claras e convincentes que o réu atuou com opressão, fraude ou má-fé, o autor, em adição à indenização reparatória, pode fazer jus a uma indenização que exerça a finalidade de exemplo e tenha o propósito de punir o réu.”

<sup>14</sup> O *Code of Alabama*, por exemplo, estabelece que os *punitive damages* não podem exceder certos limites. Em sua *Section 6-11-21* (a) prevê que: “[...] nenhuma indenização a título de *punitive damages* excederá três vezes os *compensatory damages* ou quinhentos mil dólares (US\$ 500,000), o que for maior.” No item (d) do mesmo dispositivo, esse limite é aumentado para um milhão e meio de dólares em caso de ações fundadas em danos corporais; No *Colorado Statute*, *Section 13-21-102* (1) (a) (3), os *exemplary damages* não podem exceder o valor dos *compensatory damages*, exceto se caracterizado que o agente, no curso da ação, persiste em seu comportamento lesivo ou agrava o dano, caso em que o montante pode chegar a três vezes o valor dos *compensatory damages*. Em New Jersey, o *Punitive Damages Act*, N.J.S.A. (2A:15-5.14), estabelece o limite de US\$ 350,000 para os *punitive damages* ou cinco vezes o montante dos *compensatory damages*. Esse limite não se aplica a casos que envolvam crimes de preconceito, discriminação, resultados de teste de AIDS, abuso sexual ou motoristas embriagados (2A:15-5.14). Outros estados trazem regras semelhantes, com variações em relação ao teto das indenizações e às situações em que o teto é aplicável.

de de profissionais em geral (*liability of the professional*), fraude (*fraud* ou *misrepresentation*), invasão de privacidade (*invasion of privacy*), assédio sexual (*sexual harassment*), dentre outros.

### 3. A DOUTRINA E A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRAS. A DUPLA FUNÇÃO DA INDENIZAÇÃO DO DANO MORAL. TESE MISTA OU FUNCIONAL

Prepondera na doutrina e na jurisprudência brasileiras o entendimento de que a indenização pelo dano moral não cumpriria apenas o papel de compensação pelo dano ou de satisfação concedida à vítima. A doutrina, em sua maioria, acentua a existência de uma *dupla função* da indenização do dano moral: do lado da vítima, atuaria como compensação pelo dano sofrido; voltados os olhos para o ofensor, funcionaria como uma pena pelo dano causado.

Nessa linha de entendimento, Caio Mário pondera que na indenização por dano moral estão conjugados dois motivos, ou duas concausas: "I) *punição* ao infrator pelo fato de haver ofendido um bem jurídico da vítima, posto que imaterial; II) pôr nas mãos do ofendido uma soma que não é o *pretium doloris*, porém o meio de lhe oferecer a oportunidade de conseguir uma *satisfação* de qualquer espécie, seja de ordem intelectual ou moral, seja mesmo de cunho material (Mazeaud e Mazeaud, ob. cit., nº 419; Alfredo Minozzi, *Danno non patrimoniale*, nº 66) o que pode ser obtido 'no fato' de saber que esta soma em dinheiro pode amenizar a amargura da ofensa e de qualquer maneira o desejo de vingança (Von Tuhr, "*Partie Générale du Code Fédéral des Obligations*", I, § 106, *apud* Sílvia Rodrigues, *in loc. Cit.*). A isso é de acrescentar que na reparação por dano moral insere-se a solidariedade social à vítima."<sup>15</sup>

Orlando Gomes reconhece que a indenização do dano moral exerce a função de *expição*, em relação ao culpado, e a função de *satisfação*, em relação à vítima.<sup>16</sup> O pagamento da soma em dinheiro, no magistério do autor, "é um modo de dar satisfação à vítima, que, recebendo-a, pode destiná-la, como diz

---

<sup>15</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*, p. 338.

<sup>16</sup> GOMES, Orlando. *Obrigações*, p. 330.

Von Thur, a procurar as satisfações ideais ou materiais que estime convenientes, acalmando o sentimento de vingança inato no homem”.<sup>17</sup>

Essa “dupla face” da indenização do dano moral é apontada por Sergio Cavalieri Filho, que enxerga, ao lado da finalidade satisfatória, uma função punitiva para essa indenização: “Com efeito, o ressarcimento do dano moral não tende à *restitutio in integrum* do dano causado, tendo mais uma genérica *função satisfatória*, com a qual se procura um bem que recompense, de certo modo, o sofrimento ou a humilhação sofrida. Substitui-se o conceito de equivalência, próprio do dano material, pelo de compensação, que se obtém atenuando, de maneira indireta, as conseqüências do sofrimento. Em suma, a composição do dano moral realiza-se através desse conceito – compensação –, que, além de diverso do ressarcimento, baseia-se naquilo que Ripert chamava “substituição do prazer, que desaparece, por um novo”. Por outro lado, não se pode ignorar a necessidade de se impor uma pena ao causador do dano moral, para não passar a infração e, assim, estimular novas agressões. A indenização funcionará também como uma espécie de *pena privada* em benefício da vítima”.<sup>18</sup>

Na lição de Carlos Alberto Bittar, partidário da atribuição de “valor de desestímulo” à indenização do dano moral: “Deve-se, em qualquer hipótese, ter presentes os princípios básicos da satisfação integral dos interesses lesados e da estipulação de valor que iniba novas investidas, como balizas maiores na determinação da reparação devida.”<sup>19</sup>

Antonio Jeová Santos pondera que a questão deve ser vista por dois ângulos diversos: “A reparação do *dano moral* é vista pela vítima como ressarcitória e sob o enfoque do autor do ilícito, como uma sanção. Por isso, o afastamento de qualquer dogma que aprisione em camisa-de-força critérios apriorísticos que parecem puros. Daí o caráter dúplice que deve revestir a reparação do *dano moral*.”<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 331.

<sup>18</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil, p. 96.

<sup>19</sup> BITTAR, Carlos Alberto. Reparação civil por danos morais, p. 225.

<sup>20</sup> SANTOS, Antonio Jeová. Dano moral indenizável, p. 164.

Cahali alude a uma função tríplice da indenização do dano moral, destacando, da função punitiva, a finalidade preventiva. Segundo o autor: "A indenizabilidade do dano moral desempenha uma função tríplice: reparar, punir, admoestar ou prevenir."<sup>21</sup>

Para Ronald Sharp Junior, duas forças convergem na idéia de reparação do dano moral: "uma de caráter punitivo ou aflitivo (castigo ao ofensor) e outra compensatória (compensação como contrapartida do mal sofrido)". Pelo ângulo compensatório, a indenização funcionaria como um lenitivo, pois "ninguém duvida, por exemplo, da enorme satisfação de pagar estudos ou tratamento médico a um filho com o produto da indenização por dano moral, quando antes isto não era economicamente possível à vítima". Concomitantemente, a indenização em dinheiro "deve servir para impor uma pena ao lesionador, de modo que a sua diminuição patrimonial opere como um castigo substitutivo do primitivo sentimento de vingança privada do ofendido". Conclui o autor: "Essa dupla finalidade compensatória e punitiva constitui o meio que o Estado tem de alcançar a restauração da ordem rompida com a prática da lesão moral."<sup>22</sup>

Do mesmo modo, Américo Luís Martins da Silva reconhece que a reparação do dano moral exerce nitidamente duas funções: "a) a função de expiação (em relação ao culpado ou quem causa a lesão); b) a função de satisfação (em relação à vítima ou ofendido)".<sup>23</sup>

Esse, também, o entendimento de Roberto de Abreu e Silva, para quem: "A reparação, embora nem sempre indenize, integralmente, os prejuízos morais ou extrapatrimoniais, espargue efeitos sancionatórios, compensatórios e pedagógicos, causando uma satisfação ao lesado, previne a reincidência do lesante e a prática de ato ilícito por outrem."<sup>24</sup>

Essa orientação tem sido sufragada pelo Superior Tribunal de Justiça, que tem chamado para si o controle da razoabilidade ou

---

<sup>21</sup> CAHALI, Yussef Saïd. *Dano moral*, p. 175.

<sup>22</sup> SHARP JR., Ronald A. *Dano moral*. 2001, p. 12.

<sup>23</sup> SILVA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e a sua reparação civil*, p. 62.

<sup>24</sup> SILVA, Roberto de Abreu e. *A falta contra a legalidade constitucional*, p. 75.



proporcionalidade do valor fixado a título de indenização do dano moral:

*Cabe ao Superior Tribunal de Justiça o controle do valor fixado a título de indenização por dano moral, que não pode ser ínfimo ou abusivo, diante das peculiaridades de cada caso, mas sim proporcional à dúplice função deste instituto: reparação do dano, buscando minimizar a dor da vítima, e punição do ofensor, para que não volte a reincidir.<sup>25</sup>*

*A indenização pelo protesto indevido de título cambiariforme deve representar punição a quem indevidamente promoveu o ato e eficácia ressarcitória à parte atingida.<sup>26</sup>*

Contudo, o reconhecimento pelo Superior Tribunal de Justiça da dupla função da indenização do dano moral não trouxe, como se poderia imaginar, um incremento considerável dos valores indenizatórios referentes ao dano moral. O que se verifica, na verdade, é uma reiterada limitação dos valores indenizatórios por aquela Corte de Justiça, que, embora acene com a possibilidade de elevação das quantias arbitradas quando estas se mostrarem ínfimas, raramente parece encontrar oportunidades de fazê-lo,<sup>27</sup> enquanto, ao contrário, com considerável frequência, exercita o poder de reduzir os montantes de indenização, por considerá-los abusivos, excessivos ou exorbitantes.<sup>28</sup>

<sup>25</sup> STJ, RESP 487749/RS, DJU de 12.5.2003, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon.

<sup>26</sup> STJ, RESP 389879/MC, DJU de 2.9.2002, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira.

<sup>27</sup> Tragam-se como exemplos de julgados em que o STJ elevou o valor da indenização por dano moral os seguintes arestos: RESP 839053/MC, DJU de 1º.9.2006, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon; RESP 703878/SP, DJU de 12.9.2005, 4ª Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini.

<sup>28</sup> Como se extrai do julgamento do RESP 549812/CE, DJU de 31.5.2004, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Neto. No aresto foi reconhecida a responsabilidade de autarquia federal (DNER) por acidente de trânsito ocorrido em rodovia mal conservada, com buracos que levaram ao esvaziamento dos pneus do veículo acidentado e o conseqüente descontrole de sua direção. Reduziu-se, no entanto, o valor da indenização por dano moral, reputado excessivo, de 448,5 salários mínimos para 300 salários mínimos. A relação de julgados do STJ que procederam à redução de indenização do dano moral é abundante. Citem-se, à guisa de exemplo dessa tendência, os seguintes arestos: RESP 837594/MC, DJU de 01.8.2006, 4ª Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini; RESP 687567/RS, DJU de 13.3.2006, 4ª Turma, Rel. Min. César Asfor Rocha; RESP 596438/AM, DJU de 24.5.2004, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro; RESP 555043/PA, DJU de 03.5.2004, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito; RESP 575166/PA, DJU de 05.4.2004, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves; RESP 480617/SP, DJU de 29.3.2004, 3ª Turma, Rel. Min. Ari Pargendler; RESP 577887/SP, DJU de 29.3.2004, 4ª Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha; RESP 473127/MT, DJU de 25.02.2004, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho.

Um dos casos de majoração pelo Superior Tribunal de Justiça do valor de indenização do dano moral envolveu lesões corporais gravíssimas produzidas por projétil de arma de fogo.<sup>29</sup> O autor da ação, rapaz de vinte dois anos, estudante universitário, acompanhado de dois amigos, após ter o seu veículo cercado por três automóveis, foi atingido por um tiro de pistola que, após perfurar vários órgãos, alojou-se em sua coluna, deixando-o paraplégico. O réu, conhecido como “banqueiro” de “jogo do bicho”, fora condenado em primeiro grau de jurisdição ao pagamento de indenização por dano moral no valor correspondente a 600 salários mínimos. Em sede de embargos infringentes, o valor foi majorado para 1.000 salários mínimos. Já em fase de recurso especial, a indenização foi elevada para 1.500 salários mínimos. Em seu voto, o Relator levou em consideração “a situação econômico-social das partes, a atividade ilícita exercida pelo réu 2º recorrente, de ganho fácil, o abalo físico, psíquico e social sofrido pelo autor, o elevado grau da agressão, a ausência de motivo e a natureza punitiva e inibidora que a indenização, no caso, deve ter”. Considerou, ainda, que “as lesões decorreram de conduta criminosa, de acentuado dolo, como se vivêssemos em um País sem leis e em estado de barbárie”.

Pode-se questionar se, no caso apontado, a indenização por fim estabelecida seria suficiente para atuar como punição ao réu, mas, de todo modo, fica clara a adoção, pelo Superior Tribunal de Justiça, de critérios punitivos na fixação da indenização do dano moral.

Em outro julgamento,<sup>30</sup> envolvendo lesão corporal decorrente de acidente de trânsito, majorou-se o valor da indenização de 200 para 400 salários mínimos. Na fixação do *quantum* indenizatório, levou-se em consideração “o grau de culpa e o porte econômico das partes”, além da necessidade de desestimular a repetição do ato ilícito.

A questão não é contraditória na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Assinale-se, contudo, a existência de decisão monocrática do Ministro Celso de Mello, referendando a tese do caráter punitivo ou inibitório da indenização do dano moral, *a latere* de sua função compensatória. Enfatiza o Ministro “a necessária cor-

---

<sup>29</sup>STJ, RESP 183508/SP, DJU de 5.2.2002, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira

<sup>30</sup>STJ, RESP 240441/MG, DJU de 25.4.2000, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira.

relação entre o caráter punitivo da obrigação de indenizar (*punitive damages*), de um lado, e a natureza compensatória referente ao dever de proceder à reparação patrimonial, de outro.<sup>31</sup>

#### 4. CRÍTICA À TESE MISTA OU FUNCIONAL

Criticável na tese mista funcional, tal como exposta geralmente pela doutrina, é a idéia de que a indenização do dano moral *sempre* desempenhe as funções compensatória e punitiva.

Nem todos os comportamentos causadores de dano moral são passíveis de punição. Somente aqueles particularmente reprováveis dão ensejo a sanção dessa natureza.<sup>32</sup>

É possível, por exemplo, que o dano moral tenha sido causado sem culpa do agente, que, todavia responderia por estar inserido em situação de responsabilidade objetiva. Em uma tal situação não há que cogitar do caráter punitivo da indenização, que deve desempenhar apenas função compensatória.

Do mesmo modo, no âmbito da responsabilidade subjetiva, não há razão para atribuir caráter punitivo à indenização nos casos em que o dano moral foi causado por *culpa simples* do ofensor.

Por outro lado, a generalização da função punitiva da indenização do dano moral acaba por anular ou, pelo menos, enfraquecer sensivelmente essa função que se busca imprimir à indenização. A invocação da função punitiva da indenização, ao fim e ao cabo, torna-se um simples jargão, vazio de conteúdo. De nada adianta o julgador mencionar, na fundamentação da sentença, que a indenização do dano moral deve atender às finalidades compensatória e punitiva (é freqüente, também a alusão às funções preventiva, pedagógica, exemplar e outras semelhantes), se na fixação do montante indenizatório não levou em consideração critérios punitivos.

---

<sup>31</sup> STF, AI 455R46, DJU de 21.10.2004. V. Informativo STF nº 364.

<sup>32</sup> Observe-se que não se está a ignorar que, teoricamente, mesmo a indenização de natureza reparatória já traz, de forma intrínseca, certa carga punitiva ou dissuasória, na medida em que impõe ao causador do dano um sacrifício pecuniário, embora equivalente, do ponto de vista econômico, ao interesse por ele lesado. Mas essa carga de punição, inerente a qualquer forma de sanção jurídica, é de pequena intensidade, justamente em razão da equivalência entre o dano e a indenização.

A indenização punitiva deve ficar reservada para aquelas situações nas quais o comportamento do lesante seja particularmente reprovável. Será com os olhos voltados para o ofensor – mais do que para a vítima e para o dano por esta sofrido – que o julgador irá definir se é ou não cabível a indenização punitiva.<sup>33</sup>

## 5. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA

Independentemente de qualquer previsão legal, a indenização punitiva do dano moral é aplicável em nosso ordenamento jurídico, porque retira seu fundamento diretamente de princípio constitucional. É no princípio da dignidade humana, estabelecido no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, que a indenização punitiva encontra sua base lógico-jurídica. A aplicação dessa forma especial de sanção constitui, também, consectário lógico do reconhecimento constitucional dos direitos da personalidade e do direito à indenização do dano moral, encartados no art. 5º, incisos V e X, da Constituição brasileira. Tais princípios constitucionais, como *mandados de otimização* que são, ou seja, “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível”,<sup>34</sup> ao mesmo tempo que consagram direitos de natureza fundamental, determinam ao operador jurídico que empregue todos os meios possíveis para a proteção desses direitos.

Para a proteção e promoção do princípio da dignidade humana e dos direitos da personalidade impõe-se o emprego não apenas do ferramental previsto pelas normas infraconstitucionais, mas de todos os meios hábeis ou necessários para alcançar esse desiderato.<sup>35</sup>

---

<sup>33</sup> Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler falam em um “*olhar sobre o agente como fundamento da técnica de punir*” (*op. cit.*, p. 17).

<sup>34</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 86.

<sup>35</sup> Nessa direção, o magistério de Antonio Siqueira: “No campo dos direitos da personalidade, constitucionalmente elevados à categoria de direitos e garantias individuais, a interpretação tradicional das normas de caráter infraconstitucional se mostra insuficiente para criar um sistema que, antes da função reparadora dos danos causados, institua meios que atuem de modo preventivo, de desestímulo a ataques à esfera jurídica de outrem.” (SIQUEIRA, Antonio Cesar Rocha Antunes de. “A reparabilidade dos danos não-patrimoniais: em busca de uma criteriológica” (trabalho inédito), p. 41). O autor alerta para a necessidade de “compatibilização de novas técnicas para, em uma correta interpretação da vontade do legislador constitucional, atingirmos novo estágio de aplicação das normas infraconstitucionais, propiciando meios adequados à efetiva proteção dos direitos inerentes à personalidade.” (*Ibidem*, p. 42).

A indenização punitiva surge, no sistema jurídico vigente, não apenas como reação legítima e eficaz contra a lesão e a ameaça de lesão a princípios constitucionais da mais alta linhagem, mas como medida necessária para a efetiva proteção desses princípios. Com efeito, não é possível, em certos casos, conferir efetiva proteção à dignidade humana e aos direitos da personalidade se não através da imposição de uma sanção que constitua fator de desestímulo ou dissuasão de condutas semelhantes do ofensor, ou de terceiros que pudessem se comportar de forma igualmente reprovável. Não é possível contar apenas com a lei penal e com penas públicas para prevenir a prática de atentados aos direitos da personalidade. A lei tipicamente penal não tem como prever, em tipos delituosos fechados, todos os fatos que podem gerar danos injustos, razão pela qual muitas ofensas à dignidade humana e a direitos da personalidade constituem indiferentes penais e, por conseguinte, escapam do alcance da justiça criminal. Além disso, por razões diversas, nem sempre a sanção propriamente penal, oriunda de uma sentença penal condenatória, se mostra suficiente como forma de prevenção de ilícitos. Nesse contexto, a indenização punitiva constitui instrumento indispensável para a prevenção de danos aos direitos personalíssimos.

## 6. PRESSUPOSTOS DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA

A aplicação da indenização punitiva tem como pressupostos a ocorrência de um dano moral e a culpa grave do ofensor. Pressuposto autônomo seria a existência de lucro ilícito do lesante.

**Dano moral** – Exigível a ocorrência de dano moral, entendido este como a ofensa a algum dos direitos da personalidade. A aplicação da indenização punitiva, independentemente de previsão legal, é possível quando configurada a lesão a algum dos atributos inerentes à pessoa humana ou a ofensa ao algum dos direitos correlatos da pessoa jurídica. A sanção, como se viu, extrai seu fundamento diretamente dos princípios constitucionais da dignidade humana e da proteção dos direitos ou atributos da personalidade.

No nosso ordenamento jurídico e nos da grande maioria dos países integrantes da família do *civil law*, a aplicação da indenização punitiva em relação ao dano *material* encontra obstáculos de

difícil superação. O primeiro é a falta de regra expressa a contemplar essa modalidade de sanção no âmbito do dano material. O segundo é a existência da tradicional regra de que a indenização se mede pela extensão do dano (aplicável exclusivamente ao dano material, uma vez que o dano moral que não tem como ser economicamente mensurado).

No que concerne ao dano moral essas questões jurídicas são superáveis com menos dificuldades. Como sustentado anteriormente, a falta de regra expressa que preveja a indenização punitiva não constitui óbice à aplicação dessa espécie de sanção, que encontra seu fundamento em princípios constitucionais garantidores de direitos situados no centro do ordenamento jurídico. A consagração constitucional do princípio da dignidade humana e dos direitos da personalidade não apenas legitima, mas impõe o emprego da indenização punitiva como resposta jurídica necessária contra o ataque a tais direitos.

**Culpa grave do ofensor** – Tradicionalmente, para a responsabilização civil, não importa o grau de culpa (*lato sensu*) do agente. Seja a conduta dolosa ou decorrente de culpa (grave, leve ou levíssima), o dever de indenizar subsiste em igual proporção,<sup>36</sup> pois, como já se viu, a indenização é medida pela extensão do dano, admitindo-se a redução daquela somente quando o juiz a considerar desproporcional em relação a este.

Para a aplicação da indenização punitiva, ao contrário, é fundamental estabelecer o grau de culpa (*lato sensu*) da conduta do

---

<sup>36</sup> Neste sentido, o ensino de Silvio RODRIGUES (Direito Civil, v. 4, p. 161): "A distinção entre dolo e culpa, bem como entre os graus de culpa, de um certo modo perde sua oportunidade. Isso porque, quer haja dolo, quer haja culpa grave, leve ou levíssima, o dever de reparar se manifesta com igual veemência, pois o legislador parece ter adotado a norma romana segundo a qual *in Lex Aquilia et levissima culpa venit*. Ou seja, dentro da responsabilidade aquiliana, ainda que seja levíssima a culpa do agente causador do dano, cumpre-lhe indenizar a vítima. (...) Ora, como a indenização deve ser o mais possível completa, posto que indenizar significa tomar indene a vítima, o agente causador do dano, em tese, tem a obrigação de repará-lo integralmente, quer tenha agido com dolo, quer com culpa levíssima." De igual teor o magistério de Sergio CAVALIERI FILHO (*op. cit.*, p. 58): "Diferentemente do Direito Penal, o Código Civil, de regra, equipara a culpa ao dolo para fins de reparação do dano, e não faz distinção entre os graus de culpa. Ainda que levíssima, a culpa obriga a indenizar – *in lege aquilea et levissima culpa venit* –, medindo-se a indenização não pela gravidade da culpa, mas pela extensão do dano." Com a inclusão da culpa levíssima como fundamento da responsabilidade civil não concorda Maria Celina Bodin de Moraes (*op. cit.*, p. 216), para quem: "(...) a diligência normal, ao se reconduzir ao *standard* médio, configura o modelo de conduta profissional esperado, não parecendo nem possível nem razoável manter-se uma exigência acima do *standard* no âmbito da concepção normativa da culpa."

agente.<sup>37</sup> Essa espécie de sanção deve, em linha de princípio, ser reservada apenas aos casos de dano moral decorrentes de *dolo* ou *culpa grave*, nos quais o comportamento do agente se afigura especialmente reprovável ou merecedor de censura. Com efeito, a indenização com caráter de pena deve ser aplicada quando patenteado que o ilícito foi praticado com *intenção lesiva* ou, ao menos, com *desprezo ou indiferença pelo direito alheio*. É nessas situações que a indenização punitiva encontra campo fértil para exercer a sua *função dissuasória*, que objetiva prevenir a prática de outros ilícitos contra direitos da personalidade. Tomando de empréstimo expressão empregada por Ihering, só nos casos em que a própria pessoa fosse “pisoteada juntamente com o seu direito” é que a indenização punitiva se justificaria, como forma de auto-afirmação da personalidade.<sup>38</sup>

Por dolo, entenda-se a conduta dirigida de forma consciente à produção de determinado resultado lesivo, que pode ser almejado pelo agente (dolo direto) ou simplesmente aceito por ele (dolo indireto ou eventual). A conduta intencionalmente dirigida à produção do dano é merecedora de reação jurídica mais áspera. Não depende, para a sua caracterização, de intenção maligna, de provocação do mal pelo mal, basta a consciência e a vontade dirigida à produção do resultado lesivo. O móbil do agente pode ser não o de prejudicar, mas o de obter um benefício para si.<sup>39</sup> Configura-se a conduta intencional ainda quando o agente lamente o resultado que, todavia, vem a alcançar com consciência e vontade.

A *culpa grave* é aquela “decorrente da imprudência ou negligência grosseira”,<sup>40</sup> em que o agente atua com “grosseira falta de

---

<sup>37</sup> A relevância da gravidade da culpa para a noção de indenização punitiva é assinalada por Matilde Zavala de GONZALEZ (*op. cit.*, p. 371): “(...) a gravidade da culpa (ou a mediação de dolo) de quem causa danos graves pode servir de base a uma indenização punitiva, que exceda a importância dos prejuízos causados.”

<sup>38</sup> IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo Direito*, p. 40, nota 5.

<sup>39</sup> Como observa Carlos Gustavo VALLESPINOS (“Acciones civiles por accidentes o enfermedades del trabajo”. *In: Responsabilidad por daños en el tercer milenio*. 1997, p. 585): “O ladrão rouba não porque queira causar dano à vítima, mas para enriquecer.” Na doutrina francesa, MAZEAUD e TUNC observam que: “O comerciante que realiza um ato de concorrência desleal não trata de prejudicar ‘gratuitamente’ a seus concorrentes: está claro que o que busca é enriquecer-se. Sua falta, não obstante, segue sendo intencional; porque o dano que causou foi desejado como meio, para ele, de realizar certo enriquecimento.” (MAZEAUD, H. L.; TUNC, A. *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, I, v. 2, item 413, p. 61).

<sup>40</sup> RODRIGUES, Silvio. *Op. cit.*, p. 160.

cautela".<sup>41</sup> A doutrina pátria comumente identifica a culpa grave com a culpa consciente, em que o agente prevê a possibilidade da ocorrência do resultado, acreditando sinceramente que este não ocorrerá. Todavia, essa identificação não se afigura correta. Pode haver culpa grave sem previsão da ocorrência do resultado. É bastante, para a sua caracterização, a inobservância do dever mínimo de cuidado que a todos incumbe.<sup>42</sup> O agente se conduz sem atenção para as cautelas mais comezinhas.

A maior gravidade da culpa pode decorrer da reiteração da conduta do agente ou da circunstância de constituir um padrão de conduta negligente. Assim, embora o ato lesivo, isoladamente considerado, pudesse ser configurador de culpa leve, deve ser tido como caracterizador de culpa grave, por estar inserido em um padrão de comportamento culposo do agente. É o caso de empresas que não se preocupam em aperfeiçoar seus produtos e serviços, a despeito da reiteração dos danos causados aos consumidores em decorrência de defeitos apresentados por esses produtos ou na prestação desses serviços.

Insuficiente para ensejar a aplicação da indenização punitiva é a *culpa leve*, caracterizada pela falta de observância da prudência ordinária, exigível do homem médio nas circunstâncias concretas em que o fato ocorreu.<sup>43</sup> Com mais razão, essa forma de sanção é incabível em caso de *culpa levíssima*, configurada pela falta de observância de um cuidado extraordinário, próprio de um homem prudentíssimo.<sup>44</sup>

A obtenção de lucro com o ato ilícito – Uma das finalidades da indenização punitiva é a de impedir o lesante de lucrar com o ilícito. Esse é o entendimento de Matilde Zavala de Gonzalez, para quem a “obtenção de benefícios econômicos como motivo do

---

<sup>41</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 57.

<sup>42</sup> É o entendimento de Maria Celina Bodin de Moraes, para quem a *culpa grave* “ocorre quando há violação da diligência mínima” (MORAES, M. C. B. de. *Danos à pessoa humana*, p. 216).

<sup>43</sup> Segundo Maria Celina Bodin de Moraes, a *culpa leve* consiste “na violação da diligência razoável, normal, comum, embora relativizada” (*ibidem*). Para Sergio Cavaliere Filho: “Haverá culpa leve se a falta puder ser evitada com atenção ordinária, com o cuidado próprio do homem comum, de um *bonus pater familias*.” (CAVALIERI FILHO, S. *Op. cit.*, p. 58).

<sup>44</sup> Ainda de acordo com o magistério de Maria Celina, a culpa levíssima se dá “com a inobservância da máxima diligência” (MORAES, M. C. B. de. *Op. cit.*, p. 216). Na lição de Cavaliere: “a culpa levíssima caracteriza-se pela falta de atenção extraordinária, pela ausência de habilidade especial ou conhecimento singular” (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 58).



ato ilícito” constitui o pressuposto primordial da indenização punitiva,<sup>45</sup> a sua verdadeira razão de ser: “Este requisito se discute, mas nos parece inexorável pois brinda a principal razão de ser da instituição: a indenização punitiva tende a eliminar ou desmantelar aqueles frutos da árvore envenenada.”<sup>46</sup>

Na verdade, a obtenção de lucro ilícito por parte do agente não deve ser tida como pressuposto indispensável da indenização punitiva. Com efeito, esta espécie de indenização é aplicável em outras situações, nas quais não se configura essa circunstância fática. Não há dúvida, no entanto, de que, uma vez presente um ganho ilegítimo como conseqüência do ato ilícito, a indenização punitiva é cabível independentemente da gravidade da culpa do agente.

Imagine-se que, em determinadas situações, o dano moral pode decorrer de culpa simples. A despeito da ausência de intenção lesiva ou da especial reprovabilidade da conduta lesiva, o agente, em conseqüência do ilícito praticado, vem a obter lucro. Não é razoável que o agente possa manter essa vantagem ilicitamente obtida à custa da lesão a bem integrante da esfera não patrimonial de outrem. Aqui, embora ausente o requisito da culpa grave, a indenização punitiva deve ser aplicada para restabelecer o imperativo ético que permeia a ordem jurídica. A existência de lucro ilícito constitui, assim, pressuposto da indenização punitiva independente da culpa grave.

Mesmo no tocante ao dano material, embora a regra seja a de que a indenização se mede pela extensão do dano, seria aplicável indenização de caráter punitivo com a finalidade de impedir o lucro ilícito do agente, pelo menos nos casos em que se entendesse incabível a *actio de in rem verso*. Vale aqui a máxima: “*Nemo ex delicto suo lucretur*.”<sup>47</sup> Com efeito, a ninguém é dado obter proveito com um ato ilícito. Trata-se de princípio geral não escrito que decor-

---

<sup>45</sup> Os demais pressupostos, segundo Zavala de Gonzalez, seriam a “causação de um dano” e a “grave antijuridicidade da conduta danosa” (*op. cit.*, p. 580).

<sup>46</sup> GONZALEZ, M. Z. de. *Idem*, p. 581. Ver, também, GONZALEZ, M. Z. de; ZAVALA, R. M. G. “Indemnización punitiva”. *It. Responsabilidad por daños en el tercer milenio*, p. 191.

<sup>47</sup> “Ninguém pode lucrar com o próprio delito.”

re do imperativo de justiça que informa todo o ordenamento jurídico, a partir da Constituição Federal, que em seu art. 3º, I, coloca a construção de uma sociedade livre, *justa* e solidária dentre os objetivos fundamentais da República. Assim, a existência de lucro ilícito constituiria pressuposto independente da indenização punitiva, a dispensar a própria ocorrência de dano moral.

## 7. AS FINALIDADES DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA

A indenização punitiva atende a dois propósitos bem definidos que a apartam da indenização de natureza compensatória: a punição (no sentido de retribuição) e a prevenção (por meio de dissuasão). Essas duas finalidades estão intensamente interligadas e constituem como que as duas faces de uma moeda: a punição tende a prevenir.

**Punição (retribuição)** – Como a própria denominação sugere, a indenização punitiva exerce o papel de punição de condutas graves. Partindo de um juízo de valor em relação ao comportamento do agente, é atribuída a este uma sanção pecuniária que atua como retribuição pelo dano injustamente causado à vítima. O que distingue a indenização punitiva da indenização compensatória é justamente a circunstância de que, na primeira, a fixação do montante leva em consideração a gravidade do comportamento do ofensor, enquanto, na segunda, o *quantum* é estabelecido com base na gravidade do dano sofrido pelo lesado.

Ao mudar o foco da figura da vítima para a do agressor, a indenização punitiva atende a um *imperativo ético*, porque possibilita a realização de um juízo valorativo diferenciado para comportamentos merecedores de diferente censura. Atribuindo importância à conduta do ofensor, e não apenas à consequência sofrida pela vítima, distingue um comportamento mais reprovável de um menos reprovável. Introduce, desse modo, um *critério de justiça* no âmbito da responsabilidade civil.

Imaginem-se dois acidentes de trânsito, o primeiro, causado por motorista que tem habilitação há anos, sem uma única infração, que dirigia em velocidade compatível com o local, mas, por inexplicável imperícia na mudança de marchas, perdeu o controle do automóvel em uma curva e colidiu com outro veículo. O motorista prontamente socorre a vítima, levando-a ao hospital, dando-lhe

toda a assistência necessária e demonstrando grande consternação com o ocorrido.

O segundo acidente é causado por motorista que, após ingerir bebida alcoólica em quantidade acima da permitida pelas leis de trânsito, dirigia seu automóvel em rua movimentada, em excesso de velocidade, apostando corrida com outro veículo, o que fez com que perdesse o controle e atingisse um terceiro automóvel. Após o acidente, o motorista tenta se evadir do local sem prestar auxílio à vítima, só não o conseguindo porque é alcançado pela polícia. Em nenhum momento o motorista causador do acidente demonstra arrependimento, e até manifesta indiferença pelo ocorrido.

Assumindo que as vítimas de ambos os acidentes hipotéticos sofreram lesões igualmente graves e abstraindo qualquer outra possível diferença relevante entre as situações, atentaria contra o senso comum condenar os dois motoristas ao pagamento de igual valor de indenização por dano moral. Repugnaria ao sentimento de justiça atribuir igual peso a condutas tão desiguais, porque tão diferentemente censuráveis. Fossem os fatos, ainda por hipótese, julgados na mesma época pelo mesmo juiz, provavelmente seriam fixados valores indenizatórios diferentes, em atenção à distinta reprovabilidade das condutas dos motoristas ou à diferente intensidade da culpa de cada um.

Para robustecer a idéia que se deseja transmitir, poderiam ser confrontadas situações ainda mais extremadas uma da outra, como a de um dano moral causado culposamente em comparação com a de um dano moral de igual gravidade, mas causado dolosamente. Retome-se o primeiro exemplo hipotético, de um acidente de trânsito no qual o condutor do veículo foi responsável por imperícia, acrescentando-se que a vítima, como resultado do evento, sofreu lesões graves. Compare-se agora essa situação com outra, na qual uma pessoa, treinada em artes marciais, dolosamente agride outra por trás e, mesmo depois de fazê-la perder os sentidos, continua a agredi-la a socos e pontapés, vindo a causar-lhe lesões tão graves quanto as ocorridas na hipótese anterior. É indubitoso que a conduta do segundo agente é mais grave que a do primeiro e, por isso, deve ele arcar com indenização por dano moral de valor consideravelmente

superior, a despeito de as vítimas, nas duas hipóteses, terem sofrido lesões equivalentes.

De feito, repugna ao senso comum que, diante de lesões causadas por comportamentos tão marcadamente diferenciados no que diz respeito à sua reprovabilidade a resposta jurídica tenha a mesma dimensão. Dificilmente um juiz, apreciando os dois casos, fixaria montantes indenizatórios iguais. E não se diga que a imposição de uma quantia mais elevada para a agressão dolosa seja motivada pelo maior sofrimento que uma agressão dessa natureza cause à vítima. Isso seria sofismar, inserindo um elemento *ad hoc*, qual seja, um *plus* de sofrimento da vítima em razão da natureza da ação do autor do dano, elemento que é, além de tudo, de difícil ou até impossível comprovação. O que impõe uma reação jurídica mais intensa ao segundo dano é a maior reprovabilidade da conduta do agente que o causou.

A imposição de sanções diferenciadas para casos de distinta reprovabilidade nada mais representa que uma particular aplicação do princípio constitucional da isonomia, que impõe não apenas tratar igualmente os iguais, mas também tratar desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. A imposição de indenizações idênticas para danos iguais, mas causados por condutas tão distanciadas em termos de reprovabilidade, constitui afronta ao princípio constitucional da igualdade e ao senso comum de justiça.

**Prevenção (dissuasão)** – A função preventiva (ou dissuasória) constitui, talvez, a principal e mais importante das finalidades da indenização punitiva. Essa modalidade de indenização desempenha importante papel em situações de natureza excepcional, nas quais a indenização compensatória não constituiria resposta jurídica socialmente eficaz. É o que ocorre quando determinada soma, embora considerada suficiente para atenuar o constrangimento decorrente do dano moral, é de insignificante expressão econômica para o ofensor, que, por essa razão, não se vê convencido de que não deve praticar atos lesivos iguais ou semelhantes; antes, vê-se estimulado a reiterar seu comportamento censurável. A indenização compensatória, nesse contexto, funcionaria como o medicamento que ataca os sintomas sem combater a própria doença, trazendo uma falsa sensação de cura, pois a doença persiste e volta cada vez

mais forte, acabando por se tornar imune ao ataque. A relativa debilidade econômica da sanção imposta concretamente reduz a imperatividade do ordenamento jurídico, eliminando a coercibilidade característica das normas jurídicas.

A indenização punitiva busca, através do incremento da sanção pecuniária, a eliminação de comportamentos que não se intimidam com a indenização compensatória. Objetiva, desse modo, restabelecer a imperatividade do ordenamento jurídico, cujas regras devem ser obedecidas, se não pela consciência moral da importância do cumprimento do dever, ao menos pelo temor da imposição de sanções efetivamente desconfortáveis em caso de descumprimento. Impede, assim, que a reparação se torne um *preço*, conhecido previamente, que o agente esteja disposto a pagar para poder violar o direito alheio. Afinal, como observa José de Oliveira Ascensão:<sup>48</sup> "A ordem jurídica não se cifra num catálogo de condutas que se apresentam à disposição dos destinatários, de tal modo que estes, pesando as suas consequências (confrontando a dor de ser punidos se roubarem com a dor de se privarem das coisas alheias, por exemplo), escolham indiferentemente o que mais vantajoso se lhes apresente. Implica antes uma pretensão de aplicação incondicional."

O emprego de uma sanção pecuniária como forma de desestimular a prática ou a reiteração de comportamentos ilícitos, anti-sociais, lesivos aos direitos da personalidade, atende a um anseio geral de proteção da dignidade humana em uma época em que o indivíduo se vê imprensado, comprimido por interesses econômicos, sempre colocados em primeiro plano. Como observa Carlos Alberto Bittar, em lição cada vez mais atual: "(...) em momento em que crises de valores e de perspectivas assolam a humanidade, fazendo recrudescer as diferentes formas de violência, esse posicionamento constitui sólida barreira jurídica a atitudes ou a condutas incondizentes com os padrões éticos médios da sociedade. De fato, a exacerbação da sanção pecuniária é fórmula que atende às graves consequências que de atentados à moralidade individual

---

<sup>48</sup>ASCENSÃO, José de Oliveira. O Direito. Introdução e teoria geral, p. 56.

ou social podem advir. Mister se faz que imperem o respeito humano e a consideração social, como elementos necessários para a vida em comunidade.”

Os opositores da indenização punitiva poderiam argumentar que não importa, juridicamente, que a indenização reparatória/compensatória não seja hábil para exercer suficiente atividade dissuasória de condutas danosas, desde que ela desempenhe o seu papel de transferir, da vítima para o agressor, os prejuízos decorrentes da conduta deste. A tal ponderação Alejandro Atilio Taraborrelli e Eduardo Omar Magri respondem, com propriedade, que a responsabilidade civil é um sistema de caráter complexo de onde confluem várias finalidades sociais que não se esgotam na mera função compensatória. Além disso, a lesão a qualquer bem da vida empobrece a sociedade em seu conjunto, sem que isso seja necessariamente evitado pela translação dos custos entre os integrantes da sociedade. Acrescentam os autores que, embora comumente a só obrigação de indenizar constitua, de um lado, situação suficientemente desagradável e traumática para garantir que o causador do dano não voltará a incorrer na mesma falta e, de outro, sirva de exemplo para a comunidade, essa relação compensação-dissuasão é meramente contingente.<sup>49</sup>

**Eliminação do lucro ilícito** – Um papel eventual, mas de grande relevo, que a indenização punitiva desempenharia é o de impedir o lucro ilícito do ofensor. A indenização compensatória, conquanto tenha aptidão para consolar ou compensar a vítima, não se preocupa em eliminar a possível vantagem obtida pelo ofensor com a prática do ato ilícito, o que transforma alguns atos lesivos em um “bom negócio” do ponto de vista econômico.

Muitos jornais e periódicos trazem, como principal atrativo, a publicação de notícias sobre a vida privada de celebridades, muitas vezes recorrendo a fontes não confiáveis ou, simplesmente, criando ou reproduzindo notícias falsas, algumas delas escandalosas. Dessa

---

<sup>49</sup> TARABORRELLI, A. A.; MAGRI, E. O. *“Acerca de los Punitive Damages. Análisis Económico del Instituto”*. Disponível em: <[http://www.biglieri.org/publicaciones/castellana/catedra/acerca\\_de\\_los\\_punitive\\_damages.htm](http://www.biglieri.org/publicaciones/castellana/catedra/acerca_de_los_punitive_damages.htm)> Acesso em 28 maio 2003.

forma, obtêm seus lucros às custas da honra alheia e da invasão da privacidade.

Alguns programas de televisão aumentam seus índices de audiência com a abusiva, incômoda e, por vezes, vexatória exposição do nome e da imagem alheios.

Na grande maioria desses casos de uso indevido de imagem o ofensor obtém considerável lucro, mesmo depois de imposta a indenização do dano moral e de reparado o dano material (este, usualmente, na forma de lucros cessantes, representados por uma estimativa quase sempre imprecisa do valor de mercado da imagem abusivamente utilizada).

Nestes casos, a clássica noção de reparação civil, pela qual a reparação é medida pela extensão do dano sofrido, propiciaria ao ofensor lucrar com sua atividade ilícita, em franca violação ao princípio de que a ninguém é dado beneficiar-se da própria torpeza. Já a indenização punitiva, ao impedir o lucro do ofensor com a lesão, recupera, para a responsabilidade civil, a noção de eticidade.

Pizarro, apontando as finalidades assinaladas pela doutrina e pela jurisprudência para a indenização punitiva, coloca em relevo o papel que essa sanção tem de obstar o lucro ilícito: "Em nossa opinião, os denominados danos punitivos podem constituir um instrumento útil, embora aperfeiçoável, para dismantelar os efeitos de certos ilícitos. Estamos convencidos de que as vias ressarcitórias nem sempre são adequadas para tal fim, principalmente naquelas hipóteses nas quais o ofensor obtém um benefício buscado através da prática do ilícito, ainda depois de pagas as indenizações pertinentes."<sup>50</sup>

Zavala de Gonzalez, indo ainda mais longe, aponta a eliminação dos benefícios injustamente obtidos com a atividade danosa como o objetivo nuclear a partir do qual devem projetar-se a valoração e os efeitos jurídicos da indenização punitiva, que, segun-

---

<sup>50</sup> PIZARRO, R. D. *Op. cit.*, p. 383. Acrescenta o autor que não apenas em caso de lucro ilícito do ofensor tem cabimento a indenização punitiva: "Também se justifica a procedência de punições pecuniárias civis ante certas condutas graves, pelo menosprezo do ofensor quanto ao resultado e pelas consequências que gera seu agir, ainda quando no caso concreto possa não ter mediado benefício econômico derivado do ilícito."

do a autora, mais do que punitiva é uma “indenização eliminatória de lucros ilícitos”.<sup>51</sup>

Refletindo sobre hipóteses nas quais da ofensa a direito imaterial surge para o ofensor proveito econômico, Antonio Cesar Rocha Antunes de Siqueira defende o emprego de indenização com caráter punitivo, para impedir o que constituiria “um inegável enriquecimento ilícito, de todo reprovado pelo direito”.<sup>52</sup>

**Preservação da liberdade contratual** – Para alcançar um ganho, algumas empresas não hesitam em desconsiderar contratos, certas de que a sanção reparatória que eventualmente lhes será imposta configura um preço mais do que satisfatório pela possibilidade de obter unilateralmente um bem que deveria depender do consentimento de outrem. Desrespeitam a liberdade contratual, violando a liberdade de não contratar e de negociar as bases do contrato, e transformam a responsabilidade civil em uma ilegítima forma de expropriação privada de um bem pelo preço de mercado deste, com a vantagem, para o ofensor, de que esse preço será pago de forma diferida, ao final de um longo processo judicial. O emprego da indenização punitiva, aqui também, retira o atrativo econômico que a violação da esfera jurídica alheia apresentava. Esta finalidade da indenização punitiva não escapou a Júlio Manuel Vieira Gomes: “Modernamente, acentua-se, ainda, a tendência de justificar os *punitive damages* pelo perigo que, de outro modo, a responsabilidade civil acarreta de tornar indiferente ou neutra a escolha entre obter um consentimento (através de um contrato) do titular de um bem para a sua utilização ou, ao invés, realizar uma apropriação deliberada desse bem, na consciência de que, posteriormente, apenas se terá de pagar a título de indenização o valor de mercado do referido bem. Reaparece, nesta sede, o problema, por várias vezes já mencionado, de a responsabilidade civil se converter, freqüentemente, numa espécie de expropriação, em benefício privado, realizada pelo preço de mercado.”<sup>53</sup>

---

<sup>51</sup> GONZALEZ, M. Z. de. *Op. cit.*, p. 579.

<sup>52</sup> SIQUEIRA, Antonio Cesar Rocha Antunes de. *Op. cit.* p. 61.

<sup>53</sup> GOMES, J. M. V. O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa, p. 742.



A invasão da esfera jurídica alheia exclui do titular do bem usurpado a possibilidade de decidir se pretende ou não aliená-lo e lhe retira a condição de determinar quando, como e para quem o seu bem seria cedido. A responsabilidade civil, nesta perspectiva, constituiria como que um atalho, que evita o caminho contratual, configurando uma espécie de “curto-circuito do contrato”.<sup>54</sup>

Júlio Manuel Vieira Gomes, citando Paolo Gallo, alerta para “o perigo de converter o contrato e a responsabilidade civil em duas realidades perfeitamente fungíveis”, o que ocorreria se o montante fixado a título de indenização do dano tivesse de corresponder perfeitamente ao que, presumivelmente, seria necessário desembolsar para obter o prévio consenso contratual.<sup>55</sup>

Antonio Cesar Rocha Antunes de Siqueira também identificou o problema, observando que, “se uma pessoa pouco escrupulosa pode invadir a esfera de proteção jurídica de alguém de forma injusta, ilicitamente utilizando os direitos daquele em proveito próprio, tendo apenas como resultado a obrigação de pagamento de importância correspondente a um normal negócio jurídico, não mais seria necessária a autorização do titular do direito, pois as conseqüências fática e econômica seriam as mesmas”.<sup>56</sup>

A indenização punitiva, nesse contexto, aparece como forma de garantir mais eficazmente a autonomia negocial,<sup>57</sup> desestimulando a interferência indevida na esfera jurídica alheia.

**Manutenção do equilíbrio das relações de consumo –**  
Nas relações de consumo, onde são freqüentes as condutas ilícitas

---

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 755.

<sup>55</sup> *Ibidem*, nota 1.189. O autor reproduz o seguinte exemplo de Paolo Gallo: “(...) quem deseja comer uma maçã tem a opção entre comprá-la, pagando o preço contratualmente acordado, ou colhê-la no seu ramo e comê-la, devendo, apenas, depois, entregar ao seu proprietário uma soma igual ao preço de mercado da maçã, a título de ressarcimento do dano.” Pondera que, deste modo, se desemboca “numa consagração, de facto, do direito à expropriação privada pelo preço de mercado, e numa solução que torna quase indiferente a escolha entre a via contratual e a delitual. E não é por acaso, como GALLO observa, que a afirmação de que a responsabilidade civil tem uma função exclusivamente ressarcitória conduziu a ‘uma notável aproximação entre o contrato e a responsabilidade civil’, e à sobreposição dos respectivos princípios” (*ibidem*).

<sup>56</sup> SIQUEIRA, Antonio Cesar Rocha Antunes de. *Op.cit.*, p. 42.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 758.

movidas pelo intuito de lucro, a indenização punitiva pode revelar-se instrumento de grande eficácia.

Alguns fornecedores, para elevar sua margem de lucros, deixam de investir em mecanismos de prevenção e controle de qualidade mais rigorosos sobre os serviços prestados, enquanto outros colocam no mercado produtos de qualidade inferior ou que não atendem a determinados padrões de segurança, preferindo arcar com a reparação de danos causados aos consumidores, na certeza de que os valores indenizatórios serão muito inferiores ao investimento que teriam de realizar para o aperfeiçoamento de seus produtos e serviços. Nesse cálculo, levam em conta a circunstância de que muitas vítimas de danos decorrentes de fato do produto ou do serviço deixam de ir à juízo, por razões variadas, que vão da dificuldade em identificar o responsável pelo dano à falta de disposição para enfrentar um processo judicial, com seus gastos, retardamentos e todas as suas vicissitudes. Além disso, os grandes fornecedores, por serem litigantes habituais, normalmente contam com um corpo de advogados preparados e especializados, o que também contribui para a redução dos valores indenizatórios. As pessoas físicas e as empresas orientam-se, então, por uma “racionalidade estritamente econômica”,<sup>58</sup> pautando-se pelo resultado de uma relação custo/benefício do seu comportamento em detrimento da lei e do direito alheio. Não é difícil perceber por que a sanção meramente compensatória não se mostra suficiente para compelir os fornecedores a melhorar a qualidade de seus produtos ou aprimorar os seus serviços.

Conforme observa Ramón Daniel Pizarro,<sup>59</sup> produtores e fornecedores, com frequência, por descumprimento de seus deveres legais e de suas obrigações contratuais, causam danos aos consumidores, sem preocupação com as conseqüências de seus atos, porque os danos causados são de pequena expressão econômica em relação ao conjunto de negócios realizados e porque o número de consumidores que efetivamente irão a juízo postular uma reparação quase sempre será menor do que o daqueles que, por razões diversas, não o farão.

---

<sup>58</sup> GOMES, J. M. V. *Op. cit.*, p. 739.

<sup>59</sup> PIZARRO, R. D. *Daño moral*, p. 383.

A indenização punitiva rompe com essa perversa equação, atuando como forma de impedir o lesante de se beneficiar ou lucrar com o dano causado ou de encontrar, na sanção meramente compensatória, um preço conveniente, que ele está disposto a pagar para praticar a conduta potencialmente lesiva ou não tomar as medidas necessárias para impedir o dano.

A sanção pecuniária aparece, portanto, como fator de reequilíbrio do mercado, por entregar aos consumidores, que constituem a parte sempre mais vulnerável na relação de consumo, instrumento que lhes estimularia a agir contra atos lesivos de seus direitos. De outra parte, a indenização punitiva compeliaria produtores e fornecedores a colocar no mercado produtos mais seguros e adequados ao consumo, assim como a prestar serviços mais eficientes.

Aludindo à conduta freqüente de bancos que incluem indevidamente o nome de correntistas e terceiros em cadastros de devedores inadimplentes, Araken de Assis destaca a importância da indenização com caráter de punição, para prevenir o cometimento de novos ilícitos: "A prudência consistirá em punir moderadamente o ofensor, para que o ilícito não se torne, a este título, causa de ruína completa. Mas, em nenhuma hipótese, deverá se mostrar complacente com o ofensor contumaz, que amiúde reitera ilícitos análogos (...). É o caso das empresas de banco que, com indiferença cruel, consignam informações negativas sobre seus clientes e devedores em cadastros que vedam ou tolhem o acesso ao crédito e, posteriormente, se desculpam com pretexto de erro operacional. Nessas hipóteses, a indenização deverá compensar a vítima pelo vexame e punir, exemplarmente, o autor do ato ilícito, com o fito de impedir sua reiteração em outras situações".<sup>60</sup>

A indenização punitiva atua como instrumento que busca o equilíbrio das relações de consumo, reduzindo a vulnerabilidade do consumidor e a situação de superioridade dos fornecedores.

Vislumbrando o retorno da punibilidade no campo da responsabilidade civil através da teoria da indenização punitiva, Lorenzetti destaca a função, desempenhada pelo instituto, de prejudicar a equa-

---

<sup>60</sup> ASSIS, Araken de. "Indenização do dano moral". *In: Revista Jurídica*, nº 236, jun. 1997, p. 5.

ção que estimula a prática do comportamento potencialmente lesivo: “O que nos interessa pôr em relevo é que essa teoria aponta, basicamente, em destruir a razão econômica, que permitiu que o dano se ocasionasse. Era mais rentável deixar que o prejuízo se realizasse que preveni-lo; o dano punitivo arruína esse negócio e permite a prevenção.”<sup>61</sup>

**Defesa de contratantes que se encontram em posição de inferioridade** – A indenização punitiva pode atuar, também, como importante instrumento de proteção de certas categorias de contratantes que se encontram em posição de inferioridade. A relevância do instituto para a proteção dos consumidores de produtos e serviços foi examinada no item anterior. Outra categoria de contratantes que pela sua posição de inferioridade se encontra sob constante risco de lesão a direitos da personalidade é a dos trabalhadores assalariados.

Os trabalhadores com vínculo empregatício ou funcional, em razão de sua posição de subordinação, encontram-se sujeitos a situações constringedoras que normalmente não atingem outras pessoas. É o caso do assédio sexual no ambiente de trabalho, caracterizado pelo comportamento de um chefe ou superior hierárquico que, valendo-se de sua posição de comando, constrange empregado ou funcionário com o objetivo de obter vantagem sexual, mediante a ameaça explícita ou velada de demissão, exoneração ou outra forma de represália. Foi nos Estados Unidos da América, primeiro, que o problema passou a ser objeto de exame pelo Judiciário.<sup>62</sup> No Brasil, o assédio sexual passou a ser considerado delito específico apenas a partir da Lei nº 10.224, de 15 de maio de 2001, que tipificou a conduta no art. 216-A do Código Penal. A indenização punitiva funcionaria como fator adicional de dissuasão desses comportamentos ilícitos.

A lesão a direitos da personalidade pode ocorrer, também, em outras situações de abuso de poder contra subordinados, submetidos a situações de constrangimento, humilhação ou estresse por seus superiores ou com a aquiescência deles. Caso que se enquadraria

---

<sup>61</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*, p. 458.

<sup>62</sup> No julgamento do caso *Williams v. Saxbe*, 413 F. Supp. 654 (D.D.C. 1976).

nessa moldura é o da revista íntima, vexatória e humilhante, realizada em funcionárias de uma fábrica de *lingerie* todos os dias antes da saída do trabalho.<sup>63</sup> Configuradora de lesão a direito da personalidade, também, é a conduta do empregador que pratica atos persecutórios contra empregado, muitas vezes por razões de ordem pessoal, inteiramente desvinculadas da relação laboral.

Na França, o fenômeno vem sendo identificado pela denominação "*harcèlement moral*". Nos países de língua inglesa, fala-se em "*workplace harassment*", "*mobbing*" ou "*bullying*".<sup>64</sup> No Brasil, já se cunhou a expressão "assédio moral".

## 8. SITUAÇÕES EM QUE NÃO SE JUSTIFICA A INDENIZAÇÃO PUNITIVA

Há situações em que a ofensa a direito personalíssimo não seria merecedora de sanção de caráter retributivo ou de punição. O ofensor, apesar de ter causado dano e estar obrigado a indenizar, não é merecedor de especial reprimenda. São os casos de dano resultante de culpa leve e de dano independente de culpa (responsabilidade objetiva) ou sem culpa comprovada (presunção de culpa).

**Culpa leve** – Embora a lesão tenha decorrido de ato ilícito, porque praticado com violação do dever de cuidado, não há por que pensar em punição ao ofensor quando a conduta caracterizar culpa leve. A indenização do dano moral, em tal caso, deixa de exercer função característica de pena, qual seja, a de prevenção geral ou especial da prática de ilícitos, e, portanto, só se justifica como forma de compensação ou satisfação à vítima do dano.

---

<sup>63</sup> TJRJ – Embargos Infringentes nº 198/97 – 4º Grupo de Câmaras Cíveis. O acórdão relata, com alguns detalhes, a forma vexatória pela qual era realizada a revista íntima. Além disso, menciona que cerca de 230 funcionárias chegaram a ser demitidas por se recusar a se submeter à revista.

<sup>64</sup> O vocábulo *mobbing* é derivado de *mob*, que significa horda, bando, plebe (v. HIRIGOYEN, Marie-France. Assédio moral, p. 65). O termo *bullying* é derivado do verbo *to bully*, que tem os sentidos de tirar, oprimir, ameaçar, amedrontar, intimidar, maltratar (v. Novo Dicionário Michaelis Inglês-Português, p. 137). A expressão *bullying* é empregada na Inglaterra e na Austrália para indicar os variados tipos de opressão ocorridos não apenas no ambiente de trabalho, mas também entre alunos no ambiente escolar e dentro de organizações militares. Nos Estados Unidos da América e na Europa continental *bullying* é expressão utilizada preferencialmente para fazer referência a situações ocorridas no ambiente escolar, enquanto o termo *mobbing* designa os abusos em local de trabalho (LEYMANN, Heinz. *Psychological terrorization – the problem of terminology*). Disponível em <<http://www.leymann.se/English/11130E.HTM>> Acesso em 24 maio 2004.

A exclusão das lesões decorrentes de culpa leve do âmbito de aplicação da indenização punitiva mostra a dimensão excepcional do instituto, que deve ser aplicado apenas nos casos em que o dano, independentemente de sua gravidade ou extensão, derivou de comportamento especialmente reprovável. Fora desses casos, continua a ser cabível a indenização compensatória, porque esta, em seu fundamento teórico, não se relaciona com o comportamento do agente, mas com o dano e a sua extensão.

Ressalve-se a hipótese de, a despeito da culpa leve, o agente ter obtido um ganho com o ilícito praticado, quando, então, a indenização punitiva deverá ser imposta para impedir o agente de se beneficiar com o ato lesivo.

**Responsabilidade objetiva** – Com muito mais razão, não seria punível a lesão decorrente de ato configurador de responsabilidade objetiva. O fundamento da responsabilidade civil, em tal caso, é, tão-somente, o risco proporcionado por uma dada atividade. A ausência de culpa afasta a necessidade e, conseqüentemente, o fundamento da sanção de natureza penal.

Observe-se, todavia, que mesmo em caso de responsabilidade objetiva será aplicável a indenização punitiva, se o ofensor, comprovadamente, tiver atuado com culpa grave ou dolo. Com efeito, nada impede que, em processo no qual se esteja a cuidar de caso de responsabilidade civil objetiva, a parte autora produza prova acerca do dolo ou da culpa do réu na produção do evento.

Em se tratando, por exemplo, de dano moral decorrente do fato do produto ou do serviço, na qual a responsabilidade do fornecedor é de natureza objetiva, a indenização punitiva dependeria da comprovação, a cargo do consumidor atingido, de que o evento decorreu de culpa grave daquele.

Em caso de responsabilidade indireta ou por fato de terceiro, fundada no art. 932 do Código Civil, haverá necessidade, no que se refere à indenização punitiva, de comprovar a culpa grave do responsável, embora se cuide de responsabilidade objetiva. Assim, caberá a demonstração da grave negligência do pai do menor que causou o dano, por ter aquele descumprido com o seu dever de guarda e vigilância em relação a este. Prova semelhante há de ser pro-

duzida contra o tutor e o curador, para que estes respondam pelos atos, respectivamente, do tutelado e do curatelado.

Em se tratando de dano moral praticado por empregado ou preposto no exercício do trabalho que lhes competir, o empregador ou comitente, embora responsáveis objetivamente, somente deverão ficar sujeitos à indenização punitiva em caso de culpa comprovada. Assim, por exemplo, quando demonstrado que aqueles agiram autorizados por estes ou seguindo suas instruções; ou quando tiver o empregado sido incumbido de função para a qual não estava devidamente qualificado. O empregador e o comitente sujeitam-se, ainda, à indenização punitiva quando tiverem ratificado ou aprovado o ato do empregado ou preposto.

Quanto à responsabilidade pelo fato das coisas ou dos animais – regulada como de natureza objetiva pelo novo Código Civil –, a imposição de indenização punitiva dependerá da comprovação de que o dano moral decorreu de um grave descumprimento do dever de guarda ou vigilância que incumbe ao proprietário ou possuidor da coisa ou do animal.

No que se refere à responsabilidade civil do Estado, fundada no art. 37, § 6º, da Constituição da República, há que comprovar que o dano decorreu de comportamento configurador de culpa grave de agente público. Em se tratando de responsabilidade por omissão específica do Estado, impõe-se demonstrar que o comportamento omissivo constituiu grave negligência do ente público.

## 9. CRITÉRIOS PARA A FIXAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA

A fixação do valor da indenização punitiva, apesar da carga de subjetividade que lhe é inerente, não deve ser uma atividade inteiramente arbitrária. A motivação das decisões judiciais, que no Direito brasileiro constitui princípio constitucional, é fundamental para garantir à parte interessada a revisão da decisão, impugnando, refutando e debatendo as razões e os critérios utilizados. É a fundamentação do julgado que possibilita o controle da sua racionalidade.

Descarta-se, desde logo, a simples menção a um critério de razoabilidade como justificativa para a fixação do *quantum*

indenizatório.<sup>65</sup> Ao julgador cabe, com a objetividade possível, justificar o valor estabelecido, destacando as circunstâncias de fato relevantes para a estimativa da indenização.

Não se deve perder de vista que, na fixação da indenização punitiva, não se procura compensar o lesado pelo dano sofrido. É inapropriada, pois, a introdução da finalidade compensatória como critério para a fixação do montante da indenização de caráter punitivo. Aquela finalidade é perseguida pela tradicional indenização compensatória. Em todos os passos da operação realizada para a fixação do montante da indenização punitiva impõe-se ter sempre em mente as finalidades que a conduzem: *punir* a conduta lesiva e *prevenir* novos ilícitos. Conseqüentemente, na estimativa dessa espécie de sanção somente cabe levar em conta fatores que, de algum modo, possam contribuir para a consecução desses objetivos.<sup>66</sup> Considerações outras ligadas exclusivamente à compensação da vítima do dano moral devem ser afastadas, sob pena de se estar contaminando o processo de quantificação da indenização punitiva com critérios a ela estranhos e que poderiam redundar em um ilegítimo *bis in idem*.

Na determinação da indenização, dentre outras possíveis circunstâncias, apresentam relevância, conforme o caso, o *grau da culpa* ou a *intensidade do dolo do agente*, a *extensão ou gravidade do dano*, a *situação econômica do ofensor*, o *lucro (atual e futuro, comprovado e presumido) auferido com o ato ilícito pelo agente*.<sup>67</sup>

Por razões não apenas de conveniência, mas de necessidade, a operação realizada para a fixação do *quantum* correspondente à indenização punitiva deve ser feita separadamente da realizada para

---

<sup>65</sup> Com razão, Maria Celina, quando observa que a invocação a um princípio da razoabilidade, que seria outra forma de se referir à expressão “bom senso”, não constitui fundamento suficiente para a quantificação da indenização do dano moral (MORAES, M. C. B. de. *Op. cit.*, p. 190).

<sup>66</sup> Conforme observado em relatório elaborado pela Law Reform Commission da Irlanda: “Uma clara definição do propósito dos *exemplary damages* pode restringir o seu *quantum*. Se está claro que o propósito dos *exemplary damages* consiste exclusivamente em punir de forma efetiva o ofensor e dissuadir o ofensor e outras pessoas de praticarem condutas similares no futuro, então o *quantum* de indenização não deve exceder o montante necessário para alcançar esse objetivo em todas as circunstâncias do caso.” (Law Reform Commission of Ireland. *Report on aggravated, exemplary and restitutionary damages* – Disponível em: <[http://www.lawreform.ie/publications/data/lrc107/lrc\\_107.html](http://www.lawreform.ie/publications/data/lrc107/lrc_107.html)> Acesso em: 7 jun. 2003).

<sup>67</sup> Os critérios utilizados para a fixação do montante fixado a título de indenização punitiva são discutidos em maior profundidade em nosso livro *Dano moral e indenização punitiva*.



a apuração do valor referente à indenização compensatória do mesmo dano. Essa separação é importante para garantir verdadeira transparência e efetivo controle sobre a adequação dos critérios utilizados e sobre a justeza da valoração efetuada pelo julgador. Possibilita-se a verificação do peso atribuído à compensação do dano e o conferido à reprovabilidade da conduta, permitindo, entre outras coisas, o exame da proporcionalidade da parcela punitiva em relação à parcela compensatória e até em relação à indenização do dano material eventualmente existente.

Observe-se que nenhum obstáculo jurídico há na separação dos montantes indenizatórios. No final das contas, em termos práticos, em razão da fungibilidade da sanção pecuniária, as duas parcelas (as destinadas à punição e à compensação) serão necessariamente somadas para a consolidação do valor correspondente à indenização do dano moral.

## 10. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A indenização do dano moral, paulatinamente, vem tendo o seu papel redesenhado pela jurisprudência. Essa mudança é, em grande medida, conseqüência de um movimento de “repersonalização” do direito, com o manejo de princípios e a consideração de valores que se encontram na base do funcionamento de todo o ordenamento jurídico.

A adoção de critérios punitivos, ao lado dos critérios compensatórios, na fixação do montante indenizatório do dano moral é importante como forma de prevenção de comportamentos lesivos dirigidos contra a dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade.

É fundamental, porém, que o julgador, no arbitramento da indenização do dano moral, proceda com racionalidade e transparência, indicando claramente – ainda que de forma suscinta – as razões que justificam o emprego da indenização com caráter de punição. Só assim, poderá, em cada caso, a indenização por dano moral desempenhar verdadeiramente suas funções. Ao mesmo tempo, reduz-se a subjetividade na fixação do montante indenizatório, possibilitando à parte ré discutir em bases mais racionais os valores fixados. ◻

# Responsabilidade Civil do Delegatário Notarial e de Registros Públicos

*“...Corresponde às leis bem dispostas determinar por si, o quanto seja possível, tudo, e deixar aos que julgam o menos possível.”*

Aristóteles, Retórica

Jairo Vasconcelos Rodrigues Carmo  
Juiz de Direito aposentado. Professor de  
Direito Civil da EMERJ. Delegatário Titular  
do 4º Ofício de RTD, Comarca da Capital/RJ.  
Presidente do IRTDPJ/RJ.

## I. CONSTITUIÇÃO E CARTÓRIOS: O NOVO MODELO E SEU REGIME JURÍDICO

De início, uma advertência: a responsabilidade civil de notários e registradores fundamenta-se *primeiramente* na legalidade constitucional. Com efeito, o novo modelo inscrito no artigo 236 e parágrafos é conquista da sociedade, acrescido dos artigos 31 e 32 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), vindo a regulamentá-los a Lei 8.935/94, tudo a repercutir fundo no tema da *atual* responsabilidade civil de notários e registradores.

Por coerência aos princípios da moralidade, eficiência e impessoalidade, o artigo 236 estatui que *“os serviços notariais e de registros são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público”*, explicitando o seu § 3º a exigência de concurso público para ingresso na atividade.

Consagra-se, nesse arquétipo, a prerrogativa de ampla *autonomia* de organização e execução dos serviços, donde a expressão

- em *caráter privado* -, com claro abrandamento dos poderes do Judiciário, encarregado da fiscalização, já agora fundada em função correcional mais *pedagógica* ou *orientadora* do que o vezo das verticalidades punitivas.

Essas considerações, abreviadas embora, indicam que o delegatário notarial e de registros públicos assume *pessoalmente* as atribuições afeitas à sua profissão. O ato notarial, como o registrário, aperfeiçoam-se *independentemente* de revisão ou referendo da fiscalização judiciária.

Se assim se compreender, nenhuma *antinomia* haverá entre o artigo 37, § 6º, da Constituição, e o artigo 22 da Lei 8.935/94, sendo inconstitucional, por retrocesso à *culpa*<sup>1</sup>, o artigo 38 da Lei 9.492/97, que regulamenta os tabelionatos de protesto. Para ser exato, ocorre justo o inverso: o artigo 22 ajusta-se à matriz constitucional, e não contrária, a bem ver, o sistema geral do artigo 927 do Código Civil, harmonizando-se, no dado específico, ao artigo 14, c/c o 22, parágrafo único, do Código do Consumidor.

Não se pode ignorar a exegese de quem defende a responsabilidade direta e objetiva do Estado, com direito de regresso contra o delegatário e deste contra seus empregados e substitutos<sup>2</sup>.

O equívoco, porém, é por demais evidente. Vamos avançar.

## II. NATUREZA *DELEGADA* DA ATIVIDADE NOTARIAL E DE REGISTROS PÚBLICOS

A Constituição de 1988, refletindo a longa trajetória anterior, desde o Brasil-Colônia, fez uma opção política: os cartórios extrajudiciais, desligando-se da oficialidade, evoluíram para serviço público *delegado*, em caráter *privado*, sob a *fiscalização* do Poder Judiciário.

---

<sup>1</sup> Lei 9.492/97: "Art. 38. Os Tabeliães de Protesto de Títulos são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que causarem, por culpa ou dolo, pessoalmente, pelos substitutos que designarem ou Escreventes que autorizarem, assegurado o direito de regresso". Visto o art. 22 da Lei 8.935/94, confirma-se, sem razão, a quebra intra-sistemática. Diz o art. 22: "Os notários e oficiais de registro responderão pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia, assegurado aos primeiros direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos". Sergio Cavaliari afirma que o referido art. 38 é "flagrantemente inconstitucional" (cfr. Programa de Responsabilidade Civil, 6ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 271).

<sup>2</sup> Cfr. Rui Stoco, "Responsabilidade civil dos notários e dos registradores", RT, 714-44; Nalini e Ricardo Dip, Registro de imóveis e notas: responsabilidade civil e disciplinar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 78 e ss. A posição final de Nalini é pela responsabilidade objetiva e não subjetiva.

A alternativa de adotar a técnica da delegação, mas em caráter *privado*, sedimenta na tendência universal de reduzir a Administração estatal. Por enquanto, notários e registradores, aprovados em concurso público e investidos na delegação, seguem titulares de função pública, todavia em *nome próprio* e a *risco* deles, não integrando quaisquer dos organismos da hierarquia estatal.

Entre o delegatário e o Estado constrói-se uma relação complexa, cujos aspectos centrais são a investidura, a fiscalização técnica e a disciplina. O serviço delegado não deixa de ser uma função pública de efeitos jurídicos; só que o *modo* da sua execução, com liberdade de organização e gestão administrativa, fica confiado à *discrecionabilidade* do delegatário. A fiscalização judiciária, técnica ou disciplinar, não envolve *subordinação hierárquica*, suscitando, ao revés, um certo regime especial de coordenação e colaboração<sup>3</sup>.

Isto explica o princípio da *independência* positivado nos artigos 3º, 20, 21, 28 e 41 da Lei 8.935/94, sem olvidar-se o preceito do artigo 50, que confirma a abrangência do modelo privado, ao ordenar que, na vacância de ofício estatizado, este passaria automaticamente ao sistema da referida lei, que impõe o Regime Geral da Previdência Social. Já o estatuto dos empregados remete à Consolidação das Leis do Trabalho.

Para além, no Direito pátrio, alinham-se outros profissionais titulares de serviços públicos que não são funcionários, servidores ou agentes públicos, como é o caso de *leiloeiros, intérpretes, tradutores, peritos, permissionários e concessionários*. Se integrassem *órgão* da Administração Pública direta, ou a qualquer outro título, notários e registradores *não* precisariam receber a *outorga* da delegação.

Afaste-se, pois, toda polêmica ou controvérsia: o delegatário notarial e de registros executa atividade profissional privada de função pública geradora de efeitos jurídicos. Todo o *risco* é dele somente; *risco profissional*. Por todos, Eduardo Pondé<sup>4</sup> reúne a opinião de

---

<sup>3</sup>O art. 28 da Lei 8.935/94, enfático, usa o termo *independência* para marcar a ampla autonomia, enquanto o art. 41, no tocante à prática dos atos necessários à organização e execução dos serviços, insere o aposto "independentemente de autorização". Hely Lopes Meirelles sempre pontuou que os agentes delegados "... não são servidores públicos, nem honoríficos, nem representantes do Estado; todavia, constituem uma categoria à parte de colaboradores do Poder Público" (cfr. Direito Administrativo Brasileiro, 29ª ed., p. 80-81).

<sup>4</sup>Tríplico Notarial. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1977, p. 245. No Direito pátrio, pela atualidade da obra e prestígio do seu autor, consulte-se Sergio Cavalieri, ob. cit., p. 268-271.

dezenas de autores, afirmando o aparato genuinamente *privado* do ofício notarial e registrário, não discrepando do nosso atual sistema.

Não convencem os argumentos contrários. Realmente, a via do *concurso público*, para obter a delegação, não desnatura o seu caráter privado, sendo um novo meio tão idôneo quanto a licitação, máxime por sua origem constitucional. Nem conta a proibição do artigo 25, da Lei 8.935/94: o que se previne, aí, é a *incompatibilidade* da ocupação de cargo ou função pública com o exercício personalíssimo e exclusivo da função notarial e de registros. Mencione-se, para encerrar, os aspectos da remuneração e da fé pública. Ora, os delegatários não se elevam a agentes públicos por perceberem emolumentos fixados em lei. Estes, de rigor, refogem ao conceito de receita pública típica; são, evidentemente, tarifa ou preço público, conquanto possam incluir parcelas obrigatórias, como os acréscimos devidos à receita dos Estados ou a fundos especiais de natureza variada<sup>5</sup>. Quem lhes paga são os interessados, e não o erário. A fé pública, a seu turno, não transforma o delegatário em *autoridade* estatal típica: melhor se diria que é um *atributo* da função notarial e registrária, que a lei chancela como garantia de segurança jurídica.

Essa compreensão, em tema de responsabilidade civil, elucidada é pacificadora. Afinal de contas, se o Estado responde pelos danos dos seus órgãos de atuação, também há de responder o delegatário privado de serviços públicos. A outorga é do serviço público com seus *ônus*, e não apenas outorga da *execução com emolumentos*. Se o fosse, o privilégio seria injustificável, aviltando o princípio constitucional da *igualdade substantiva*.

Na verdade, o delegatário notarial e de registros públicos insere-se na Administração Pública, em *substituição* ao Estado, mas à sua conta e risco profissional, cumprindo-lhe ressarcir, pessoal e objetivamente, os prejuízos infligidos aos usuários e a terceiros. Reitere-se o que antes foi dito: o ato notarial e registrário completa-se sob a regência e discricionariedade do trabalho profissional do

---

<sup>5</sup> No Estado do Rio de Janeiro, o usuário paga vinte por cento, calculado sobre os emolumentos legais, para o Fundo Especial do Tribunal de Justiça, além de contribuir para diversas entidades, desde a Mútua dos Magistrados até a ANOREG/RJ.

delegatário, isto é, sem depender da fiscalização judiciária. A fiscalização técnica ou disciplinar não lhe retira a *independência funcional e profissional* para instrumentar notas públicas e qualificar títulos, documentos e papéis trazidos a registro<sup>6</sup>.

### III. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES

#### 1. Introdução

À primeira vista, o artigo 22 da Lei 8.935/94, integrado ao artigo 37, § 6º, da Constituição, consolida a responsabilidade *objetiva* de notários e registradores. Muitos objetam, contudo, que deveria esclarecer às expressas sobre a necessidade de provar-se ou não a culpa do delegatário, como fazia do artigo 28 da Lei 6.015/73, agora revogado<sup>7</sup>. Em realidade, toda a discussão anima na dúvida acerca da *natureza jurídica* do vínculo existente entre o Estado e os notários e registradores.

A doutrina dominante, recusando aquela que os quer agentes públicos, na titularidade de um serviço subordinado ou hierarquizado, nega-lhes essa qualidade, confiantes de que o delegatário incorpora o risco profissional inerente à sua atividade, devendo indenizar, com suas rendas, independente de dolo ou culpa, os danos experimentados pelos usuários e terceiros<sup>8</sup>.

Ao fluir das idéias, e para melhor ordená-las, ressalte-se que o artigo 22 da Lei 8.935/94 emprega o termo "*terceiros*", a sugerir pessoas alheias ao serviço notarial ou registrário, embora atingidas por fato ligado ao seu funcionamento. Significa, no rigor técnico-jurídico, todos aqueles que não mantiveram contato prévio com a estrutura cartorial. Segue-se, à míngua de vínculo preexistente, que a referida norma só se aplica à responsabilidade *extracontratual* ou *aquiliana*, não incidindo nos casos de fatos danosos do serviço fornecido, porque aí haverá relação *contratual* e o usuário que o

---

<sup>6</sup> Confira-se, no tópico, a norma dos arts. 37 e 38 que regulam os limites da fiscalização pelo Poder Judiciário.

<sup>7</sup> O art. 28, afinado à Constituição de 1969, e ao Código Civil de 1916, apegava-se à noção de culpa como fundamento da responsabilidade civil. Considero-o revogado pelo art. 22 da Lei 8.935/95.

<sup>8</sup> Consulte-se, por todos, Nalini, ob. cit., p. 85 e ss.

requereu não é “terceiro”, mas *parte* diretamente interessada no *resultado* do serviço<sup>9</sup>.

Áfaste-se o simplismo de não medir diferenças entre responsabilidade *contratual* e *extracontratual*. Como pondera Ruy Rosado, a inexecução do contrato é fato ilícito de natureza diversa do ilícito extracontratual definido no artigo 186 do Código Civil<sup>10</sup>. O ilícito contratual, distinguindo-se do ilícito extracontratual, invoca a disciplina dos artigos 389 e ss. e 395 e ss. do Código Civil. A reparação do dano, nesta, deve ser vista como o prolongamento da execução da obrigação prometida, espécie de execução pelo *equivalente*. De sua parte, o ilícito extracontratual é que constitui a relação jurídica de caráter indenizatório, subsumida ao comando do artigo 927 e ss. do Código Civil.

Na atualidade, porém, e no que atina ao tema versado, o alcance da distinção é mais zelo didático-pedagógico do que um efeito jurídico necessário. Antunes Varela, lembrado por Cavalieri, diz que uma e outra atuam como “vasos comunicantes”<sup>11</sup>. O Código do Consumidor, superando a aparente dicotomia, *unificou* a responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços, atribuindo ao terceiro a qualidade de consumidor *equiparado* (cfr. art. 17). Como explica Cavalieri, o tratamento unitário tem por fundamento o respeito ao dever de *segurança*, o qual, se violado por algum defeito do produto ou serviço, dêis que enredado numa relação de consumo, na ordem contratual ou não, dá ensejo à obrigação de indenizar<sup>12</sup>.

Mais idéias virão a seguir, todas em reforço do convencimento que de plano antecipo: a responsabilidade objetiva do delegatário de notas e registros públicos, derivando do artigo 37, § 6º, da Constituição, positiva-se no artigo 22 da Lei 8.935/94, que não discrepa, antes, ao reverso, harmoniza-se e é enriquecido pelo parágrafo único do artigo 22, do Código do Consumidor, que o subsidia como lei

---

<sup>9</sup> A doutrina, sem divergência, ensina que o notário-registrador assume com o usuário obrigação de resultado. Neste sentido, Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil, v. 7 – Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 258 e ss.

<sup>10</sup> Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal - CEJ, nº. 28, março/2005, p. 10.

<sup>11</sup> Ob. cit., nº 135, p. 519.

<sup>12</sup> Cavalieri, ob. cit., nº 135, p. 519.

geral, assim como o Código Civil, nomeadamente os seus artigos 927, parágrafo único, e 933.

## 2. Responsabilidade Objetiva e Não Subjetiva do Delegatário

Para definir a responsabilidade civil do delegatário urge primeiro discernir qual a sua posição jurídica nas relações estabelecidas com o Estado, buscando flagrar, nesse contexto, se ele pode ou não ser considerado um tipo singular de agente público. José Afonso da Silva ensina que agente público, em sentido lato, abrange os agentes políticos e os agentes administrativos, nestes os que ocupam cargos, empregos ou funções públicas, mantendo com o Poder Público relação de trabalho não eventual, sob vínculo de dependência, profissionalidade e subordinação hierárquica<sup>13</sup>. Assim não se passa com o delegatário notarial e registrário. É ele um profissional do Direito, aprovado em concurso público, desempenhando suas funções com liberdade e independência<sup>14</sup>, forro de subordinação hierárquica. Curioso é que Ceneviva, arauto da responsabilidade direta e objetiva do Estado, alinha nesse ponto: a qualidade de delegatário nasce da *outorga* da delegação e se destaca do servidor público de que cogita o artigo 39 da Constituição, "...posto que estranho à Administração Pública direta, às autarquias e fundações"<sup>15</sup>.

Nos planos da responsabilidade civil, diferente da responsabilidade penal e administrativa, o delegatário submete-se aos cânones da responsabilidade *contratual* e *aquiliana*, ainda que, a fins práticos, pouco ou nada signifique. Nas duas modalidades, provado o dano e o nexu causal, exsurge a obrigação de reparar os prejuízos comprovados. Já os danos dos agentes públicos atraem o regime da responsabilidade objetiva do Estado, restando-lhes, mitigada, a responsabilidade *subjetiva*, em regresso, se se provar dolo ou culpa.

Não se devem equiparar situações díspares ou heterogêneas. De um lado, o delegatário que aufere *emolumentos*, pagos diretamente pelos usuários; de outro, os agentes públicos com seus venci-

---

<sup>13</sup> *In* Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 578.

<sup>14</sup> Cfr. Arts. 3º, 20, 21, 28 e 41 da Lei 8.935/94.

<sup>15</sup> Observação de Nalini, ob. cit., p. 87.



mentos às custas da Fazenda Pública. O artigo 37, § 6º, da Constituição, sensível à dupla realidade, atualiza o óbvio: o regime da responsabilidade objetiva submete o Estado e os prestadores de serviços públicos, quais os concessionários, permissionários e delegatários de notas e registros públicos, os últimos mercê de interpretação sistemática e finalista. O artigo 22 da Lei 8.935/94 tão-somente o reforça, em obediência ao mandamento constitucional do artigo 236, § 1º, da Constituição, que a previra como indispensável para regular as atividades e disciplinar "... a *responsabilidade civil* e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos...". Nem vale o argumento de que o termo "*agente*" indica todo aquele que é incumbido de realizar algum serviço público, em caráter permanente ou transitório<sup>16</sup>. Sob tal moldura, em sentido amplo, o delegatário notarial e de registros, haveria de qualificar-se um agente público, suscitando a responsabilidade direta e objetiva do Estado, nos termos do artigo 37, § 6º, referido.

A opção constitucional de impor um regime genuinamente *privado* à prestação dos serviços de notas e registros públicos é destacada na doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>17</sup> e Ovídio Baptista<sup>18</sup>. Também o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a pertinência do regime privado, e o fez num crescendo, como se encontra posto no julgado que entendeu que esse novo modelo repercutia, sim, sobre os titulares da delegação, impedindo que se aplicasse a eles a *aposentadoria compulsória*<sup>19</sup> por implemento da idade prevista constitucionalmente aos servidores públicos (cfr. art. 40, II).

---

<sup>16</sup> As explicações de Cavalieri, ob. cit., p. 269, resolvem a controvérsia ao entendimento de que notários e registradores submetem-se ao igual regime dos prestadores de serviços públicos, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, inexistindo razão para excluí-los. Tenho que o art. 37, § 6º, referido, importa no *nivelamento* dos prestadores de serviços públicos, a qualquer título, aos deveres do próprio Estado. Cada um, independentemente do outro, responde pelos danos causados a terceiros por seus órgãos de atuação ou estrutura administrativa.

<sup>17</sup> Cfr. "A competência para criação e extinção de serviços notariais e de registro e para delegação para provimento desses serviços", in *Revista de Direito Imobiliário*, nº 47, p. 197 e 198. Depois de analisar o art. 236 e seus parágrafos, destaca em conclusão uma que alude à responsabilidade do notário-registrador. Afirma que "... a disciplina e a responsabilidade dos exercentes de tal delegação será fixada em lei, ...". Ora, a lei existe: é a Lei 8.935/94, art. 22.

<sup>18</sup> Cfr. "O notariado brasileiro perante a Constituição Federal", in *Revista de Direito Imobiliário*, nº 48. O caráter privado do serviço é realçado à p. 81. O raciocínio, por óbvio, é extensível também ao serviço de registros, haja vista que ambos recebem igual tratamento constitucional.

<sup>19</sup> ADIN 2.602-0-MG, julgamento em 24.11.2005. Relator designado para o acórdão: Min. Eros Grau.

Com o advento do Código Civil de 2002 ainda mais se fecha o ideal de objetivar a reparação por danos civis. Todo o sistema infraconstitucional vai ao encontro do artigo 37, § 6º, da Constituição. A noção de culpa agoniza nas exceções, a favor dos profissionais liberais, no Código do Consumidor<sup>20</sup>, chegando ao Código Civil como elemento meramente acidental<sup>21</sup>, porquanto, neste, prevaleceu a ética do risco, assim o artigo 927, parágrafo único e outros.

Na síntese de Cahali, ao influxo dessa nova realidade normativa, os delegatários notariais e de registros respondem objetivamente pelos danos comprovados de usuários e terceiros<sup>22</sup>.

### 3. Extremos da Distinção: Responsabilidade do Estado por Danos de Cartórios Oficializados, Vagos ou em Regime de Intervenção

O regime constitucional de delegação do serviço de notas e registros públicos convive com *três* situações *especiais*: a) *uma*, excepciona o direito adquirido de notários-registradores com investidura anterior à Constituição de 1988, nos termos como define o artigo 47 da Lei 8.935/94; b) *outra*, a dos cartórios oficializados e, pois, não privatizados, estes em consonância ao artigo 32 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias<sup>23</sup>; c) a *terceira* cuida das serventias vagas, na ausência de substituto nomeado pelo antigo titular, ou sob intervenção disciplinar do Poder Judiciário, até que venham a ser providas por um delegatário.

Nesses três casos, urge bem discernir o *momento* de impor-se a responsabilidade objetiva do Estado com supedâneo no artigo 37, § 6º, da Constituição.

Os delegatários do grupo *a)*, mantidos na titularidade dos cartórios, sob o manto do direito adquirido, sujeitam-se ao novo regime privado instituído pela Constituição de 1988. Respondem, destarte,

---

<sup>20</sup> Cfr. Art. 14, § 4º.

<sup>21</sup> Gagliano, Pablo Stolze, *Novo curso de direito civil*, 3ª ed. Revista. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 28.

<sup>22</sup> *Responsabilidade Civil do Estado*, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 348. Para Cahali concorrem duas responsabilidades objetivas: a do Estado e a do notário-registrador. Por isso defende a responsabilidade solidária.

<sup>23</sup> "Art. 32. O disposto no art. 236 não se aplica aos serviços notariais e de registro que já tenham sido oficializados pelo Poder Público, respeitando-se o direito de seus servidores."

direta e objetivamente, pelos danos causados aos usuários ou a terceiros, com direito regressivo no caso de dolo ou culpa dos empregados e substitutos. Nada justifica diferenciá-los do notário-registrador concursado; estão em pé de igualdade; *equiparam-se*. Convém não ignorar, neste tópico, a inovação do Código Civil de 2002, sujeitando o empresário ao dogma da responsabilidade objetiva por ato de seus empregados e prepostos (cfr. arts. 932 e 933).

Para as demais situações - letras *b*) e *c*) -, a solução é responsabilizar o Estado-membro da territorialidade do cartório, que poderá cobrar dos serventuários ou empregados culpados, em regresso, a quantia que tiver pago.

#### 4. Inexistência de Responsabilidade Subsidiária ou Solidária do Estado

A responsabilidade objetiva do Estado, por exceção, apresenta-se perante danos oriundos de *fato da fiscalização*, provado o nexo causal<sup>24</sup>. Ou então, nos casos de cartório *vago*, a que falte substituto deixado pelo antigo titular, ou no período de *intervenção disciplinar*<sup>25</sup>. O Estado, à evidência, *nada* responde pelos atos e fatos do notário-registrador, no desempenho regular de sua atividade, nem direta nem indiretamente. Repila-se a tendência dos que a defendem *ao menos subsidiária* - ou supletiva -, como faz Nalini<sup>26</sup>. Nem sequer à vista da *insolvência* do delegatário. Já anteriormente, juristas da estatura de Hely Lopes Meirelles<sup>27</sup> e Oswaldo Aranha Bandeira de Mello se alinhavam na tese da subsidiariedade. Constitui-se, todavia, num grave equívoco. Há que se considerar a nova realidade normativa do artigo 37, § 6º, da Constituição, que não sufraga esse entendimento, e que se impõe, não apenas como um sistema em si - com sua ordem, unidade e harmonia -, mas também com um modo específico de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Por isso se diz, muito apropriadamente, que este fenômeno implica num

---

<sup>24</sup> Cfr. *Infra*, n. IV.

---

<sup>25</sup> Cfr. *Supra*, n. 3.

---

<sup>26</sup> Cfr. *Ob. cit.*, p. 92.

---

<sup>27</sup> Hely Lopes Meirelles, *ob. cit.*, p. 81.

processo de *filtragem constitucional*, pelo qual toda a ordem jurídica deve ser lida e compreendida, à luz da Constituição<sup>28</sup>.

Nenhuma responsabilidade, portanto, deve suportar o Estado pelos fatos danosos do serviço delegado, pois o usuário, ao contratá-lo, verga-se ao regime privado, sem qualquer vinculação com o Poder delegante. Nesta matéria, bem cabe invocar-se a doutrina estrangeira, à frente Eduardo Bautista Pondé, festejado autor argentino, que afirma convincentemente: "... O Estado responde pelos atos e fatos dos funcionários públicos, seja direta ou indiretamente; o Estado não responde pelos atos e pelos fatos do notário, nem direta nem indiretamente"<sup>29</sup>.

A posição de Cahali, correta quando proclama a responsabilidade objetiva de notários e registradores, desvia-se, contudo, ao sustentar, sem explicações plausíveis, a responsabilidade *solidária* do Estado por fato do serviço delegado. Nem *solidária*, nem *subsidiária*; a hipótese é de responsabilidade direta e objetiva do delegatário, que assume, sozinho, o risco profissional de sua atividade. O preceito do artigo 37, § 6º, da Constituição, explicitado no artigo 22 da Lei 8.935/94, *intensifica* a idéia-força da responsabilidade objetiva do notário-registrador, inexistindo lugar à responsabilização direta e concomitante do Estado, exceto se sobrevier fato lesivo ligado à fiscalização judiciária, como, *v. g.*, a aplicação de um certo tipo de *selo* de autenticidade, obrigatório no Estado do Rio de Janeiro, vindo a fraudá-lo algum falsário, com tal *perfeição*, a ponto de engendrar notas ou registros públicos<sup>30</sup>. Cavalieri admite a subsidiariedade no caso de insolvência<sup>31</sup>.

Na verdade, já desde a Lei 8.078/90, que instituiu o Código do Consumidor, aprofundou-se, entre nós, a *legalidade constitucional* tocante à responsabilidade objetiva dos prestadores de serviços pú-

---

<sup>28</sup> Não se trata de incluir na Constituição normas de outros domínios, mas, na verdade, a releitura ou reinterpretação do Direito Civil sob a influência da matriz constitucional. Com esse sentido é que se deve assimilar o fenômeno da denominada *constitucionalização* do Direito Civil. Sobre o tema, v. Gustavo Tepedino, "O Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa", in Gustavo Tepedino (org.), *Problemas de Direito Civil-Constitucional*, 2001.

<sup>29</sup> Cfr. *Tríptico Notarial*, p.315, citação de Nalini, ob. cit. p. 92.

<sup>30</sup> Cfr. *infra*, n. IV.

<sup>31</sup> Programa..., ob. cit., p. 269.

blicos. Realmente, quanto aos notários e registradores, se acaso faltasse a norma do artigo 22, citado, atuaria o artigo 22, *parágrafo único*, do Código do Consumidor, indubioso acerca da responsabilidade do Estado e das pessoas prestadoras de serviços públicos por fatos próprios desses serviços. A *supremacia constitucional* confirma-se, outra vez mais, na Lei 8.987/95, que rege as concessões de serviços públicos, como se extrai do seu artigo 25, *textuais*: “Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenuie essa responsabilidade”.

## 5. Delegatário não é Agente Público; é Colaborador: O Equívoco Conceitual da Doutrina e da Jurisprudência

Até a Constituição de 1988 justificava-se o entendimento de que os titulares de cartórios, quer do foro judicial, quer do foro extrajudicial, eram agentes ou servidores públicos, e por seus atos, nessa qualidade, respondia o respectivo Estado da Federação pelos danos causados aos usuários e a terceiros. Como se acha em acórdão paradigmático, concebido à margem do artigo 107, da Constituição de 1969, na relatoria do Ministro Moreira Alves, a responsabilidade do Estado, fundada no risco administrativo, é indiscutível, embora possa o lesado, a seu arbítrio, acionar também ao funcionário, autor do dano. Ressalta, a certa altura do seu voto, que nesse tipo de questão há uma única dívida e duas responsabilidades: “a da Administração perante o lesado, baseada na teoria do risco administrativo, e a do autor do dano, com fundamento na teoria da culpa. Quem deve ao lesado, em princípio, é aquela; mas este também é responsável pela dívida, desde que tenha agido com culpa ou dolo”<sup>32</sup>. Já na vigência da Constituição de 1988, apesar da norma do artigo 236, com o apêndice exegético dos artigos 31 e 32, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, manteve-se o Supremo Tribunal afeiço-

---

<sup>32</sup> Eis a ementa do precedente referido: “RESPONSABILIDADE CIVIL. EXEGESE DO ARTIGO 107 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Ação direta contra servidor público com base no artigo 159 do Código Civil. O artigo 107 da Constituição Federal não impede que a vítima de dano decorrente de ato do servidor público – como o é o serventário de justiça, ainda que de serventia não oficializada – proponha contra este ação direta, com fundamento no artigo 159 do Código Civil”.

ado à *ordem pretérita*. O voto-condutor, agora, é do Ministro Carlos Velloso, irredutível quanto à responsabilidade objetiva do Estado, assegurado o direito de regresso contra o notário, nos casos de dolo ou culpa, tudo ao influxo do artigo 37, § 6º<sup>33</sup>.

Descendo ao Superior Tribunal de Justiça, vamos encontrar as amarras da Magna Corte. Para agravar o equívoco, os votos de rejeição são do labor de dois eméritos. Um deles, o Ministro Teori Zavascki, traz à memória os acórdãos dos Ministros Moreira Alves e Carlos Velloso, para enfatizar a responsabilidade objetiva do Estado, na vigência da Constituição de 1969 e também da *atual*, estando legitimado a figurar no polo passivo da ação indenizatória "... por danos causados por titular de serventia extrajudicial não-oficializada"<sup>34</sup>. Outra voz, a da Ministra Eliana Calmon, contrariando votos dos Ministros Ruy Rosado e Romildo Bueno, no sentido da legitimidade passiva dos cartórios, como pessoas formais (cfr. REsp 476.532/SP e 21.176/RJ), asseverou com o brado dos fortes: "... não se pode ter dúvida quanto à legitimidade do Estado em responder pelos atos causadores de danos, se praticados por um dos seus agentes, sendo certo que, independentemente de ser ou não oficializadas as serventias, exercem elas atividade estatal privativa, sob a fiscalização da Justiça". Esclarece, a mais, que a expressão "agente", usada pela Constituição de 1988, no artigo 37, § 6º, enquadra a figura do tabelião ou notário, donde a impossibilidade legal de excluir-se o Estado dos cânones da responsabilidade civil<sup>35</sup>.

O equívoco dessas manifestações é *conceitual*. Tanto o jurisprudente, como parte da doutrina, insistem no paroxismo de atribuir aos notários e registradores, mesmo depois da Constituição de 1988, a qualidade de *agentes públicos*, alcançados, de consequente, pela norma do seu artigo 37, § 6º. Rui Stoco, confrontado pelo artigo 22 da Lei 8.935/94, chega a propor interpretação *teleológica*, sob a compreensão de que este apenas prevê uma cadeia de direitos de regresso, "... de modo que, condenado o Estado, exsurge a obrigação

---

<sup>33</sup> Cfr. Ag. Rg nº RE 209.354/PR, Segunda Turma, DJ de 16.4.1999.

<sup>34</sup> Cfr. REsp 481.939-GO (2002/0166408-4).

<sup>35</sup> Cfr. REsp 489.511/SP (2002/0148025-0), julgado em 22.6.2004.

de exigir do titular da serventia aquilo que pagou, e como, ao contrário do titular, os demais funcionários ou prepostos do cartório submetem-se ao regime privado, assegurou-se àquele o direito de regresso contra o funcionário causador direto do dano a terceiro, e nada mais”<sup>36</sup>.

Tenho enorme dificuldade em aceitar a lição de que o Direito, como a natureza, não opera por saltos e nem se faz num instante. Penso que ao intróito de nova ordem constitucional é imperioso decair do *misoneísmo* intelectual, apegado ao anteriormente estabelecido, como se nada de relevante houvesse mudado. Delegatários notariais e de registros públicos poderiam ter sido considerados agentes, funcionários ou servidores sob a realidade constitucional revogada, mas não ao jugo da nova, que lhes reserva o regime privado contido no artigo 236, com os parâmetros criteriológicos dos artigos 31 e 32 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Como atrás anunciei, nem todo serviço público é prestado por servidor ou agente público, assim os leiloeiros, tradutores, peritos, intérpretes, permissionários e concessionários. Bem disse o Ministro Sepúlveda Pertence, no Recurso Extraordinário 178.236/RJ, sobre a aposentação compulsória dos titulares de cartórios, ele, naquele momento, vencido com os Ministros Marco Aurélio e Francisco Rezek, que a bela resenha feita no voto do Ministro Celso de Mello, reportando doutrina e jurisprudência cristalizadas ao manto do antigo regime constitucional, mais o convenciam do quanto “... a douta maioria se entregou ao exercício do que se tem chamado de ‘*interpretação retrospectiva*’, recusando-se a ver que a Constituição mudou”(grifos do original e meus).

Diferenciam-se, com efeito, o enunciado no artigo 236 e o contido nos artigos 175, 21, XI e XII, 25, § 2º, e 30, V, todos da Constituição. Examinados esses dispositivos – o artigo 175 acerca dos princípios gerais em matéria de prestação de serviços públicos e os demais ao relacionarem os serviços de competência da União, dos Estados e dos Municípios – colhe-se que todos facultam à Administração Pública o poder de prestar *diretamente* ou *mediante delegação* os serviços indicados. No que tange à saúde, previdência e edu-

---

<sup>36</sup> Cfr. “Responsabilidade civil dos notários e registradores: comentários à Lei 8.935, de 18.11.1994”, in *Revista dos Tribunais*, nº 714/44, p. 51, abr. 1995.

cação, a Constituição reserva ao Estado a decisão de igualmente atuar em concurso com a iniciativa privada (cfr. arts. 199, 202 e 209). Já o artigo 236, *insular e fechado*, não cede espaço à Administração estatal, antes pelo contrário, circunscreve-se e, categórico, delimita: “os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público”.

Sabe-se que a Constituição não contém palavras supérfluas<sup>37</sup>. Nem cabe imaginar-se que o legislador incidiu em contradição ou erronia técnica. O que se ministra em boa doutrina é precisamente o inverso: não se deve considerar que a utilização ou não de determinado conjunto de palavras não produza, afinal, qualquer diferença no sentido das normas examinadas<sup>38</sup>. Destarte, se o constituinte previu a alternativa da “prestação direta pelo Poder Público” todas as vezes em que cogitou da execução de serviços públicos por particulares, a *omissão* verificada só no artigo 236 deve convencer o intérprete-aplicador, *nessa hipótese*, de que não se quis franquear ao Poder Público a opção de fazê-lo diretamente. Trata-se, no caso, do fenômeno que a doutrina designa de *silêncio eloqüente*, e que tem, na atual legalidade constitucional, o significado óbvio de indicar que o próprio legislador constituinte decidiu que os serviços notariais e de registros devem ser fornecidos *exclusivamente* por particulares, sob *regime privado*. Essa conclusão mais se reforça à vista dos artigos 31 e 32 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. O artigo 31, destacando os cartórios judiciais, encaminha-os à disciplina da *estatização*, respeitado o direito adquirido; noutro rumo, o artigo 32 afasta da incidência do artigo 236 apenas os serviços notariais e de registros definitivamente *oficializados* pelo Poder Público.

Ao império dessas premissas, e acolhendo a opção político-valorativa do constituinte sobre o regime inteiramente privado das notas e dos registros públicos, é dado concluir, com larguíssima margem de segurança, que os atuais delegatários, profissionais do Direito, não mais ostentam a qualidade de agentes ou servidores públicos, respondendo cada um deles, independentemente de culpa, com o

---

<sup>37</sup> Francesco Ferrara, *Interpretação e aplicação das leis*, 1987, p. 140.

<sup>38</sup> Luis Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2002, p. 130-131.



seu patrimônio, pelos danos causados aos usuários e a terceiros, devendo ser revista a jurisprudência que teima em admitir os Estados da Federação como legitimados passivos nas ações de indenização<sup>39</sup>.

## 6. A Pedra de Tropeço de Juízes e Tribunais: Interpretação Retrospectiva e a Visão do Futuro

Pesquisando as decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, percebe-se, sem esforço, que o nó górdio está na *qualificação* do delegatário notarial e registrário. Quem nele vislumbra um “agente” público, enquadra-o na amplitude do § 6º do artigo 37 da Constituição. Estamos com aqueles que entendem que o artigo 236 da Constituição estabeleceu um *especial* regime privado de prestação dos serviços notariais e de registros. É consabido que nem todo serviço público é prestado por agente ou servidor público. O exemplo do notário-registrador é típico: ele exerce um ofício público sem ser órgão estatal<sup>40</sup>. Não integra, em suma, a Administração Pública de qualquer nível. Nem vale confundir a fiscalização judiciária, nos aspectos técnico e disciplinar, com subordinação ou dependência hierárquica.

Superada essa questão *conceitual*, como sugere a decisão do Supremo Tribunal Federal, em 24.11.2005, que retirou os delegatários notariais e de registros da aposentadoria compulsória prevista no artigo 40, II, da Constituição, sobra a crença de que isso repercutirá no sistema geral de responsabilidade civil. Há de preponderar, enfim, a norma do artigo 22 da Lei 8.935/94, que não fere e sim reverencia o artigo 37, § 6º, da Constituição, com abertura à aplicação *subsidiária* do Código do Consumidor e do Código Civil.

À guisa de exercício, e para agitar o debate, retorne-se ao v. acórdão proferido no REsp 489.511-SP, em 22.6.2004, com voto da excelente Ministra Eliana Calmon. O caso era de alienação de imóvel mediante falsa procuração pública. Consta do item 2 da ementa,

---

<sup>39</sup> Legitimados passivos são os delegatários titulares do serviço notarial e de registros públicos. Os cartórios, enquanto pessoas formais, dotados de personalidade judiciária, também são legitimados passivos *ad causam* para responder, isolada ou solidariamente, com o respectivo titular, nas ações de indenização por danos oriundos da atividade. Sobre isto, consulte-se Cavalieri, *ob. cit.*, p. 270.

<sup>40</sup> Órgão, ensinam os mestres, só existe na Administração direta.

surpreendentemente, que “os tabelionatos são serventias *judiciais* e estão imbricados na máquina estatal...” (grifei). Vai ao clímax de designar o titular do ofício de “preposto estatal”, donde a responsabilidade objetiva do Estado. O equívoco só não é mais grave porque o fato ilícito data de 29.11.1983, época em que, à conta do artigo 107 da Constituição de 1969, dominava o entendimento viável de que os tabeliães eram servidores públicos. Sucede que o v. acórdão nenhuma ressalva fez, apesar de mencionar o artigo 236 da atual Constituição. Para piorar, refuta duas decisões contrárias da jurisprudência do STJ, ao argumento de que o notário-registrador é “agente” do Estado, “... independentemente de serem ou não oficializadas as serventias...”.

Nessa toada caminham muitos juízes e tribunais estaduais, completamente alheios se defraudam a Constituição, a prejuízo injustificável das finanças públicas e da sociedade. Um desses exemplos remete à sentença da 40ª Vara Cível da Comarca da Capital, no Estado do Rio de Janeiro, que declarou extinto o processo, por ilegitimidade passiva do cartório e seu titular, convencido o seu prolator da responsabilidade do Estado. O caso em exame descreve uma procuração falsa que serviu de móvel à formalização da escritura de compra e venda, instando sublinhar-se que o cartório imobiliário sustou o registro – informa a sentença – em razão das *irregularidades* do título aquisitivo. Por derradeiro, um acórdão da 11ª Câmara Cível, do Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação Cível 170.183-5-9, sob a relatoria do erudito Des. Ricardo Dip, após enfrentar a normativa constitucional e o artigo 22 da Lei 8.935/94, confirma a responsabilidade objetiva do Estado, deixando ao delegatário o leito plácido da culpa provada. Outra vez, aqui, o dano proviera de negócio imobiliário apoiado na ilicitude de ato notarial<sup>41</sup>.

Concluo na esperança de que, muito em breve, o saudosismo da chamada “interpretação retrospectiva” decairá, substituído por novo e seguro olhar daqueles que, devotados à boa causa da Justiça, queiram *ver* o que a Constituição *mudou*.

---

<sup>41</sup> Cfr. “Colégio Notarial do Brasil”, [www.colnotrs.org.br/noticias](http://www.colnotrs.org.br/noticias).

## 7. Perspectivas Éticas do Delegatário Ante a Tendência Objetivista da Responsabilidade Civil

Aceitar a responsabilidade civil objetiva do delegatário notarial e de registros públicos é atualizar a tábua axiológica dessa atividade profissional, uma das mais importantes para as relações humanas, exatamente por ser o notário-registrador depositário preferencial da *fé pública*. Fé pública não significa verdade absoluta, a salvo de erro, engano ou malícia; mas se haure na *verdade*. Como disse Zeballos, "...o dever ético da verdade alcança sua máxima energia na profissão notarial"<sup>42</sup>. O artigo 22 da Lei 8.935/94 presta justa reverência ao princípio constitucional da responsabilidade objetiva do Estado e das pessoas prestadoras de serviços públicos. Inexiste contradição ou conflito de conteúdo entre os dois modelos normativos. Em melhor exegese, preferível dizer-se: a norma infraconstitucional apenas *densifica* e *explicita* o princípio reitor do artigo 37, § 6º, amíúde referido.

Insistir na responsabilidade *subjetiva* do delegatário notarial e de registros públicos é ceder à tentação patrimonialista que reduz o Estado a meio servil de conveniências, posto à satisfação de anelos pessoais. Ora, o tempo é agora de caminhar com a concepção republicana de poder, repensando a prática antiga de transferir à Administração Pública o que é obrigação essencialmente privada. Para o delegatário de cartório extrajudicial, remunerado à base de emolumentos legais, profissional do Direito, não se aplica, sob nenhum aspecto ou critério, a teoria do risco administrativo. Aplicável, sim, e com total pertinência, o fundamento ético do risco profissional, que aconselha à formação de um certo fundo pecuniário vinculado à eventualidade de responsabilização civil, com ou sem a cobertura de *seguro*.

A profissão é uma *atividade*, atividade *pessoal*. A idéia de atividade designa a soma de ações, diligências, empenho, *ônus*, enfim, uma gama variada de serviços ou encargos atribuídos à pessoa compromissada em realizá-la. Para o saber jurídico, *atividade profissional* refere-se aos atos praticados por certa pessoa, em decor-

---

<sup>42</sup>Cfr. Nalini, ob. cit., p. 97.

rência de um ofício humano, podendo ser profissão autônoma ou subordinada<sup>43</sup>.

Nenhuma dúvida sobre o *profissionalismo* da atividade *tabe-lia*, como define o artigo 3º da Lei 8.935/94. O traço que a distingue é sua origem pública. Daí a confusão de tantos, como afirma Bielsa, na apuração da natureza legal de quem a exerce, como sucede com notários e registradores, que não são, "... naturalmente, um funcionário público"<sup>44</sup>. É marca do Estado moderno recorrer aos particulares para bem cumprir funções que lhe competem, mas que ele, diretamente, não faria com o mesmo grau de eficiência. Um desses particulares é o delegatário de função notarial e registrária, que não se transmuda, inevitavelmente, em agente ou funcionário público. Nos quadros da Administração Pública, e acima de tudo, ele é um *profissional qualificado* pelo concurso público a que se submeteu, assumindo, desde a investidura, o *risco* da função estatal. Em razão disso, diz-se que o notário-registrador substitui inteiramente o Estado, tal um sucessor, sub-rogado, desse modo responsável por seus atos, consoante à lei, até que seja extinta a delegação. Repita-se com Ceneviva, nesse ponto correto: o notário-registrador é pessoa distinta do servidor civil de que trata o artigo 39 da Constituição, sendo "...estranho à Administração Pública Direta, às autarquias e fundações públicas"<sup>45</sup>. Nem se sujeita à aposentadoria compulsória do artigo 40, II, da Constituição.

Estabelecido que o delegatário de notas e registros públicos desempenha atividade profissional, a conseqüência é avançar à seara da responsabilidade civil contratual, completamente alheia aos agentes públicos, e nesta distinguir as obrigações de *meio* e de *resultado*, porquanto, em doutrina, assenta-se que o notário-registrador promete ao usuário *obrigação de resultado*. Isso não exclui, a bem ver, os casos de responsabilidade extracontratual ou aquiliana, perante aqueles que nada contrataram, mas vêm a suportar danos, vulnerados pela fé pública.

---

<sup>43</sup>Gagliano, ob. cit., p. 226.

<sup>44</sup>Cfr. *Derecho Administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1955, tomo III, p. 4.

<sup>45</sup>Cfr. *Lei Comentada*, ob. cit., p. 122.

Última observação: notários e registradores gravitam na órbita da responsabilidade civil *profissional*. Devem enfrentá-la com *destemor*, tal a advertência de *Larraud* ao notariado argentino, lembrado por Nalini<sup>46</sup>. Longe de ser um problema, convenço-me de que a imediata reparação dos prejuízos dos usuários ou terceiros, com ou sem *seguro*, revelaria a nobreza da profissão, a sua nota de orgulho santo, fazendo calar a voz atônita ou iracunda de quem repudia, nas democracias republicanas, a torpe miopia dos *pactos de irresponsabilidade*, tudo às custas do Estado, feito refém de patriotas dissimulados ou recalitrantes.

#### IV. RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR FATO DA FISCALIZAÇÃO

No cenário da responsabilidade do delegatário de notas e registros públicos, um tema desafiador – e de contornos certamente dramáticos – para a aferição da responsabilidade do Estado é quando esta decorre de *fato da fiscalização judiciária*, segundo um juízo de causalidade necessária entre a causa e o efeito danoso. Imagine-se, por exemplo, os danos perpetrados pela utilização fraudulenta do selo de segurança, ou aqueles que se ligam à observância de norma regulamentar da fiscalização.

Relativamente ao selo de segurança, obrigatório no Estado do Rio de Janeiro, logrando o falsário dele apropriar-se ou mesmo reproduzi-lo à perfeição, a ponto de circular como autêntico nos instrumentos negociais, públicos ou particulares, a solução haveria de ser a responsabilização objetiva do Estado, e não a do delegatário, a menos que ele, por si ou por prepostos, esteja ligado ao ilícito por outra causa que, unida à principal, concorra para o resultado lesivo.

A grande questão, no trato das *concausalidades*, diz respeito à interrupção ou não do nexos causal originário, hipótese em que apenas cabe responsabilizar o agente da segunda causa, provado que esta é *absoluta ou relativamente independente* em relação àquela<sup>47</sup>. No caso do notariado, seria exemplo o ato de lavrar escritura

---

<sup>46</sup> Cfr. Ob. cit., p. 94.

<sup>47</sup> Cfr. Gagliano, ob. cit., p. 107-8.

pública, embora *sabendo* ser falsa a procuração do mandatário dos vendedores, apesar do selo de segurança. Já o Registro Imobiliário poderia admitir escritura pública falsificada, mas sob chancela de selo autêntico furtado da fiscalização judiciária. Se perfeita essa falsificação, tendo o oficial e seus prepostos agido com diligência regular, a melhor solução sugere responsabilizar o Estado. Neste caso, o selo de segurança poderá ser visto como a *causa necessária*, por inexistir outra que explique a consumação do dano.

As normas regulamentares, ditando orientações compulsórias, podem gerar danos aos usuários ou a terceiros. Para ilustrar, considere-se a ordem de não fazer o registro das escrituras de promessa de venda se a escritura definitiva fosse outorgada entre as mesmas partes. De futuro, vindo a provar-se o prejuízo do cônjuge de uma das partes, omitido no contrato-promessa, porque ela ou ele eram solteiros à época, ou por fraude, ou por entender-se irrelevante a intervenção, parece-me inevitável a responsabilidade objetiva do Estado. Como quer que seja a *independência* funcional e técnica do delegatário registrador, recomenda exigir-se, em casos tais, a exibição da escritura ou do contrato-promessa, para melhor qualificação do título aquisitivo. Demais disso, é sempre prudente recorrer ao incidente da *dúvida*, sob jurisdição voluntária ou contenciosa.

Posto isto, sou levado a admitir, nestes casos, a hipótese de responsabilidade *solidária* entre o Estado e o delegatário. O fundamento legal, na espécie, desloca-se ao Código do Consumidor, forte nos artigos 7º, parágrafo único, 22, parágrafo único, e 25, § 1º.

## V. APLICAÇÃO SUPLETIVA DO CÓDIGO DO CONSUMIDOR E DO CÓDIGO CIVIL

Tenho por pacífico que o delegatário de cartório extrajudicial é um fornecedor de serviços notariais e de registros públicos. Sujeita-se, portanto, à incidência do Código do Consumidor, que é *multidisciplinar*<sup>48</sup> e, pois, aplicável a todas as relações de consumo. Em defesa da assertiva, basta o comando do artigo 22 e parágrafo único, direcionado aos serviços públicos, que não apenas ratifica o

---

<sup>48</sup> Cfr. Programa..., ob. cit., p. 359.

artigo 37, § 6º, da Constituição, como também lhe aprimora o conteúdo normativo, a partir de uma melhor sistematização da responsabilidade civil por *fato do serviço*, que é a sua pedra de toque.

A noção de *fato do serviço*, inspirada no artigo 14 e § 1º, do Código do Consumidor, abre-nos a compreensão: fato do serviço é todo evento danoso causado por um *serviço defeituoso*, assim entendido aquele que frustra a *segurança* dele esperada, segundo uma ordem variada de *circunstâncias* a apurar, com base no *modo* de execução, o *resultado* e o *risco* da atividade, a *época* do fornecimento<sup>49</sup>. Esclarece-se, a mais, na parte conclusiva do artigo 14, que a *insuficiência* ou *inadequação* das informações sobre a fruição e riscos do serviço também podem impor a obrigação de indenizar.

Relativamente ao serviço notarial e de registros públicos, em que pese o norte constitucional dos artigos 37, § 6º, e 236, a importância do Código do Consumidor assenta na *clareza* e *especificidade* dos critérios normativos que delimitam a responsabilidade objetiva dos fornecedores de bens e serviços. Até o Código Civil ganha em sentido e alcance. É o caso do parágrafo único do artigo 927. A responsabilidade fundada no *risco da atividade*, examinada sob a influência do artigo 14, § 1º, referido, abrange todos os serviços potencialmente perigosos. Todavia, o dever de indenizar somente se justifica, ensina Cavalieri<sup>50</sup>, quando houver *defeito do serviço*, isto é, aquele serviço que fragilizar a segurança dele legitimamente esperada.

Em matéria de notas e registros públicos, tanto os usuários como a sociedade em geral, todos confiam que os serviços serão executados com *segurança* e *informações adequadas* sobre os riscos jurídicos inerentes ao tipo negocial visado. No comércio imobiliário, por exemplo, o comprador não pode ser surpreendido com a falsidade da procuração outorgada pelos vendedores; ou com a falta de uma determinada certidão negativa – de ônus reais; de débito fiscal; de ações distribuídas; de protesto. Por ocasião de um testamento público ou cerrado, o testador tem a justa expectativa, absolutamente legítima, de que o tabelião será rigoroso na observância das forma-

---

<sup>49</sup> Cfr. Art. 14, § 1º, I, II e III.

<sup>50</sup> Cfr. Programa..., ob. cit., p. 509.

lidades legais, instruindo-o, suficiente e corretamente, quanto ao acerto jurídico das disposições testamentárias. Se o testamento vier a ser anulado, por vício formal ou de conteúdo, os herdeiros e legatários prejudicados, se os houver, terão direito à reparação dos danos experimentados, provado o nexo causal, que se consubstanciará, no caso, pela quebra do dever de segurança jurídica ou pela erronia das informações prestadas.

Pondere-se, por último, que notários e registradores não se favorecem da responsabilidade *subjetiva* reconhecida aos profissionais *liberais*, por força do artigo 14, § 4º, do Código do Consumidor, tendo sido acolhida pelo Código Civil, como se infere da ressalva feita no artigo 951<sup>51</sup>. Notários e registradores, a teor do artigo 3º da Lei 8.935/94, são *profissionais do Direito*, dotados de *fé pública*; logo, não são profissionais *liberais*, beneficiários da exceção do § 4º do artigo 14, referido. Para eles, profissionais do Direito, aprovados em concurso público e fiscalizados pelo Poder Judiciário, nos aspectos técnico e disciplinar, domina o sistema da responsabilidade *objetiva*, consoante dispõe o artigo 22 da Lei 8.935/94, em tudo ajustado ao artigo 37, § 6º, da Constituição. O risco que assumem é o *risco administrativo* do Estado que substituem, *alargado* pelo risco profissional e pelo risco empresarial da atividade notarial e registrária. Por sua *especialidade*, primeiramente incide a norma do artigo 22 da Lei 8.935/94, c/c o 37, § 6º, da Constituição; ao depois, *supletivamente*, vêm o Código do Consumidor e o Código Civil, máxime, respectivamente, os artigos 3º e § 2º; 14, §§ 1º, 2º e 3º, c/c o 22, parágrafo único; e 927, parágrafo único, e 933.

## VI. CAUSAS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

No estudo da responsabilidade objetiva, é curial analisarem as causas excludentes do nexo causal, que muitos denominam de exclusão da responsabilidade. No Código do Consumidor, o § 3º do artigo 14 refere-se às hipóteses de inexistência de serviço defeituoso e culpa exclusiva da vítima ou de terceiro. A doutrina tradicional

---

<sup>51</sup> Cfr. Gagliano, *ob. cit.*, p. 230-231. A tendência, no momento, é manter a responsabilidade subjetiva dos profissionais *liberais*, mercê inclusive do princípio da especialidade do art. 14, § 4º.



acrescenta o caso fortuito ou de força maior. Se alguma dessas causas se verificar, o efeito será a ruptura do nexo causal e a exoneração civil do fornecedor do serviço só *aparentemente* defeituoso.

Diante do serviço das notas e registros públicos, essa questão suscita nuances e delicadezas. No caso das notas, o tabelião coloca-se entre os operadores mais gabaritados do Direito, incumbindo-lhe ouvir a vontade das partes, orientá-las e instruí-las, até que alcancem, no plano jurídico, a satisfação de suas legítimas necessidades. Um simples reconhecimento de assinatura pode engendrar prejuízo, como eventualmente sucede na compra de automóveis, haja vista a exigência dos órgãos de trânsito de que o reconhecimento se faça por autenticidade e não por semelhança. A facção de um testamento pode enveredar pelo temário mais intrincado do Direito Privado, desde a nomeação de herdeiros ou legatários, respeitando a legítima, a certas disposições condicionais ou fideicomissárias. A qualificação dos diferentes títulos, confiada à discricionariedade do registrador, reclama reflexão cuidadosa e fincado saber jurídico, para certificar-se da inteira conformação do tipo negocial à vontade da lei.

Se o notário-registrador, no desempenho do seu mister, vier a causar qualquer prejuízo às partes ou a terceiros, por ter faltado ao dever de *segurança e informação*, o serviço será reputado *defeituoso*, impondo, em decorrência, a obrigação de indenizar os danos patrimoniais e morais. Para ilustrar, considere-se: reconhecimento de firma falsa; procuração falsificada, gerando a invalidade da venda; registro de título aquisitivo ou de direito real, preterindo título anterior prenotado; certidões negativas fraudulentas; exigências abusivas, como seria o consentimento do cônjuge casado pelo regime de separação obrigatória, na hipótese de venda de ascendente a descendente (cfr. Cód. Civil, art. 496, parágrafo único).

O usuário, por sua vez, pode incorrer em *culpa exclusiva*<sup>52</sup>. Impende evidenciar que o fato imputável se constitui em causa *direta e necessária* do dano. O interessado terá de fazer declarações inexatas ou falsas, sendo impossível ao notário-registrador corrigi-

---

<sup>52</sup> Melhor seria dizer *fato exclusiva*. Cavalieri, ob. cit., p. 509, critica o equívoco, preferindo a expressão fato do serviço, mais condizente – pondera – com o sistema de responsabilidade objetiva.

las ou evitá-las. É a hipótese de venda simulada (CCiv., art. 167); ou do ascendente que omite a existência de outros filhos (CCiv., art. 496); ou da modificação intencional do verdadeiro estado civil, inclusive o estado de companheiro, no caso de união estável; ou declarar falsamente a quitação de débito condominial (cfr. Lei 7.433, de 18.12.1985, art. 2º, § 2º). Exibir procuração falsa não eximirá o tabelião frente ao adquirente prejudicado de boa fé, por se enquadrar, em princípio, na teoria do *fortuito interno*. As declarações de preço vil ou superestimado devem ser flagradas e retificadas no instrumento respectivo. O dever de *segurança*, que inclui dois outros, o de *autenticidade* e de *eficácia*, nos termos do artigo 1º da Lei 8.935/94, condiciona o notário-registrador a agir sempre com o máximo de diligência e cautela, mensurando as possibilidades do bom e mau êxito, no afã de prevenir, no limite humano, todo e qualquer evento danoso<sup>53</sup>. Este modo de proceder deve ser, para ele, normal e útil, uma espécie de ritual, pronto a renovar, a cada dia, com o ânimo do que disse Goethe, numa metáfora, citado por Gustave Rumelin, “como centro negro do alvo que se deve sempre visar, embora nem sempre se consiga atingi-lo”.

*Terceiro* será aquele inteiramente estranho ao serviço notarial e registrário. Se algum empregado, preposto ou representante enredar-se em falcatruas, contra o cartório, manter-se-á inalterada a responsabilidade objetiva do notário-registrador. O *fato* de terceiro há de ser único e decisivo. Na dicção da lei: culpa exclusiva. Recordo um caso da minha judicatura que talvez possa servir de exemplo. O falsário conseguiu enganar o escrevente de um ofício de notas, obtendo dele procuração falsa outorgada pelos vendedores, que residiam no exterior. Cerca de dez anos depois, tendo achado comprador, uma empresa de incorporação imobiliária, foram todos a outro serviço notarial, que lavrou a escritura de venda e compra. Pois bem. Concluído o edifício de apartamentos, vindo o casal de vendedores ao Brasil, acabaram descobrindo, em tarde de passeio ao bairro do outrora terreno baldio, que no local tinha sido erguido um condomí-

---

<sup>53</sup> Nas relações de consumo, que incluem o serviço notarial e de registros, há de considerar-se a norma do parágrafo único do art. 7º, inflexível quanto à responsabilidade *solidária* de todos os autores da ofensa aos direitos do consumidor.

nio de luxo. O falso procurador desaparecera no mundo; o cartório da escritura definitiva alegava obediência ao rol de formalidades; a empresa incorporadora argumentava que as circunstâncias do negócio, seja a procuração, seja a documentação, tudo era de aparente normalidade. Mas a procuração do casal vendedor era *falsa*. Jungido ao Código do Consumidor, supletivamente, penso que o ofício da escritura de venda poderia defender-se com a dirimente do fato exclusivo de terceiro. Responsável seria o tabelião do cartório onde se outorgou a falsa procuração, com direito regressivo em face do seu preposto<sup>54</sup>.

Tratando-se de serviço notarial ou registrário, as excludentes do *caso fortuito* ou *força maior* são de pouca valia. A distinção conceitual, sobremodo polêmica, deveria quedar-se na simplicidade da lei civil, desde o Código de 1916 como o de 2002, que condensa o significado das duas expressões, acorde o texto do artigo 393, parágrafo único. Inclino-me mesmo a marchar com aqueles que se recusam aplicá-las no sistema do Código do Consumidor<sup>55</sup>. A explicação que encontro não é a falta de previsão no tópico das excludentes. O que me seduz é pensar que o caso fortuito ou força maior se agasalham na escusa do *fato de terceiro*. Até a doutrina, com a jurisprudência, costumam inserir o caso fortuito quando discutem o ato de terceiro<sup>56</sup>. Diga-se mais: no sistema de responsabilidade objetiva pelo risco do empresa ou atividade, o caso fortuito e a força maior não afastam o dever de indenizar. Mesmo a teoria do *fortuito interno*, querendo resolver os fatos imprevisíveis, ligados à estrutura da empresa, ocorridos no curso da fabricação ou da execução do serviço, viceja no conceito de *serviço defeituoso*, precisamente porque este decorre da violação objetiva do dever de *segurança*, frustrando as expectativas legíti-

---

<sup>54</sup> Essa questão não é fácil. O avanço dos meios fraudulentos impõe ao notário maior empenho e diligência, nomeadamente ante casos de representação. Por vezes, simples telefonema pode impedir a consumação do ilícito; ou o interesse de contatar o mandante ou alguma pessoa do relacionamento dele. Procurações antigas devem ser renovadas, ao menos em razão de comportamento ajustado à sua eficácia.

<sup>55</sup> Assim Nelson Nery e Rosa Maria, *Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 736.

<sup>56</sup> Cfr. Cagliano, *ob. cit.*, p. 128.

mas do usuário, que ocorre ao notariado e aos registros públicos justo para proteger-se dos riscos inerentes ao comércio jurídico, infundindo, nos seus negócios, a chancela da publicidade, autenticidade, eficácia e fé pública. Tampouco interessa ao usuário conhecer as circunstâncias determinantes do defeito; quanto a ele, garantido pela presunção de vulnerabilidade e inversão do ônus da prova, basta o fracasso do fim esperado.

## VII. CONCLUSÕES RELEVANTES

Da afirmação do caráter exclusivamente privado da atividade notarial e de registros públicos, afigura-se-me lícito concluir, com folgada margem de segurança, o seguinte:

1ª) Até a Constituição de 1969, por força do seu artigo 107, justificava-se o entendimento corrente de que os titulares de cartórios – do foro judicial e extrajudicial – eram agentes ou servidores públicos, e por seus atos danosos respondia o Estado. O Ministro Moreira Alves, em voto paradigmático, chegou a apregoar a existência de uma única dívida e duas responsabilidades: “a da Administração perante o lesado, baseada na teoria do risco administrativo, e a do autor do dano, com fundamento na teoria da culpa. Quem deve ao lesado, em princípio, é aquela; mas este também é responsável pela dívida, desde que tenha agido com culpa ou dolo”<sup>57</sup>.

2ª) Na vigência da Constituição de 1988, ao mandamento do artigo 236 e parágrafos, com a explicitação exegética dos artigos 31 e 32 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, insistir no entendimento de que os titulares de cartórios extrajudiciais são “agentes” ou “servidores” públicos, ainda em sentido amplo, parece atritar com o novo regime de delegação do serviço notarial e de registros públicos, que se faz, agora, em caráter exclusivamente privado, com independência funcional e administrativa, e sem reservar à Administração Pública o poder de operá-lo a seu risco direto.

De conseguinte, na eventualidade de danos materiais e morais aos usuários e a terceiros, a responsabilidade civil objetiva, fundada no risco profissional ou do empreendimento, será do delegatário,

---

<sup>57</sup> Cfr. N. 5, *supra*.

com direito regressivo contra os empregados e substitutos, no caso de dolo ou culpa, inexistindo, nessa questão, antinomia ou conflito; muito ao revés, integram-se harmoniosamente à norma dos artigos 22, da Lei 8.935/94, e 37, § 6º, da Constituição.

3ª) Malgrado, subsiste a responsabilidade do Estado em três hipóteses, a saber: a) no caso dos cartórios oficializados, segundo a ressalva do artigo 32 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ocorrendo danos aos usuários ou terceiros, aplicar-se-á o preceito do artigo 37, § 6º, da Constituição, *c/c* o 22, parágrafo único, do Código do Consumidor; b) no caso de danos decorrentes da fiscalização judiciária, provado onexo causal, podendo configurar-se, nesta espécie, por *exceção*, a solidariedade do delegatário de cartório privativo; c) no caso de cartórios vagos, a que falte substituto, tendo a Fiscalização Judiciária designado um responsável, ou ainda nos períodos de intervenção disciplinar.

Essas exceções não alcançam - esclareça-se - o notário e o registrador mantidos na titularidade do cartório, amparados pelo *direito adquirido*, conforme dispõe o artigo 47 da Lei 8.935/94, sendo em tudo *equiparados* aos delegatários concursados, pena de ofensa ao princípio constitucional da igualdade.

4ª) Consagrar a responsabilidade objetiva do delegatário de notas e registros públicos é *atualizar* a tábua axiológica dessa atividade profissional, uma das mais caras para as relações humanas, exatamente por serem os cartórios extrajudiciais depositários preferenciais da fé pública, que se haure na verdade dos multi-inspirados fatos da vida. A melhor exegese, a mais justa e socialmente aceitável, manda afirmar-se que a norma especial do artigo 22 da Lei 8.935/94 apenas densifica e explicita o princípio reitor do artigo 37, § 6º, da Constituição.

Insistir na teoria da responsabilidade subjetiva, ao sofisma da qualidade de agente ou servidor público, ou porque o serviço é de origem estatal, sob a fiscalização do Judiciário, é cair na tentação patrimonialista que reduz o Estado com a sociedade a servidão de conveniências e anelos particulares, cumprindo, por isso mesmo, aprimorar-se a concepção republicana de poder, como ordena a Constituição, que recria as práticas pretéritas de socializar obrigações tipicamente privadas.

Para o notário-registrador não vale a teoria do risco administrativo; vale, ao revés, o fundamento ético do risco profissional que aconselha à formação de um certo fundo pecuniário, com ou sem *seguro*, para atender prontamente à reparação de danos materiais e morais, de resto inevitáveis.☞

# Responsabilidade Civil, por Protesto de Títulos. Danos Possíveis ao Devedor

Décio Xavier Gama  
*Desembargador do TJ/RJ e Coordenador da  
REVISTA DA EMERJ.*

1. O protesto cambial sempre foi definido como simples prova da apresentação do título ao devedor, seja para constituí-lo em mora, seja para resguardar o direito de regresso do portador contra o endossante. A antiga Lei de Falências ainda exigia o protesto (especial) com o que se caracterizava a impontualidade do devedor (Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945), para que se pudesse postular a falência do insolvente, tendo como base os arts. 1º e 11 da mesma Lei. Como meio de prova, portanto, por falta de pagamento do título, falta de aceite ou de devolução, no caso da duplicata remetida pelo vendedor (art.13 da Lei nº 5.474/68), sempre foi considerado o protesto um direito do portador que incumbia a ele próprio comprovar, para assegurar a consecução de seus direitos.

2. O Decreto nº 2.044, de 11 de novembro de 1908, que definiu a Letra de Câmbio e a Nota Promissória, bem como instituiu o protesto que deve ser tirado (art. 28) de uma ou de outra, ensejou a adoção, em muitas leis posteriores, de idêntica providência para os títulos de crédito que surgiram, desde o cheque, a duplicata ou triplicata, até notas de crédito rural, cédulas de crédito comercial, industrial e outros.

3. Assim, numerosas leis que regulam títulos cobráveis por execução, ou como previsto na antiga ação executiva do C.P.C. de 1939, se reportaram, à vetusta Lei Cambial (Decreto nº 2.044, de 1908), para serem aplicados dispositivos idênticos sobre o protesto. Aquela lei (arts. 28 a 33) foi que deu as linhas de um conceito para protesto da Letra e da Nota Promissória, abrindo caminho para a prática da medida em tantos outros títulos de natureza executiva. Quando a Lei Uniforme de Genebra (LUG) foi adotada no Brasil (Decreto nº 57.663 de 24.1.1966, art. 44), repetiram-se, em seu texto, os mesmos trâmites do sistema do protesto. Assim, para outros títulos em leis próprias, tais como as leis do cheque, da duplicata, inclusive a de prestação de serviços, as das cédulas diversas, de crédito da exportação, de crédito comercial, de crédito industrial e rural, a cédula hipotecária, as notas de Crédito Rural, de Crédito Comercial, de Crédito industrial, as contas judicialmente verificadas, a sentença judicial, o *Warrant*, (título emitido por Armazéns Gerais na forma do art. 23 do Decreto nº 1.102, de 21.11.1903, que representa a mercadoria depositada para emissão do título dado em garantia), o Contrato de Câmbio (art. 75, da Lei nº 4.728, de 14.7.65) e outros títulos.

4. **O Protesto do Contrato de Câmbio:** Os Contratos de Câmbio são documentos protestáveis, segundo o art. 75 da Lei nº 4.728, de 14.7.1965, que disciplina o Mercado de Capitais. Essa Lei tratou também da Alienação Fiduciária dada em garantia (art. 66 e seguintes) no âmbito do mercado financeiro e de Capitais, e reproduziu, no art. 75 e §§, o protesto do contrato de câmbio, para fins de permitir a cobrança das perdas e danos, por execução.

5. No tocante ao Contrato de Câmbio, não se tratava de título de crédito, mas de um pacto de compra e venda de moeda estrangeira. No caso do descumprimento do contrato, o prejuízo de um dos contratantes teria de ser apurado pela diferença entre a taxa do contrato e a do dia em que fosse efetuado o pagamento, conforme cotação da moeda fornecida pelo Banco Central. Há uma oscilação quase diária da taxa a ser considerada para cálculo daquele prejuízo e é o protesto que assegura o direito de o credor apurar o



valor do dano a ser pago pelo que descumpriu a convenção e deixou de entregar a moeda.

6. O mencionado art. 75 da Lei nº 4.728/65 atualizou a antiga norma que previa o protesto para fins de ser requerida a execução do inadimplente. Aquele contrato formal e específico para operações de compra e venda de moeda estrangeira na compra ou venda de mercadoria do exterior, teve sempre o protesto como a primeira medida efetiva de cobrança contra o inadimplente. Não se protestava o título, contudo, para poder executar o crédito ou o devedor, mas para, em primeiro lugar, advertir o devedor, não raro, dado o tempo decorrido para fins de evitar a prescrição e, em segundo lugar, protestava-se o contrato, obrigatoriamente, para habilitar o credor à cobrança de perdas e danos quando não se entregava a moeda no exterior, uma vez que se frustrara a operação de compra e venda. Esse prejuízo do credor é calculado, como se viu, pela diferença entre o valor da taxa vigorante no dia da compra e o do dia do efetivo cumprimento da obrigação.

7. **Novas Normas sobre o Protesto de Títulos:** A Lei nº 9.492, de 10.11.1997, em seu art. 1º, definiu, o protesto de títulos como sendo "ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida". Essa Lei tão recente reproduziu, de certa forma, o antigo e notório conceito do protesto e coube a outras leis próprias de cada um dos títulos cambiariformes, adotar tal finalidade da medida.

8. Contra o devedor, seja o emitente do título (nota promissória), ou aceitante da letra e da duplicata, o protesto é facultativo, porque a execução pode se iniciar independentemente de protesto. Mas, no caso dos títulos não aceitos, cabe o protesto por falta de aceite, ou de pagamento, ou até por falta de devolução do título entregue pelo credor. O protesto nesse caso é medida que deve ser adotada pelo credor, quando se sabe que aquela medida foi tomada para fins de assegurar seus direitos, pelo menos para constituir o devedor em mora. Nada pode alegar o notificado contra a medida.

9. Assim, na hipótese de títulos de dívida, ainda não reconhecida ou não aceita pelo devedor, mas que tenham aspectos cambiais, há também a previsão do protesto por falta de aceite ou de pagamento. Nesse caso, se se trata de protesto tirado em cartório com danos para o devedor este, de fato, pode vir a comprovar que nada deve, ou que não incidiu em atraso no pagamento. Pode, por isto, a vítima do ato arbitrário, exigir a reparação do dano material ou moral.

10. Com efeito, de há muito a existência de títulos protestados nos Registros respectivos, contra pessoa física ou empresas, passou a significar uma indicação de inidoneidade comercial ou moral do devedor. As informações “negativadas” (o neologismo já em uso no setor) sobre a pessoa pesquisada, nos registros ou cadastros bancários e comerciais, equivalem hoje à marca para possível denegação de novos créditos, ou indício de conceito comercial duvidoso. Isso implica, sem dúvida, em um prejuízo causado por bancos, lojas ou credores, seja pelo protesto indevido, seja pela manutenção de um registro de protesto desnecessário ou realizado sem comunicação ao devedor. Tais registros passaram a representar verdadeiros Bancos de Dados de nomes de inadimplentes com suas obrigações comerciais.

11. Não eram esses os objetivos iniciais do protesto e da criação de cartórios encarregados de expedir as certidões respectivas. O Comércio e hábitos de autoproteção contra devedores inadimplentes foi que os levaram a buscar dados no registro público para verificar quais os devedores que já tinham nomes marcados com débitos em aberto, para lhes negarem crédito, ou novos financiamentos. Fizeram mais: criaram e ampliaram seus próprios registros à semelhança de Banco de Dados, e em cada praça, ou Estado. Foram, os SPC, os SERASA e outros órgãos, com possibilidade de divulgação dos nomes em registro de “negativado”. Cada empresa pode ter anotações sobre pessoas que não merecem figurar como seus novos compradores a prazo, ou tomadores de empréstimos. Para isto se organizam os cadastros bancários e os serviços de informações individuais nas Agências Bancárias, mas é certo que a

divulgação indevida de dados incorretos sobre pessoas idôneas traz prejuízo àquelas pessoas. Até mesmo danos morais, porque terão a sua idoneidade, ou o seu conceito exposto ao público como de suposto devedor inadimplente, ou, pelo menos, em dúvida para futuras transações.<sup>1</sup>

12. Tenho informações seguras de que, em alguns países, onde também vigora sistema idêntico, porque adotadas igualmente as Leis Uniformes em matéria de Letras de Câmbio, Notas Promissórias e Cheque, *não existem aqueles registros*. Apenas se fornece ao credor, que exhibe o título na repartição competente (no Brasil seria o Cartório distribuidor de títulos para o registro dos protestos), a prova de que ali manifestou o portador do título o propósito de receber o seu crédito, cabendo a ele próprio, promover a intimação para a cobrança.<sup>2</sup>

13. Os cartões de crédito emitidos mediante contrato. Os Cartões de crédito, com os quais a clientela bancária se credencia no comércio como merecedor de crédito sem mais verificação de outros elementos que assegurem longo financiamento, entram também como fator de subdivisão de parcelamento das dívidas do comprador em novas e pequenas prestações. É um pacto de três partes: o emissor do cartão, geralmente o estabelecimento bancário; o por-

---

<sup>1</sup> Há alguns anos jornais que ficaram conhecidos como da imprensa marrom adquiriam relações dos protestos e ameaçavam divulgar seus nomes sob pena de exigirem certa soma em dinheiro. A Egrégia Corregedoria tomando conhecimento do escândalo proibiu aos Registros e Distribuição de Protestos de fazerem aquela divulgação, remunerada ou não.


<sup>2</sup> O Comércio e o financiamento das vendas. O desenvolvimento estupendo de negócios de compra e venda financiada, cada vez mais facilitada para operações de valor acessível a pessoas de parcas rendas, levou à emissão de títulos sob as mais variadas formas de contratos. Além dos títulos acima mencionados, criados por leis diversas, as duplicatas são subdivididas em pagamentos de parcelas mensais, mediante carnês, com especificações de valores mensais desdobrados, sempre tudo vinculado à dívida inicialmente contraída, sendo certo, contudo, que tais carnês, recibos e qualquer outro documento sem as características que precisam estar descritos no respectivo instrumento (art. 29 da Lei) não ensejam, a prática do ato de protesto. Protestável é o título de dívida em forma que assegure a execução. Ou que autorize requerimento de falência do devedor. Não qualquer recibo redigido pelo credor, mesmo que, represente um suposto crédito a ser exigido do devedor. Já se cogita de levar a protesto meros recibos expedidos por pessoa formal como é o caso de Administração de condomínios com suas cobranças mensais de mensalidades para manutenção de serviços. Cogita-se, com isto, evitar as ações judiciais próprias e, pela via processual adequada, para se adotar a entrega de volume considerável de meros recibos emitidos, a cada mês, ao distribuidor de protestos.

tador do cartão, cliente identificado pelo Banco, e o vendedor ou prestador de serviço de interesse do comprador. Daí a necessidade de uma perfeita identificação das três partes e principalmente daquele comprador, que se obriga a liquidar o débito, no prazo, perante o emissor do cartão, ou financiador do negócio. Não pode, nenhuma dessas três partes, negligenciar-se no cumprimento de sua obrigação, sob pena de transferir para uma das outras duas o ônus de uma eventual frustração dessa tríplice negociação. Assim, a identificação do portador ou a verificação do seu limite de crédito. A remessa do débito para registro numa agência que reúna os dados de devedores, para conhecimento de terceiros, terá que se cercar de cuidados, porque de protesto não se cogita e, se o pagamento do débito já se dera antes, estará incorrendo em prática de danos, no mínimo culposa. Cabe, assim, ao causador do prejuízo, com o protesto indevido ressarcir os danos que vierem a ser apurados.

14. Intolerável, por outro lado, seria o credor adotar a medida com a simples intenção de intimidar o devedor, ou mesmo, de tisonar o seu conceito, ao fazer incluir o seu nome na lista organizada e livre de ser vista por terceiros, de pessoas desacreditadas na praça.

15. Da mesma forma os créditos ou meros recibos de aluguéis, ou *até parcelas* supostamente representativas de parte de uma operação mercantil, podem ser objeto de protesto extrajudicial.

16. Tem-se notícia de que as empresas concessionárias de serviços públicos (Telefonia, Energia elétrica, Fornecimento de Água, Captação de Esgoto) passaram a ameaçar àqueles a quem prestam serviço, com o protesto de seus recibos, ou carnês de cobrança mensal para mancharem conceitos, sejam de pessoas humildes, sejam de empresas. Com toda evidência essa não é a forma da cobrança de créditos. Valendo-se dos Juizados Especiais Cíveis e até Criminais, um maior número de pessoas de poucos recursos, estão colocando aquelas concessionárias no topo das campeãs como rés em ações que objetivam receber indenização por danos morais. E, ao que se sabe, a grande maioria tem logrado êxito.

**17. Conclusão.** Daí resulta que o comerciante que emite recibos em parcelas de um todo sem características de título cambial, e que procura incluir o devedor de tais parcelas em Registros ou cadastros de devedores inadimplentes, ou que procura tirar protestos em Cartórios, está à procura da intimidação, não de cobrança do crédito, mas de querer expor o devedor a situações vexatórias. 

# Responsabilidade Médica

Grácia Cristina Moreira do Rosário  
Juíza de Direito do TJ/RJ. Doutoranda e Mestre  
- Universidade Gama Filho do Rio de Janeiro

Os Códigos atuais atuam de maneira variada, no que concerne à topografia dos dispositivos que tratam desta matéria; uns a colocam como responsabilidade sem culpa, outros, entre os dispositivos referentes à responsabilidade subjetiva.

Com o surgimento do Código de Defesa ao Consumidor, em 1990, no seu artigo 14, parágrafo 4º, os profissionais liberais, prestadores de serviços no microsistema do citado código consumerista, submetem-se à regra da teoria subjetiva, na interpretação literal, para desencadear-se a obrigação de reparar os danos. Eis a íntegra do dispositivo: "A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa."

O Código Civil de 2002, no art. 951, diz:

*"O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício da atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho."*

Assim, não sendo caracterizada a culpa, não há responsabilidade, pois o direito brasileiro não acolhe a tese do risco profissional.

A responsabilidade médica é o fardo que pesa sobre o médico de suportar as conseqüências oriundas de certas falhas por ele cometidas no exercício da medicina, podendo nascer uma duplicidade de ação, na esfera cível e penal, respectivamente.

Em contrapartida, a responsabilidade é uma segurança para o médico prudente, consciencioso e culto, sendo também uma barre-

ra contra os pedidos fantasiosos e caprichosos dos clientes descontentes.

O fato de ser o médico responsável pelos seus atos não significa que ele é, necessariamente, culpado se um determinado procedimento não der certo. Pode haver resultados inesperados e danosos pelos quais o médico seria responsável; todavia, se houver a observação das práticas reconhecidas e aceitas, respeitando as normas legais vigentes no país, não haverá a imputação da culpa ou, ao menos, a sua atenuação. Esta regra encontra-se insculpida no artigo 21 do Código de Ética (Resolução nº. 1.246, de 8 de janeiro de 1988), do Conselho Federal de Medicina.

No que diz respeito à iatrogenia, utilizam-se as expressões sinônimas seguintes: *iatropatia*, *iatrogenose*, *iatropatogenia* e *psiquiatrogenose*. A iatrogenia possui a característica de um estado ou prejuízo provocado por um ato médico em pessoas sadias ou doentes.

## RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL

A distinção jurídica da responsabilidade médica é controvertida. De um lado, há os que abraçam a responsabilidade extracontratual ou aquiliana; de um outro, há aqueles que a empregam na seara da responsabilidade contratual.

Na culpa extracontratual, é imprescindível provar o dever negativo de não prejudicar (*neminem laedere*), comprovando o atuar injusto, evidenciando que ocorreu a repercussão na órbita jurídica do lesado, causando-lhe um dano específico.

Gerson Luiz Carlos Branco<sup>1</sup> considera que: "Sempre que alguém viole um direito de crédito (ilícito relativo) está sujeito à responsabilidade contratual, e quando viole um dever geral (ilícito absoluto) está sujeito à responsabilidade extracontratual".

Apesar do discurso sobre a real existência de dois regimes de responsabilidade e das diferenças possíveis de apontar, no caso em questão, a diferença básica está em que na responsabilidade

---

<sup>1</sup> BRANCO, Gerson Luiz Carlos. "Aspectos da Responsabilidade Civil e do dano médico". Nº 733. São Paulo: Revista dos Tribunais. Nov/96. P. 58.

contratual basta ao autor de uma demanda provar a existência de um dano pelo inadimplemento de um contrato ou pelo seu mau adimplemento. Por outro lado, na responsabilidade extracontratual, cabe ao credor provar, além de um dano, que há um nexo de causalidade entre uma conduta (culpável) do devedor e tal dano. Em outras palavras, a prova da conduta é o ônus do cliente.

O conhecimento do médico é flexível e presumível. Não obstante,<sup>1</sup> há doenças diferenciadas com sintomas semelhantes, podendo ocorrer o equívoco quanto ao diagnóstico. Assim, o erro de diagnóstico nem sempre será culposo. O Magistrado, no caso concreto, deverá examinar se houve a conduta culposa no modo de procedimento do diagnóstico, e não examinar as teorias e métodos clínicos ou cirúrgicos utilizados.

A culpa do médico deve ser analisada amplamente, pois os métodos utilizados no exame e no tratamento deverão ser escolhidos em razão da concretude do caso, podendo, inclusive, colocar-se repentinamente, exigindo decisão imediata. Assim, na seleção da trilha a seguir é que o especialista deverá se mostrar prudente, diligente e perito. O médico não poderá assumir tratamento que esteja acima de seus conhecimentos, como o não-especialista em oftalmologia não deve aceitar o encargo de uma cirurgia oftalmológica em uma cidade em que existam oftalmologistas.

O médico assume a responsabilidade desde o diagnóstico clínico ou laboratorial, pois da constatação ocorrerão as medidas terapêuticas cabíveis. O erro no diagnóstico implica grave prejuízo. A medicação não adequada pode agravar o mal patente e ainda manifestar contra-indicações.

José de Aguiar Dias aduz uma situação insólita de ocorrência, denominada erro de prognóstico: "Pode, apesar de raro, apresentar-se o caso de responsabilidade médica derivada de erro de prognóstico. A norma que o profissional deve seguir é a de que o prognóstico, estando sujeito a imponderáveis de toda sorte, exige a maior soma de prudência e reflexão. Considera-se capaz de gerar a responsabilidade do médico o prognóstico que formula, em perícia, mesmo em face de queimaduras externas e profundas, de incapaciti-



dade temporária do paciente, quando menos aconselhava ao médico a abstenção ou prudência no parecer”.<sup>2</sup>

## RESPONSABILIDADE CONTRATUAL

### Conceito

O contrato é um ato jurídico bilateral, pois deriva de duas ou mais declarações de vontade, objetivando criar, modificar ou extinguir obrigações.<sup>3</sup>

No plano contratual, a compensação pode decorrer de relações nas seguintes etapas: do nascimento, do aperfeiçoamento e do exercício da demanda. Assim, as modalidades da responsabilidade contratual são: pré-contratual, contratual propriamente dita e pós-contratual.

Na responsabilidade pré-contratual, pode ocorrer a recusa de contratar, culminando na figura indenizatória quanto aos gastos efetuados, na reparação do ato, bem como a negação injusta do pagamento dos prejuízos dele decorrentes.

Philippe Le Torneau<sup>4</sup> diz ser necessário apreciar a fonte contratual. Do contrato surge a responsabilidade contratual. Os problemas podem aparecer nos períodos pré ou pós-contratual, resultando da situação de incerteza sobre a existência do contrato.

O descumprimento ou retardamento de uma obrigação contratual ensejará uma responsabilidade contratual, precedida também pela teoria da culpa.

## SIMULTANEIDADE DA RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL

A responsabilidade contratual e a extracontratual poderão exsurgir no mesmo momento, desde que se verifiquem, simultaneamente, a violação de direitos advindos do contrato e a transgressão dos direitos que ao lesado assistam, independente do contrato.

---

<sup>2</sup> DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 2. Ed. V. I. Rio de Janeiro: Forense, 1950. p. 296.

<sup>3</sup> WALD, Arnold. Obrigações e Contratos, 13ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 183.0

<sup>4</sup> *“Cette nécessité coule de service. Sans contrat, point de responsabilité contractuelle. Cette limpidité est cependant troublée quant aux périodes pré ou post contractuelles et quant à la situation résultante de l’incertitude sur l’existence d’un contrat”*. TOURNEAU, Philippe Le. La responsabilité civile. 10 éd. Paris: Dalloz, p. 66.

Caio Mário da Silva Pereira, citando Genèviève Viney, informa uma nova propensão para a solução do conflito: “Existe uma tendência moderna no sentido de afastar a responsabilidade civil desta dicotomização em contratual e aquiliana”. Alguns autores, em verdade, detêm-se numa terceira categoria, ou em um *tertium genus*, considerando como caráter autônomo a responsabilidade profissional (transportadores, médicos, fabricantes, construtores, notários), que assumiria condições de um tipo especial de “responsabilidade legal”, porque regida por legislação especial.<sup>5</sup>

## DANO MORAL E DANO ESTÉTICO

### Dano Moral

A reparação, tendo em vista o dano moral, é marcada por três etapas distintas. Na primeira, negativista, prevalecia o entendimento segundo o qual não era cabível a indenização por danos extrapatrimoniais. Na segunda etapa, com início em 1966, a reparação era ofertada em determinados casos. A reparação do dano moral é recente, fruto da evolução do Direito.

O artigo 5º da Carta Magna encontra-se inserido no capítulo I, que versa sobre os direitos e deveres individuais e coletivos. O inciso X do referido dispositivo afirma serem invioláveis determinados direitos do homem, como: a vida privada, a honra e a imagem. Esse rol é exemplificativo, podendo a lei designar outros direitos a serem protegidos.

Para configuração do erro médico, é necessário que se caracterize falta de cuidado, se o resultado foi previsto pelo agente que não o evitou ou se, ao menos, era previsível. E é diante da falta de cautela que se viola o dever de cuidar, que é a própria essência da culpa. Assim, o médico que agir com negligência e imperícia ensejará o dever de indenizar a vítima.

No caso de ofensa à saúde, a indenização compreende as despesas de tratamento e os lucros cessantes, além da verba referente ao dano moral, se presente a lesão psíquica em função do sofrimento e dos transtornos suportados pela vítima.

---

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 251.

Os irmãos Mazeaud afirmam que os tribunais, freqüentemente, condenam os erros de diagnóstico, as negligências oriundas das falhas operatórias, e até mesmo a falta grosseira, se a falta advier do consentimento do doente para uma operação ou tratamento perigoso.<sup>6</sup>

### Dano estético

A origem da palavra estética provém do grego *aisthetikós*, que traduz sensação.

Dano estético é qualquer modificação duradoura ou permanente na aparência externa de uma pessoa, modificação esta que lhe acarreta um “enfeamento” que lhe causa humilhações e desgostos, dando origem, portanto, a um constrangimento perpétuo.

O dever do médico em face do cliente se caracteriza pela personalidade, a qual o médico deve exercer pelo melhor resultado e pela confiabilidade, pois que o cliente se entrega confiante à ação do profissional. Deve este corresponder a essa fiduciariedade.

O dano estético ofende os direitos da personalidade, que são os direitos da pessoa humana de ser respeitada e protegida em todos os seus atos dignos de proteção jurídica, bem como na sua esfera privada e íntima.

Teresa Ancona Lopez informa que a cumulação do dano estético com o dano moral só deverá ocorrer em casos excepcionalmente graves, quando ocorrer deformações ou desfigurações que ocasionem, imediatamente, uma situação de vergonha ao lesionado e, imediatamente, sua exclusão do meio social.

A citada autora aduz que:

*“Dessa forma, não só é possível, mas principalmente justa, a cumulação do dano estético com o dano moral, por serem dois tipos de danos à pessoa, ou seja, atingem bens jurídicos diferentes. O dano estético (dano físico) é dano objetivo, que ofende um dos direitos da personalidade, o direito à integridade física. Não precisa ser provado, é o *damnum in re ipsa*. O sofrimento e a dor integram esse tipo de dano. O dano moral*

---

<sup>6</sup>MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon; MAZEAUD, Jean. ob. cit., p. 397.

*é o dano à imagem social, à nova dificuldade na vida de relação, ao complexo de inferioridade na convivência humana.”<sup>7</sup>*

Assim, sendo o dano extrapatrimonial constatado diretamente ou sob prescrição judicial, deve-se, encontrar sob o pálio do Direito, deve resolver ou prevenir máculas do gênero. Desse modo, homenageia-se o âmago da teoria da responsabilidade civil e o princípio do *neminem laedere*.

## OBRIGAÇÃO DE MEIO E OBRIGAÇÃO DE RESULTADO

### Erro médico

O ato médico deflagrador da responsabilidade consiste em uma conduta, ação ou omissão culposas, nas modalidades de negligência, imprudência e imperícia.

Segundo Nestor José Forster<sup>8</sup>:

*“Os erros médicos funcionariam como um estímulo à pesquisa e à tomada de providências para que fossem evitados no futuro, impedindo, dessa forma, a “analgesia da rotina”, em que freqüentemente incidem os profissionais, não só os médicos. É a automatização de determinadas práticas que são repetidas pelo costume, e não, necessariamente, por serem benéficas. A ocorrência de erros levaria à autocrítica, sempre saudável.”<sup>9</sup>*

O erro médico pode ser tipificado em seis modalidades:

I - erros e acidentes de anestesia (o risco da anestesia não pode ser maior que o risco da cirurgia);

---

<sup>7</sup>MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez. O dano estético. Responsabilidade Civil. 2ª Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 126-127.

<sup>8</sup>FORSTER, Nestor José. “Cirurgia plástica estética: obrigação de resultado ou obrigação de meios?” São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 738. Abril, 1997, p. 83.

<sup>9</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Câmara, 1. “Evidenciado o erro médico que causou a morte da vítima, impõe-se, solidariamente, o dever de indenizar entre a equipe médica que realizou a cirurgia, o hospital e a empresa responsável pelo plano de saúde. Assim, podem os familiares da vítima fatal optarem por demandar todos ou apenas um dos responsáveis pela defeituosa prestação de serviços”. Apelação Cível nº 48.248/98. Relator: Desembargador Waldir Leôncio. Distrito Federal. 24 de agosto de 1998. Adv. Seleções Jurídicas. Rio de Janeiro, p. 51. Set/out. 2000.

II - erros de diagnóstico (operar uma mulher grávida, como portadora de fibroma, levando-a à morte);

III - erros de tratamento (continuar tratamento que cause perturbações neurológicas ao doente);

IV - erros de prognósticos;

V - erros de perícia médica (prognóstico que formula, em perícia, a incapacidade laborativa do paciente por seis meses, quando, na realidade, a incapacidade em razão das lesões ocorridas deverá permear um período de dois anos);

VI - a falta de higiene (omissão das regras de higiene após o procedimento cirúrgico).

Desse modo, levou-se à conscientização de que o erro médico é punível e indenizável, desde que cause uma conduta danosa.

### **Obrigação de meio**

Na obrigação de meio, o médico se compromete a prestar assistência de forma diligente, prudente e eficiente, bem como a utilizar todos os meios intelectuais e técnicos disponíveis para atingir o melhor resultado possível, ou seja, restaurar a saúde do paciente.

O dever de instruir o paciente ou o representante que dele cuida é rompido quando o médico não aconselha a mudança de medicamento no tratamento, em casos de agravamento ou minoramento da doença, continuando com a medicação anterior que já não possui os efeitos necessários ou extrapola os mesmos. O médico, em princípio, não poderá omitir o risco do processo operatório, devendo, antes do aconselhamento, observar o estado psíquico do paciente.

A obrigação de meio dar-se-á quando a prestação exigir do devedor a utilização de certo meio, sem compeli-lo à obtenção de determinado resultado.

O médico oferta todos os seus esforços e utiliza os meios indispensáveis à obtenção de cura do paciente sem assegurar o resultado, isto é, a cura em si.

É claro que o resultado desejado é a cura. Contudo, esse fim não poderá ser exigido do clínico, visto que a ciência médica é imperfeita. A cada minuto surgem enfermidades anônimas, desafiando, assim, novas fronteiras. Conseqüentemente, o resultado não pode ser exigido de nenhuma pessoa, inclusive do terapeuta.

## Obrigação de resultado

Para que ocorra a obrigação de resultado, é necessário um contrato que possua um fim socioeconômico.

A cirurgia estética é uma excepcionalidade em relação à regra no que concerne à obrigação do médico, pois deverá atingir o resultado almejado pelo paciente que, em princípio, não se encontra com a saúde maculada.

Na cirurgia estética, o cliente visa à correção de uma imperfeição ou melhoria de sua aparência. Não é uma situação emergencial. O paciente, em princípio, não corre risco, o médico possui uma atuação diminuta.

Caso o médico operador atue com prudência, perícia, conhecimento, quando dentro das normas inerentes à Medicina, incabível será responsabilizá-lo no caso de falecimento do paciente ou agravamento de seu estado em decorrência da operação.<sup>10</sup>

Vale ressaltar que existem entendimentos enaltecendo a obrigação de meio decorrente de operação plástica, afirmando bastar que o médico cumpra com o dever de cuidado, com zelo e diligência, utilizando todos os recursos existentes no campo da Medicina.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> "Não têm razão, pois, os que censuram a Medicina por se pôr a serviço da beleza, acusando-a de emparelhar-se com o charlatanismo. Bem ao contrário, a Medicina e a cirurgia confinam, nesse caso, de maneira grandiosa, com a missão de restituir à vida, à alegria e ao amor quem deles andava apartado por ter nascido defeituoso ou ter ficado em virtude de um desastre ou crime". DIAS, José Aguiar. Ob. cit., p. 300.

<sup>11</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Turma, 3. "Civil e processual – Cirurgia estética ou plástica, obrigação de resultado (responsabilidade contratual ou objetiva) indenização – inversão do ônus da prova. I- Contratada a realização da cirurgia estética embelezadora, o cirurgião assume compromisso de resultado (responsabilidade contratual ou objetiva), devendo indenizar pelo não cumprimento da mesma, decorrente de alguma deformidade ou de alguma irregularidade. II- Cabível a inversão do ônus da prova. III- Recurso conhecido e provido. No corpo de vista do Min. Carlos Albero Menezes, encontra-se um estudo do Min. Ruy Rosado de Aguiar, afirmando que: *O acerto está, no entanto, com os que atribuem ao cirurgião estético uma obrigação de meios. Embora se diga que os cirurgiões plásticos prometem corrigir, sem o que ninguém se submete sendo são, a uma intervenção cirúrgica, pelo que assumiram eles pela obrigação de alcançar o resultado prometido, a verdade é que a área está presente em toda intervenção cirúrgica, e são previsíveis as reações de cada organismo à agressão do ato cirúrgico. Pode acontecer que algum cirurgião plástico, ou muitos deles, assegurem a obtenção de certo resultado, mas isso não define a natureza da obrigação, não altera a sua categoria jurídica, que continua sendo sempre a obrigação de prestar um serviço que traz consigo o risco. É bem verdade que se pode examinar com maior rigor o elemento culpa, pois mais facilmente se constata a imprudência na conduta do cirurgião que se aventura à prática da cirurgia estética, que tinha chances reais, tanto que ocorrente, de fracasso. A falta de uma informação precisa sobre o risco, e a não obtenção de consentimento plenamente esclarecido, conduzirão, eventualmente, à responsabilidade do cirurgião, mas por descumprimento culposo da obrigação de meios.*" Recurso especial no 81101/PR. Relator: Ministro Waldemar Zveiter. Brasília, 13 de abril de 1999. <http://www.tj.rj.gov.br>.

# O CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR – LEI 8.078 DE 11/09/1990

## Direitos do Consumidor

O surgimento do Código de Defesa do Consumidor permitiu a elaboração de um conjunto de regras especiais denominadas *Direito do Consumidor*.

A intenção do Direito do Consumidor é o equilíbrio das prestações entre profissional e consumidor, aumentando-se as garantias do mais fraco na relação.

Os princípios fortalecem o consumidor, condicionando o exercício da atividade econômica, modificando a mentalidade das pessoas envolvidas diretamente, viabilizando o desenvolvimento harmônico do mercado de consumo.

Cumpra mencionar os princípios que regem a relação:

O princípio da equidade contratual equivale ao equilíbrio entre direitos e deveres nos contratos para alcançar a justiça contratual. A tendência do direito evoluído é estabelecer paridade, uma função social do contrato.

O princípio da confiança garante ao consumidor a adequação do produto e do serviço.

O princípio da transparência máxima está tipificado no artigo 4º, *caput*, da Lei 8.078/90, e consiste na lealdade e no respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, tendo por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos e a melhoria da sua qualidade de vida.

O princípio da vulnerabilidade revela-se na posição vulnerável do consumidor perante os mecanismos de produção, comercialização e divulgação utilizados para atraí-lo ao consumo compulsivo. Não interessa a condição social, cultural ou econômica do consumidor. A sociedade atual alimenta a idéia de que o sucesso é medido pelo poder de consumo da pessoa. A vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educados ou ignorantes, crédulos ou espertos. Já a hipossuficiência é marca pessoal, limita alguns, até mesmo uma coletividade, mas nunca todos os consumidores, destinatários finais para utilizar os bens

adquiridos em proveito próprio, satisfazendo uma necessidade pessoal, não sendo objeto de revenda ou acréscimo na cadeia produtiva.

O princípio da boa-fé objetiva, inspirado no inciso III do artigo 4º do CDC, corresponde a um estado de espírito em harmonia com a manifestação de vontade que vinculou as partes contratantes; é a intenção pura, isenta de dolo ou má-fé, manifestada com lealdade e sinceridade, de modo a induzir a outra parte a engano ou erro.

### **Cláusulas abusivas**

Cláusulas abusivas, também denominadas cláusulas vexatórias, leoninas, opressivas ou exorbitantes, são aquelas que envolvem obrigações iníquas, desequilibrando o contrato entre as partes, maculando os princípios gerais vigorantes na relação consumerista. Apesar de permanecerem dentro de seus limites, possuem uma finalidade diversa daquela que o legislador almejou. Assim, exorbita do direito de pactuar o contraente que se utiliza da relação para obtenção de proveito injusto e abusivo.

Em razão do controle das cláusulas leoninas, que exsurgiu com a intenção de evitar injustiças, o Código do Consumidor abraçou o controle judiciário no artigo 51, parágrafo 4º, afirmando a nulidade de pleno direito das cláusulas vexatórias. O controle da Justiça depende da deflagração da ação pelo lesado.

O legislador inseriu o princípio da conservação, invalidando, unicamente, a cláusula abusiva. Nula a cláusula, o contrato subsiste, caso ocorram a segurança e equilíbrio entre as partes.

Dessa forma, o contrato só estará livre de nulidade, como um todo, caso a ausência da cláusula acarrete ônus excessivo a uma ou ambas as partes, de acordo com o artigo 51, parágrafo 2º do CDC.

### **A responsabilidade dos profissionais liberais em face do Código de Defesa do Consumidor**

Com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor houve uma modificação no tratamento conferido ao consumidor no direito brasileiro, que passou a ter à sua disposição um sistema de proteção coerente, eficiente e moderno.

Os direitos protegidos pela Lei nº 8.078 de 1990 são de ordem pública, sendo assim, irrenunciáveis e indisponíveis.



O artigo 14 e seu parágrafo 4º do CPDC aduz a responsabilidade dos profissionais liberais, incluindo a responsabilidade profissional do médico.

*“Art. 14 – O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados ao consumidor por defeitos relativos à prestação de serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.*

*Parágrafo 4º - A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.”*

O tratamento diferenciado que os profissionais liberais recebem, incluindo os médicos, deriva da natureza *intuitu personae* dos serviços prestados, face ao princípio da confiança inspiradora do cliente.

É importante ressaltar que o resultado negativo de um ato médico nem sempre deriva de um erro médico; dependerá, sim, do estado de saúde do paciente.

O médico assume o dever da diligência e utilização de todas as técnicas colocadas à sua disposição para alcançar o objetivo desejado.

O médico só se alforriará do dever de indenizar se provar um fato que a Lei considere hábil para romper o nexo de causalidade.

Considerados aptos a romper o vínculo causal são os seguintes fatos:

- a - que não foi o médico apontado que prestou o serviço;
- b - que o serviço não continha vícios; e
- c - culpa exclusiva da vítima ou de terceiros.

Com o surgimento da Lei 8.078 de 1990, passou a ser de suma importância a atenção especial dos médicos em relação à redação dos contratos, discriminando, detalhadamente, os serviços pactuados, incluindo, nas cláusulas, a possibilidade da ocorrência de efeitos colaterais que poderão suceder ao longo do tratamento. Essas instruções são importantes, caso ocorra algum problema com o pa-

ciente vindo a originar uma demanda judicial, a fim de o julgador poder captar a existência ou não de culpa médica.<sup>12</sup>

É importante afirmar que o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, em relação às normas que regulam as relações com os profissionais liberais, possui a finalidade precípua de oferecer tranquilidade para os profissionais trabalharem com segurança e os pacientes obterem a proteção de seus direitos, livrando-se, assim, dos incompetentes e dos oportunistas.

A proteção à vida e à integridade física e moral do homem são direitos naturais, ou seja, da essência das civilizações. Assim, é perfeitamente viável que venha à baila a emoção, o sofrimento e, quiçá, a satisfação quando da análise de situações inerentes ao campo da medicina, envolvendo saúde, profissionais, médicos, doentes e nosocômios. É sabido que inúmeros problemas envolvem o campo da responsabilidade civil, considerando as diversas modificações a que a Medicina está vulnerável.

O progresso constante da Medicina e o aparecimento de novas enfermidades dificultam, algumas vezes, a solução de conflitos entre profissional e paciente. Não obstante, a cura de doenças através de medicamentos eficazes traz grande alegria à população. Haja vista, no mundo médico nada é imutável, o ciclo se renova constantemente, pois esta parte da ciência cuida do ser humano que vive em constante mutação quanto ao *modus vivendi*, como a alimentação e os cuidados com o corpo, que passaram a ser observados com mais cautela no fim do século passado e no início do presente.

Os desafios que se colocam frente aos tribunais e doutrinadores pátrios, envolvendo o mundo da Medicina, estão longe de total pacificação, em especial porque oferecem uma série de incertezas e novas descobertas. Assim, é necessária intensa discussão sobre o tema proposto para o encontro da solução das questões suscitadas, sem prejuízo da integridade física dos pacientes. ☺

---

<sup>12</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Câmara, 3. "Plano de saúde empresarial com cláusula de exclusão para transplante de fígado necessitado pelo apelado. Impossibilidade, pois nula a cláusula restrita por abusividade (inciso IV e parágrafo 1º, do artigo 51 do CDC). Desmedida, exagerada e excessiva vantagem à apelante, em detrimento dos interesses e dos direitos da apelada. Afastamento dos princípios previstos no capítulo XIV, título V, do CCBA e que informam a mutualidade, a força obrigatória dos contratos e a autonomia da vontade, ao delimitarem os riscos contratuais – Recurso Improvido." Apelação Cível no. 031.550-4/6. Relator: Desembargador Antonio Manssur. São Paulo, 17 de novembro de 1998. Adv. Seleções Jurídicas. Rio de Janeiro, p. 84. mai./jun.1999.

# Teoria da Ação

Álvaro Mayrink da Costa  
*Desembargador (aposentado) do TJ/RJ.  
Presidente do Fórum Permanente de  
Execução Penal da EMERJ. Professor de  
Direito Penal e Criminologia.*

## 1. A POLÊMICA EM TORNO DO CONCEITO DE AÇÃO

1.1 Na atualidade, quando se faz referências ao *conceito de ação*, está-se falando de parte do *conceito de injusto*, isto é, de um segmento que é comum a todo tipo de injusto penal. O questionamento do conceito de ação<sup>1</sup> tem se desenvolvido no campo da *teoria geral do injusto* se referindo-se à denominada *imputação objetiva*, aquela em que o tipo objetivo se diferencia entre a relação causal e a relação de imputação em sentido mais estrito.

1.2 Como diz Jakobs, a teoria da relação específica de *imputação objetiva* pontualiza o conceito de ação, pois não tem por objeto o que está fora, mas sim, a própria ação. A relação entre o conceito de ação, de um lado, e a compreensão da razão da existência do Direito Penal, de outro, não é incompatível com a postura hegeliana. Para Jakobs, "*o conceito de ação não existe fora da sociedade, mas dentro da sociedade*", devendo-se combinar o *conceito jurídico-penal* de ação, com o de *sociedade* e o de *Direito Penal*. Desta forma, busca-se responder às objeções lançadas contra a *visão funcional* do lado subjetivo, sob dois aspectos: a) conduz a uma *total instrumentalização do indivíduo* em favor de interesses coletivos; b) priva o *princípio da culpabilidade* da força para proteger o indivíduo dos chamados excessos primários do poder punitivo. Não se trata de substituir o Direito Penal existente por algo novo, mas sim por uma

---

<sup>1</sup> Jakobs, *Strafrecht*, A. T., *Die Grundsatzlehre und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., 1991, 6/1; Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts*, A. T., 4ª ed., 1988, 1.123; Maurach/Zipf, *Strafrecht*, A. T., t. I, 7ª ed., 1987, 16/1; Roxin, *Strafrecht*, A. T., t. I, 1992, 8/1; Schmidhäuser, *JZ*, 1986, 109 ss.

*nova interpretação*, tal como existe na atualidade. As propostas se direcionam para correções marginais, estando excluído um tratamento político-criminal ou moralizante do resultado da interpretação. A *interpretação funcional da culpabilidade* não referida aos fins está adequada com a realidade, inexiste perda na limitação da pena, pois pretender-se uma limitação por meio de uma culpabilidade não referida aos fins seria mero devaneio. Lembra Von Liszt: “*Dá-me um sistema penal e lhes darei justiça*”, para afirmar que, “*de onde tomar o sistema penal, disso nada sabe a justiça*”. A contestação de uma interpretação funcional do lado subjetivo do injusto provém de uma base deficiente, partindo de que a relação entre o injusto e a pena é a mesma entre o discurso e a resposta, a equiparação da *necessidade material da sociedade com interesses coletivos*, se refere a uma *sociedade total*. Assim, o indivíduo julgado sob essa necessidade material não se verá *instrumentalizado*, mas tomado como *pessoa social* em uma *sociedade real*<sup>2</sup>.

1.3 *O conceito de ação se converte na chave-mestra do Direito Penal de distintos sistemas sociais*. Ao se abordar o *conceito de ação*, está se falando de uma parte do conceito de injusto, ou mais concretamente de um segmento comum a todo tipo de injusto. Na crítica de Jakobs, em uma visão do problema sob o ângulo da *ação*, da *sociedade* e do *Direito Penal*, nas últimas décadas, as conclusões da discussão chegam a posições *causalistas* ou *finalistas*; porém, na atualidade a discussão, no âmbito da teoria geral do injusto, se refere à denominada *imputabilidade objetiva*. Formula duas indagações: a) *a imputabilidade objetiva é comum a toda a classe de injustos?*; b) *surgiu do conceito de ação um novo segmento de teoria geral do injusto?* Para dar a resposta, diz que se trata de um *único problema*, a teoria da relação específica da imputação objetiva pontualiza o conceito de ação, procurando construir a relação entre o conceito de ação, de um lado, e a compreensão da razão existencial do Direito Penal em uma sociedade, do outro<sup>3</sup>. Seria um programa não incompatível com a escola de

---

<sup>2</sup>Jakobs, *op. cit.*, 145.

<sup>3</sup>Jakobs, “*Der strafrechtliche Handlungsbegriff*”, in *Schriften der Juristischen Studiengesellschaft*, Regensburg e V. Hilt 10, C. H. Beck, München, 1992.

Hegel, mas sim com a de Von Liszt e com as vertentes welzelianas. O conceito de ação não se procura *antes da sociedade*, mas sim *dentro da sociedade*.

1.4 Não é a *natureza* que dá ensejo ao que seja *ação*, como pensava a escola de Von Liszt, através da separação entre o físico e o psíquico, como também pode ser extraído da ontologia, como buscou Welzel como o ponto de partida na finalidade do atuar humano. Na posição de Jakobs, o âmbito do conceito de ação é decisivo à *interpretação da realidade social*, mobilizando no sentido de que se possa compreendê-la no que está relacionada com o Direito Penal. Exalta que um *conceito jurídico-penal de ação* deve combinar o binômio *sociedade-Direito Penal*. Recorde-se que tal posição é rara em tempos pós-hegelianos, pois vimos que é habitual considerar-se o conceito de ação: a) elemento comum a todas as modalidades de injusto, sendo a culpabilidade parte do mesmo; b) refere tão-só ao que há de comum no injusto, no sentido estrito, com reserva de eventual justificação. Pretende-se que o conceito de ação constitua um *elemento de conexão* que possa levar os predicados típico, antijurídico e culpável. Afirma-se uma *função delimitadora*. Na visão de Jakobs tal função não é mais do que o reverso do que se seleciona como *elemento de conexão*.

1.5 A ação, como fenômeno jurídico, cumpre seu papel sistemático antes do tipo penal, sendo seu *pressuposto*, pois na sua ausência não há como inquirir a realização fática do tipo. Tem razão Gallas ao comentar que conceber a ação como *elemento*, como *ação típica* e jamais como *pressuposto do tipo*, conduziria a consequências inadmissíveis. A discussão em torno do seu conceito pressupõe a presença de uma *vontade reitor*a. Ao curso da evolução temática, registramos a controvérsia e seu momento atual em termos da conceituação *final* de ação. Não vamos nos limitar ao que já está superado e constitui o museu histórico do finalismo, isto é, a finalidade do conceito (ôntico) e a sua possibilidade de ser incluído no injusto negligente. Há que se formular um *sistema conceptual de ação* e para efeitos didáticos, anotaremos questões básicas da abordagem histórico-evolutiva.

*1.6 A ação é atividade consciente dirigida a um objetivo finalisticamente determinado. O conceito de ação<sup>4</sup> reconhece várias denominações. Alguns autores preferem a palavra ato e reservam o vocábulo ação para a modalidade positiva em que o sujeito atua mediante movimento corporal, e, para tanto, sustentam que a ação é "o efeito do fazer", não admitindo a forma omissiva. Os teóricos usam das mais variadas formas os vocábulos "conduta", "comportamento", "fato", "fato punível", "acontecimento", com sentido quase equivalente. Senão vejamos: (a) M. E. Mayer, falando em delitos sem manifestação da vontade, propõe a palavra "acontecimento" (*Geschehnis*); (b) um grande número de penalistas alemães usa a expressão "conduta" (*Verhalten*), também adotada por inúmeros autores italianos, argentinos e espanhóis; (c) outros utilizam indistintamente ato e fato<sup>5</sup> (d) finalmente, ainda há os que adjetivam: "fato punível", "fato legal".<sup>6</sup>*

É a conduta humana (ação ou omissão) o ponto básico da reação jurídico-penal e o objeto dos predicados que a convolam quando em injusto penal. O Direito Penal é de ato e não de autor ou de vontade. Só por exceção alguns tipos são estruturalmente construídos com patamar em comportamentos habituais do autor. Como bem explana Muñoz Conde, a distinção entre o *Direito Penal de ato* ou *de fato* e o *Direito Penal de autor* não se constitui em uma questão sistemática, mas sim política e ideológica.

O Direito Penal, conjunto de normas jurídicas, tetradimensionalizado, produto historicamente condicionado, é importante mecanismo de controle social, primário e formalizado, cuja missão é a proteção de bens jurídicos fundamentais, referidas à ordem axiológica constitucional, estabelecendo finalidades político-criminais de garantia não relativas. O estágio atual de corte funcionalista e normativo, sancionando comportamentos socialmente

---

<sup>4</sup>Para muitos penalistas o conceito de ação, na teoria do delito, estabelece o mínimo de elementos que determinam a relevância de um comportamento humano no campo do Direito Penal, isto é, o mínimo relevante para a imputação, dependendo do conceito de um juízo de valor instituído pelo tipo penal, negando-se que a ação possa ser objeto de tratamento em plano anterior ao tipo. Já para outros, a ação é realizadora do tipo, pois não podem adquirir importância condutas que não o são. O tipo é que cria a conduta.

<sup>5</sup> Neste sentido: Mezger, Liszt e Asúa.

<sup>6</sup> Neste sentido: Maurach e Nuñez.

desvalorados, sob o argumento da exigência de justiça e prevenção, dá novos contornos ao bem jurídico supra-individual e ao tipo penal, tornando a excepcionalidade regra, a pretexto de eficácia. Diante de uma sociedade de riscos, para a obtenção de resultados justos e adequados, reprovase na pós-modernidade o simbolismo do sistema emergencial a fim de evitar a supressão ou a limitação de direitos fundamentais, em detrimento dos princípios que norteiam o Estado Democrático de Direito. Perseguindo uma maior precisão terminológica, adota-se a orientação que elabora a correção do princípio do fato pelo princípio da conduta, vislumbrando um *Direito Penal de ato* e não de autor ou vontade.

A construção da dogmática do conceito de injusto é a construção do conceito de ato punível.

## 2. A IMPORTÂNCIA COMO VALOR SISTEMÁTICO CONCEITUAL

2.1 A importância sistemática da ação revela-se em razão do ordenamento dos caracteres do injusto e, obviamente, devido à configuração dos tipos. Como vimos, a ação e a omissão são as *formas do ato*, sendo que na ação o autor viola uma proibição (comissivo), ao passo que na *omissão*, transgredir uma ordem (omissivo). A omissão, como abstenção do obrar, oferta dois tipos penais: *omissivos puros* e *omissivos por omissão*. No injusto *omissivo próprio*, que só pode ser praticado por omissão, a lei pune o *não fazer*, o *abster-se*. A conduta omissiva só tem relevância penal quando representa inadimplemento de um dever jurídico. Nos injustos omissivos próprios ou puros, a conduta negativa tipificadora está descrita na norma.

2.2 A nosso aviso, sendo a ação final e não um puro acontecimento *causal*, o *conceito de ação* pertence integralmente à *tipicidade*, advertindo-se que são os tipos que a descreve, cujo desvalor emana dos tipos de injustos descritos na norma, concebida a conduta como a manifestação da vontade dirigida à realização da meta final, isto é, a concretização de um determinado objetivo (*omne ens intelligens agit propter finem*).

O conceito de ação não é um conceito valorativo. O afirmar que alguém realizou uma ação não transcende ao campo jurídico-

penal, sendo tão-só uma afirmação pré-jurídica, meramente descritiva, natural. *Ação típica* não é a que está descrita no tipo, mas sim a que é *imputável objetivamente ao autor*. Aduza-se que só se pode imputar objetivamente uma ação, ou uma ação e seu resultado, quando existir a possibilidade de controlar o acontecimento causal, quando os atos são expressão de uma *possibilidade objetiva de pretender*. O que define a imputação é a possibilidade objetiva de produzir ou evitar uma ação ou uma ação e seu resultado. Para a *imputação subjetiva* se requer a imputabilidade (capacidade de atribuição) e a possibilidade do conhecimento da antijuridicidade.

2.3 Assinalou Hellmuth. Mayer, que só Feuerbach e Köstlin fizeram uma nova sistematização do Direito Penal, partindo de pressupostos histórico-filosóficos, identificados estruturalmente com o kantianismo e o hegelianismo, abrindo o campo especulativo na área dogmática. Nos dias atuais encontrarmos o finalismo com seus pressupostos ontológicos, *reformulando o sistema da teoria do injusto* e retirando a ação captada em sua realidade ôntica, que acredita apreendida pelo legislador. Devemos inicialmente ressaltar o valor sistemático para a constituição dos distintos movimentos teleológico-valorativos, causais ou apenas empíricos, de índole material ou formal para a discussão dialética contemporânea. Na arquitetura sistêmica, está o critério limitativo que reduz a problemática de vários endereços instáveis nas múltiplas direções metodológicas: (a) causalidade; (b) condições objetivas de punibilidade; (c) autoria; (d) co-participação; (e) tentativa. Correto Gallas ao afirmar que *"a teoria final da ação surge, considerada sua vinculação histórica, como conclusão provisória de uma evolução caracterizada pela progressiva decomposição e transformação do sistema Liszt-Beling"*. Partindo do pensamento abstrato para o sistema e, na impossibilidade de uma visão conjuntural, não se podem olvidar: (a) as incidências das fases *abstrata, sistemática* ou *concreta*; (b) as exigências de política criminal no campo pragmático; (c) o homem como *ser humano* na prática criminosa; (d) a imperiosidade do fenômeno jurídico (delito) na forma analítica. A visão dos contrastes nos múltiplos endereços (político-criminal, metodológico, axiológico, ôntico ou normativo) mostra a *realidade* e a *verdade social* em que se deve assentar o sistema.



2.4 Vislumbramos que pode coexistir um fato perceptível pelos sentidos, como requisito causal do injusto, sem levar em conta a relevância jurídica ou significativa para o grupo societário.

Há inúmeras vertentes. Para ser adotado um ponto de vista sistemático, teremos que partir de um conceito de ação generalizadora ou abstrata que converta *todas* as figuras jurídicas. O conceito de ação pertence ao plano ôntico. É um fato existencial e não uma abstração; é "*um conceito realista e, por conseguinte, ontológico*".

Discute-se se a ação pertence aos fundamentos jurídico-políticos (*teoria da interpretação*) ou aos fundamentos ontológicos. Para Mezger, está inscrita nas categorias teoréticas do conhecimento e dos fundamentos ontológicos da dogmática penal, existindo um *tipo de ação* distinto do *tipo de injusto* e de *culpabilidade*. A metodologia dualista enfocava a ação em duas fases: (a) *aspecto exterior* da vontade sem se interessar pelo *conteúdo* (objeto da *vexata quaestio*); (b) *aspecto interno*, penetração na *vontade* conferida na teoria da culpabilidade. Na primeira, (a), se compunha a relação de causalidade e, na segunda, (b), a ação significava conduta volitiva, comportamento humano derivado de uma manifestação de vontade concebida só em função causal.

Todavia, de tais posturas proliferaram inúmeras correntes, desde os *irracionalistas* ou *institucionalistas*<sup>7</sup> até Baumann e, a partir de 1970, surge a vertente *sistemático-funcional-sistêmica* que sustenta que os conceitos então elaborados não são científicos e que são dependentes de suas finalidades penais de política criminal ou ações de política geral. Seriam impostos não por dados ônticos ou da natureza, mas em razão de objetivos preestabelecidos.

Tem tal vertente patamar no *funcionalismo sistêmico sociológico* e seus representantes mais destacados são Jakobs e Roxin. Digase que tais construções buscam sistematizar o delito a partir das funções dadas à pessoa, num retorno neokantiano.

### 2.5 *Quais são os pressupostos da direção tradicional?*

Santamaria resume: (a) a ação é concebida por fundamentos

<sup>7</sup> Neste sentido: Mezger, Lehrbuch, v. 1, 4ª ed., 1952.

<sup>8</sup> Neste sentido: Dahm e Schaffstein.

naturalistas; (b) a vontade postulada como uma simples conexão externa, sem indagar se é querido ou não o resultado produzido; (c) a ação como consequência do impulso que, na ação, provém da vontade e que, no fato natural, nasce do fenômeno incontrolável da natureza, não importando que seja ou não querido no resultado provocado ou produzido; (d) a ação penetra no campo do Direito Penal como fenômeno físico, embora Max Ernest Mayer tivesse postulado uma fórmula para corrigir os caracteres da ação, ao comparar a restrição que deve experimentar esta ação com a índole ética, visto que a valoração jurídica está no resultado (relação de causalidade).

### 2.6 *Quais as respostas dadas nas divergências welzelianas?*

Como Welzel entende que o *conceito de ação* pertence ao ontológico, quando compara e vincula o legislador no seu decidir, visto que *"a estrutura ôntica da ação precede a toda valorização e regulamentação, quem quer normatizar ações terá que respeitar a estrutura ontológica da ação*. A estrutura da atividade teleológica do homem, assim como a função de sua instrução, são coisas que o legislador não pode modificar". As respostas dos contestadores podem ser alinhadas: (a) o núcleo dos tipos é da alçada do legislador, sem que ao fazer a descrição esteja vinculado às estruturas lógico-positivas; (b) há distinção entre o ato humano, cheio de sentido, e o proveniente do animal, determinado por circunstâncias; (c) a função normativa da vontade na ação é um princípio não modificável na vontade do legislador.

É evidente que as contestações de Roxin e Hellmuth Mayer são bem diferentes das anteriormente esposadas por Mezger e, quando o *finalismo* deixa de querer postular a "capa" de escola, fica menos distante do *causalismo*.

Os pressupostos histórico-filosóficos, no entender de Dario Santamaria, são: (a) destacar o autor na teoria do delito e inundar de personalismo o tipo e o injusto; (b) combater prioritariamente o causalismo; (c) formular a revisão da culpabilidade. Aliás, Schönke fala na necessidade de *"espiritualiza"* a culpabilidade, e Wolf e Crispigni já haviam aceitado a tese finalista na relação autor e ato.

Entendo que os pressupostos filosóficos da postura welzeliana oferecem nova oportunidade de vislumbrar a tarefa valorativa efetuada pelo Direito Penal.

2.7 Habitualmente são atribuídas ao conceito de ação as seguintes funções: a) elemento básico, comum a todas as formas de aparição do injusto, constituindo injusto em sentido estrito (com reserva de uma eventual justificação); b) elemento de conexão, pode levar os predicados *"típico, antijurídico e culpável"*. Assim, trata-se a questão, cujo alcance vem desde o final da estrutura do injusto, desde a culpabilidade. A importância deste conceito seria secundária do ponto de vista científico; c) corresponde a uma função delimitadora, que não é mais o reverso do que se selecione como elemento de conexão.<sup>9</sup>

Para Jakobs, que o conceito de ação enquanto conceito jurídico-penal deve garantir que a definição dos comportamentos jurídicos penalmente imputáveis não sejam uma mescla de elementos heterogêneos agrupados de qualquer maneira, sem uma unidade conceitual (atribui-se o conceito de ação exclusivamente à teoria do injusto).

No momento atual, é quase unânime na doutrina que o conceito de ação deve ser atribuído exclusivamente à teoria do injusto, posicionando-se a questão acerca do que seja tal conceito para o injusto e a culpabilidade.

E para resolver tal questão propõe-se a indagação: *de que forma a responsabilidade por culpabilidade é parte da ação?* A responsabilidade não pressupõe sempre algo que se possa chamar razoavelmente de ação. Conclui Jakobs: *"A responsabilidade pode também ser proveniente de como existe socialmente uma pessoa responsável, que possa trazer perturbações, como alguém traz desgraça."* A responsabilidade em tais circunstâncias pode denominar-se *responsabilidade pelo resultado (Erfolgshaftung)*.<sup>10</sup>

2.8 O importante não são as situações que necessariamente tenham existido historicamente, *mas uma sociedade que se imagine como sociedade em funcionamento*. Usando sua linguagem, *a ação seria a expressão de um sentido que consistiria na causação*

---

<sup>9</sup> Maihofer, *Der Handlungsbegriff in Verbrechenssystem*, 1953, 7ss; e Armin Kaufmann, *Strafrechtsdogmatik Zwischen Sein und Wert*, 1982, 21 ss.

<sup>10</sup> A. Kaufmann, *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, t. I, 1971; Jakobs, *Estudios de Derecho Penal*, Civitas, 1997. *"El concepto jurídico-penal de acción"*, 102-103.

individualmente evitável (aquelas causações que não se produziram se não concorresse uma motivação dominante dirigida a evitar conseqüências). Welzel destacou no final a "*perspectiva biocibernética*" de sua posição, mas o ponto de partida final situa-se no sentido da direção do comportamento. No estágio de desenvolvimento da teoria do injusto, a ação como produção individualmente evitável de um resultado e, por conseqüência, expressão de um sentido, é insatisfatória por duas razões: a) estar vinculada à inevitabilidade de um resultado externo (tentativa) e a comportamentos puníveis sem relação de causalidade (atos omissivos); b) tal concepção só tem uma face, individual-antropológica do problema, mas não a vertente social (para Jakobs, Welzel formulou corretamente esta discrepância, mas não extraiu as conseqüências necessárias). O esquema da interpretação é relevante e não se constitui em mero derivado da relação de causalidade ou de finalidade. Não se atribui a um ser humano como tomada de postura ou expressão de sentido todos os cursos derivados de um comportamento, sejam finais, previstos ou imprevistos. Tal atribuição só se produz se o comportamento de uma pessoa é condição determinante e não só fortuita do curso que leva ao resultado.

Jakobs, ao criticar o finalismo, declara que é o momento de combinar o ser humano e o curso causal através da imputação para a obtenção da ação humana, e não se pode fazê-lo utilizando exclusivamente a antecipação psicológica individual dos cursos causais, nem tampouco pelo mero fato de se conhecer a existência de tais sucessos psicológicos individuais que são produzidos em tal combinação. Conclui na direção de que esta vinculação só se obtém aplicando um esquema de interpretação e isto deriva da *constituição da sociedade* exclusivamente individual. Tal constatação tem o nome de *imputação objetiva*. É relevante observar em Jakobs que a *imputação objetiva* ou *inadequação social* não se soma ao conceito de ação como fundamento complementário da responsabilidade. A discussão que se estabelece sob o nome de *imputação objetiva*, acerca da relevância jurídica dos atos causais seria a busca da precisão da controvérsia relativa ao conceito de ação.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> Jakobs, Estudios de Derecho Penal, Civitas, 1997, "*El concepto jurídico-penal de acción*", 113-114.

Por fim, na lição de Jakobs, a ação incorpora a *evitabilidade* e a *culpabilidade*. A ação e a imputação da culpabilidade, que pressupõe a imputação do injusto, “*são o mesmo*”. *O comportamento deve ser objetivamente imputável, evitável e culpável*<sup>12</sup>.

2.9 O conceito de ação sempre se materializaria de modo derivado quando se reconhecesse a necessidade de um esquema social de interpretação (*não dá imputação objetiva quando se dá um passo; senão quando ocorre um comportamento socialmente relevante*). Diz Jakobs que “*a imputação objetiva elimina a modo de filtro todos aqueles comportamentos que não perturbem socialmente*.” E aduz: “*O que configura é o que cria riscos não permitidos, isto é, que causam uma lesão da vigência da norma no caso de concorrer a evitabilidade e a culpabilidade*.”<sup>13</sup>

Sob tal ponto de vista, a ação seria *algo socialmente inadequado*, razão pela qual existem regras de imputação socialmente relevantes para o que é socialmente adequado (pertencem a outro âmbito). Defende um conceito de ação material em relação a uma determinada sociedade (o caráter material é derivativo, mas fica claro que se trata da sociedade e não de particularidades individuais)<sup>14</sup>.

### 3. MODELO FINAL

3.1 O conceito de ação final, desenvolvido por Welzel em seu artigo “*Das Grundgefuge der verbrecherischen Handlung*”, ataca as bases do conceito tradicional de ação refutando o conceito de causalidade imperante na dogmática jurídico-penal anterior, principalmente em sua obra *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, combatendo os fundamentos filosóficos que estruturavam a dogmática imperante. O conceito de ação finalista é perfiado por Welzel na quarta edição do seu *Lehrbuch*, fazendo a distinção entre a ação negligente e a ação dolosa (“*ação humana é o exercício da atividade finalista*”). A vontade finalista aparece pelo aconte-

---

<sup>12</sup> Jakobs, *op. cit.*, 124.

<sup>11</sup> Jakobs, *op. cit.*, 124-125.

<sup>14</sup> Jakobs, *op. cit.*, 125.

cer real configurando uma ação dirigida. Distingue-se e se eleva a realização da vontade sobre toda a causação externa. Assim, a vontade é o fator configurador objetivo da ação, dirigindo-se a forma planificada para a consecução de seu objetivo (realização da vontade). O dolo pertence à ação como fator configurador objetivo. A função da doutrina da ação penal consiste em que “em virtude do momento da finalidade aparecem ligados o ato e o autor por um vínculo pessoal que excede a ação negligente, pois que, precisamente na ação dolosa, nos mostra como o ato externo, como realização de um fim, recebe a vontade do autor, animada e conduzida, formando uma unidade interna”.

A base sistemática fundamental da *teoria da ação finalística* consiste em declarar a *estrutura ontológica da ação*<sup>15</sup> ligada ao intérprete e ao legislador, não consistindo numa proposição destinada a resolver um problema determinado na lei (Roxin chamou de “*revolução copérmica do Direito Penal*”, que não tem seus limites na codificação penal).

*A teoria finalista não deduz suas conclusões de um determinado texto legal; indica bases para a sua interpretação*<sup>16</sup>.

Para Welzel, o *erro fundamental da teoria causal* consiste em que, além de olvidar a função constitutiva da vontade reitora, destrói e a converte em mero processo causal. Volta a repetir que a determinação do *conceito de tentativa* fracassa inteiramente na *teoria causal*, visto que ela não é um mero processo causal ao qual falta o resultado, mas uma ação que apresenta um evento proposto, onde o conteúdo da vontade é um elemento constitutivo. Aduz que, só quando é decisivo o modo de execução, pode satisfazer o conteúdo do injusto das ações negligentes. É óbvio que a *teoria da ação* não pode desprezar etapas dogmáticas (*tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade*) sempre estruturadas em relação aos predicados de *valor e juízo*.

Pergunta Welzel: “*Como se fazer um enunciado baseado sobre a ação típica, se colocamos entre parênteses o exame da estrutura interna da ação?*”

---

<sup>15</sup> Welzel, Kaufmann e Roxin.

<sup>16</sup> Consulte-se a magnífica monografia de Luis Luisi sobre “O tipo penal e a teoria finalista da ação”.

Diante dos críticos à *teoria finalista* sob a alegação de que o *conceito de ação* teria unicamente a função negativa de eliminar tudo que não constitui um movimento corporal voluntário, incidindo sobre a tipicidade e a antijuridicidade, o que faria dela uma "*teoria especial do injusto*"<sup>17</sup> responde Welzel afirmando que tal objeção em nada diminui sua significação, pois não tem a "*ambição de definir um conceito de ação válida exaustivo para todos os campos da vida*", bastando encontrar no pré-jurídico os seus predicados de valor. Afirma que, *se a estrutura final de ação deve ter um papel no conceito do injusto, tal deverá ocorrer por exame prévio.*

3.2 Ao estudar e posicionar o *conceito de ação*, fixando a estrutura fundamental da ação, Welzel escreve que a "*ação humana é o exercício da atividade final*". A *finalidade* ou o caráter final da ação se fundamenta no fato de que o homem por seu saber causal pode prever, dentro de certa faixa, as conseqüências possíveis de seu atuar. Dirige e comanda a consecução de seus fins. Para ele "*a atividade final é um obrar oriundo consciente deste fim*". Todos os atos estão dirigidos a um *fim* sujeito a um *plano prévio*. A *finalidade* está, pois, na capacidade da vontade de prever, é a vontade consciente do fim que dirige o acontecimento causal, convertendo-se numa *ação dirigida finalisticamente*. Aponta a *direção final de uma ação* dividindo-a em etapas que transcorrem na esfera do pensamento: (a) a antecipação do fim que o autor quer realizar; (b) a seleção dos meios da ação para a consecução do fim; (c) a consideração dos efeitos concomitantes. Assim, de acordo com a antecipação mental do fim, a eleição dos meios e o cômputo no cálculo dos efeitos concomitantes, o autor efetua sua ação no mundo real. A segunda etapa ocorre no mundo real, diz Welzel; é um processo causal dirigido pela definição do fim e dos meios na esfera do pensamento.

3.3 A *culpabilidade* na teoria finalista é normativa, consistindo em *um juízo de reprovação por um ato antijurídico*, quando era juridicamente possível exigir-se do autor uma atuação conforme o Direito. Tal concepção tem patamar de coincidência com o conceito neoclássico-causalista, mas se diferencia fundamentalmente quan-

---

<sup>17</sup> Gallas, Schünke, Schröder e Mezger.

do retira a culpabilidade dos componentes ou elementos psicológicos, dolo e negligência, os quais na concepção normativa neo-clássica formam parte do injusto penal.

A nosso aviso, *a culpabilidade é pura reprovação por ter o autor do ato realizado o injusto penal, quando tinha a opção de poder ter ou não atuado de conformidade com o Direito*. Trata-se, pois, de *reprovação pessoal*, visto que poderia ter obrado de outra maneira. Os *elementos de reprovação* ou de reprochabilidade são a *imputabilidade, a possibilidade do conhecimento da antijuridicidade* e a *exigibilidade de um comportamento* conforme o Direito.

Por derradeiro, o finalismo, ao *definir o dolo como finalidade de realização típica*, reduz o componente psicológico e translada parte dos elementos para o tipo. O *conhecimento da antijuridicidade deixa de formar o conteúdo psicológico do dolo, passando a formar parte essencial da reprovação da culpabilidade, sendo, pois, um conhecimento potencial*. Aduza-se que se fala no caso de erro, de proibição, se o erro é *inevitável* (não podia conhecer a antijuridicidade) ou *evitável* (podia conhecê-la), tendo por conclusão que, na primeira hipótese, não há culpabilidade, ao passo que, na segunda, seria admissível (*teoria da culpabilidade sobre o erro de proibição*).

3.4 A *teoria do dolo* sustenta que todo erro de proibição exclui o *dolo do autor*, mas se o erro de proibição se deve à negligência do autor, responde pela conduta negligente. Ao passo que, para a *teoria da culpabilidade*, o erro de proibição exclui a *culpabilidade*, se inevitável, e pode diminuí-la, sendo evitável, assinalando-se que, em ambos os casos, o dolo tem a ver com a culpabilidade. O marco do estudo está situado no *erro de proibição*, inclusive nos casos de erro sobre os pressupostos de ato de uma causa de justificação, dando lugar à *teoria estrita da culpabilidade*. Há também que se estudar uma *causa de justificação putativa*, tratada pela doutrina finalista como subcaso de erro de proibição, afirmando-se a inculpabilidade dolosa, ainda que seja possível a diminuição da resposta penal se o erro era vencível.

## 4. MODELO SOCIAL

4.1 Surge pela obra de Eberhard Schmidt a *teoria social* que é depois reavaliada por Wessels, Maurach, Jescheck e Maihofer, pre-



tendendo estimar a ação do ângulo objetivo da dimensão social, *colocando-se entre o conceito ontológico e o normativo*. Aceita a resolução da vontade e o lado exterior do fato ou sua conseqüência, como pertencentes ao dado ontológico, mas sob a significação objetiva da ação para a comunidade. Com isso, cabe decidir o conteúdo substancial social do acontecimento, sem que aceite, desde o início, que o ato se defina por sua contrariedade à norma.

Por fim, a polêmica quanto ao *conceito de ação* fica reduzida a dois grandes grupos: (a) os finalistas; e (b) os que se situam no enfoque *social*.

Inicialmente, tínhamos aderido ao segundo grupo, aceitando a explanação de Jescheck, pelos seguintes fundamentos: (a) é fiel expressão de uma ótica objetiva; (b) adapta-se à dimensão social das correntes jurídicas contemporâneas; (c) compreende melhor o axioma jurídico-penal, visto que uma concepção do ato não é pura realidade ontológica; (d) tem uma sistemática mais adequada, sem os fracionamentos do finalismo puro; (e) estabelece a integração entre o autor e a comunidade; (f) representa uma síntese, pois, antes de ser um fenômeno natural ou fisiológico, é social. *A conduta do agente está repleta de significação social*. Escreve Maurach que *"a modificação no mundo externo-físico não tem importância; o essencial é tão-só que implique uma relação valorativa no mundo circundante social"*. Conclui observando que *"o conceito de ação deve ser configurado de tal modo que seja suscetível de ser valorado por padrões sociais"*.

Esta teoria tem como objetivo único oferecer um *conceito unitário de ação*, no que haviam fracassado tanto os causalistas como os finalistas, não surgindo uma nova sistemática com uma reformulação do *conceito de ação*. Não se pode deixar de constatar que a *teoria da ação social* se constitui em uma síntese entre o *conceito causal* e o *conceito final da ação*. Jescheck diz que *"não é possível derivar do conceito social da ação conseqüências dogmáticas para a estrutura dos conceitos de antijuridicidade e culpabilidade"*. O *conceito social* foi assumido por causalistas e finalistas heterodoxos, renunciando aos postulados de suas escolas tradicionais em uma postura eclética.

4.2 A nosso aviso, a ação é definida como o *comportamento humano socialmente relevante*, isto é, a ação é dotada de significação social que se identifica nas formas de aparição do delito: a) nos *dolosos comissivos*, consiste na finalidade *atual* ou atividade final; b) nos *negligentes comissivos*, consiste na causação dos resultados com a possibilidade de dirigir o processo causal; c) nos *omissivos*, o comportamento socialmente relevante consiste em uma ação esperada. Ademais, acentua-se o caráter estritamente normativo, pois o ponto de referência é a "*ação esperada pelo Direito*", e não a mera inatividade. O conceito de ação social se confunde com o de tipicidade, pois a relevância social flui da tipicidade. A pretensão da teoria da ação social era definir a ação e não a tipicidade da ação.

Em síntese, se o que caracteriza a ação é a sua *relevância social*, torna-se necessário ter em conta a sua forma, cuja relevância social se deduz da tipicidade, caindo em um *conceito unitário*, sem utilidade, alheio à própria razão da teoria, ou seja, introduzir o conteúdo da relevância social ao conceito de ação.

## 5. TOMADA DE POSIÇÃO DIANTE DAS VARIANTES TEÓRICAS E METODOLÓGICAS

5.1 Posiciona Wessels que nas exigências ao *conceito de ação* as diversas concepções giram em torno de uma tomada de posição de ser considerada a ação exclusivamente como *categoria do ser* (plano ontológico) ou também como *categoria jurídica*.

Encontramos (a) a tradicional *teoria causal-naturalística*, vendo um processo causal dependente unicamente do movimento corpóreo voluntário, trazendo efeitos ao mundo exterior, ausente de qualquer indagação do conteúdo do sentido do acontecimento; (b) a *teoria finalista* em que o atuar é o exercício de atividade finalista e conseqüentemente um acontecimento final e não causal; (c) a *teoria social da ação* vendo na relevância social da conduta o critério conceitual comum a todas as formas de comportamento.

5.2 Em sentido jurídico-penal, ação é todo comportamento socialmente relevante dependente da vontade humana. São opções dependentes da vontade que, à medida que aproveitam ou reprovam as possibilidades de atuar oferecidas, aparecem dotadas de significação social.

O *conceito de ação* formulado deve ser apreciado no tríplice enfoque: a) um comportamento humano, um fazer positivo e um omitir do homem; b) domínio efetivo desse comportamento ou, quando menos, possibilidade de ser dominado pela vontade humana; c) relevância social, isto é, com o mundo que o rodeia, suscetível de ser objeto de um juízo de valor segundo as conseqüências desejáveis ou não que provoca na esfera social.

É preciso advertir que sob a mesma denominação são compreendidas, às vezes, orientações até certo ponto diferentes à medida que atribuem maior significação (a) à tendência objetiva da ação<sup>18</sup> (b) à finalidade subjetiva<sup>19</sup> ou (c) à estrutura pessoal do atuar humano.<sup>20</sup>

5.3 Sob o ponto de vista da comunidade, as ações se apresentam como "*unidades funcionais de sentido social*", que devem ser compreendidas de acordo com as concepções, a experiência e os costumes da própria vida social<sup>21</sup>. Nesta compreensão dos comportamentos humanos, através da qual se descobre seu "sentido social", está a valoração. *O conceito de ação formulado pela doutrina social não é um puro conceito naturalístico, neutro ao valor.* Permite cumprir a função delimitadora, selecionando entre todos os comportamentos humanos unicamente os que aparecem como unidades de sentido social. O perigo das antecipações valorativas é inevitável, e o descobrimento do sentido social dos comportamentos humanos por meio das "*concepções, experiências e costumes*" da vida comunitária não supõe necessariamente uma valoração jurídica, não tendo por que antecipar os juízos de tipicidade, antijuridicidade ou culpabilidade. É preciso ter em conta o sentido social-objetivo de "*determinada ação*". Nem a finalidade nem a causalidade são *per se* necessárias e determinantes. A causação de um resultado idêntico pode ser portadora de diversas significações sociais. Tampouco a finalidade subjetiva do autor, desconectada do sentido social-objetivo, resulta decisiva para determinar a existência de certa ação.

---

<sup>18</sup> Neste sentido: Englisch, Maihofer e Eb. Schmidt.

<sup>19</sup> Neste sentido: Jescheck.

<sup>20</sup> Neste sentido: A. Kaufmann.

<sup>21</sup> Eb. Schmidt, *Soziale Handlungslehre*, 341.

5.4 O *conceito social de ação* é polêmico, tendo em vista ser a síntese das divergências entre o conceito causal e o final da ação.

Praticamente, a discussão se situa na indagação se a ação presuppõe ou não uma vontade reitora. No âmbito do crime doloso significa colocar a questão de se o dolo pertence ao tipo de injusto (ação finalista) ou à culpabilidade (concepção tradicional), e ainda surgem posições ecléticas em tentativas conciliadoras.

Escreve Roxin que, sob a bandeira do *conceito de ação*, a dogmática do Direito Penal penetrou em terrenos alheios. Desde a monografia de Radbruch ("*Der Handlungsberiff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*"), a função do conceito de ação deveria ter reunido as características válidas por igual para todas as formas de manifestação do atuar reprovável. Procurava-se para toda teoria do injusto um conceito do qual, enquanto *genus proximum*, fossem deduzidas todas as *differentiae specifica*.<sup>22</sup> Ainda nos dias atuais se entende válida a elaboração de um conceito superior aos efeitos sistemáticos como missão básica na teoria do delito.

Para ele, em sua *Contribuição à crítica da teoria final da ação*, o *conceito de ação* de nada serve fora do campo do Direito Penal e, dentro deste, tem escassa importância teórica e carece totalmente de importância prática. Uma definição de ação para servir de conceito superior do sistema deveria, segundo Roxin, ter uma natureza especificamente jurídico-penal e estar vinculada à lei. Afirma que só apareceram conceitos de ação (*naturalista, causal* ou *social*) que não alteraram o fato de que derivam todos do direito positivo, chegando Niese a considerá-los pré-jurídicos.<sup>23</sup> Finaliza dizendo que o conceito é obtido mediante a abstração de diversas manifestações da conduta punível e logicamente permanece jungido a elas.

Assim, o *conceito de ação* teria um papel secundário para o Direito Penal e secundário por sua falta de significação pragmática. Poder-se-ia tomar a definição de ação como (a) "*movimento corporal voluntário*", (b) "*causação de modificação no mundo exterior*", ou (c) "*comportamento socialmente relevante*", que, segundo Roxin,

---

<sup>22</sup>Maihofer, *Der Handlungsberiff in Verbrechen-system*, 1953, 7.

<sup>23</sup>Roxin, *Juristenzeitung*, 1956, 457.

na prática a nada conduzem, porque o produto de um processo de abstração não pode conter mais do que o *abstrato*, e seu valor é puramente "*estético-arquitetônico*". Conclui, após sua vigorosa crítica, que não se procura saber se é mais concreto ver a significação social dos conjuntos de ações puníveis ou vê-los através dos processos fisiológicos.

5.5 Todavia, para ele, o *conceito final de ação*, a definição da ação como "*exercício de uma atividade final*" e como *uma supradeterminação de cursos causais* dirigidos a um objetivo, não constitui uma abstração dos tipos penais regulados por lei. A teoria finalista não vincula o *conceito de ação* à lei, procura vincular o legislador quando busca unir as ações humanas e, portanto, seu conceito seria pré-jurídico. Dentro dessa linha doutrinária, escreve Welzel que "o legislador não só está vinculado às leis da natureza física, mas também tem que respeitar determinadas estruturas lógico-reais no objeto de sua regulamentação, pois, do contrário, tal regulamentação resulta necessariamente falsa; a estrutura ôntica da ação, sobretudo, tem uma existência prévia a qualquer valoração e regulamentação, e o legislador tampouco pode trocar a estrutura da atividade final do homem ou a função do dolo, senão que, se as quer submeter a normas, tem que vincular sua regulamentação".<sup>24</sup>

Para Roxin, *este conceito* de ação é válido não só para o Direito Penal, mas também como para todos os campos do Direito.

A *teoria da culpabilidade*, segundo a qual a falta de consciência da antijuridicidade deixa intacto o dolo, tem seu fundamento no *conceito de ação*, visto que esta consistiria no controle do curso causal até o resultado antecipado e, por conseguinte, idêntico à finalidade. A antijuridicidade se referiria apenas à questão de como o legislador valora a ação dolosa.

O legislador poderá aprovar ou desaprovar, porém não pode mudar o fato de sua dolosidade.

Com tal raciocínio, diz Roxin que as *idéias* do sujeito sobre a valoração jurídica de suas ações não refletem qualquer influência sobre o dolo, isto é, a *forma do controle causal*, podendo diminuir ou

---

<sup>24</sup> Welzel, *Naturrecht und Materiale Gerechtigkeit*, 1962, 197.

excluir sua culpabilidade, ou seja, a reprovabilidade do fato doloso. Por outro lado, o *conceito de ação* implica a *teoria estrita da culpabilidade* onde a *legítima defesa* (suposição errônea da circunstância justificativa) excluiria o *dolo*, pois tal erro não mudaria o controle do curso causal. A *teoria finalista*, colocando o homem no centro da teoria do tipo e do injusto, acomoda-se nas realidades jurídico-penais, visto que os processos causais em que está a abstração da pessoa do autor e de seu específico modo de conduta, que são princípios analíticos artificiais, possuem um valor cognoscitivo limitado para a imputação jurídico-penal. Há partes da teoria do injusto (*tentativa ou delimitação de autoria e participação*) que são incompreensíveis partindo-se do plano causal-objetivo.

Em resumo, *estariam aí os méritos do finalismo*.

5.6 Em síntese, Roxin em fundada crítica apregoa o renunciar a um *conceito ontológico de ação final* repleto de conteúdo, não implicando, contudo, subtrair a *finalidade da tipicidade*. É melhor inverter a relação entre a ação, a *finalidade* e a *tipicidade*, pois o tipo nasce de considerações valorativas jurídicas e orientado para conteúdos sociais, substituindo-se a *teoria final da ação* por uma *teoria final da tipicidade*.

Ao concluir, ainda padece a teoria do injusto de um conceito de ação jurídico-penal que responda aos questionamentos existenciais.

5.7 Maurach chega mais perto da satisfação das funções exigidas pela formulação de um *conceito de ação*, ao sustentar que "*uma ação em sentido jurídico-pessoal é uma conduta humana socialmente relevante dominada ou dominável por uma vontade penal e dirigida a um resultado*", ao passo que modernamente Jakobs tenta resumir a polêmica do conceito de ação definindo-o como "*a causação do resultado individualmente evitável*" (engloba o obrar doloso e o negligente).

5.8 As dificuldades teóricas para a formulação de um conceito de ação que cumpra as funções sistemáticas aventadas na teoria do injusto geram a proliferação de plúrimos conceitos variantes dos modelos já conhecidos, ratificando-se que para a sua formulação estaremos sempre diante de *uma conduta socialmente relevante dependente da vontade humana*.<sup>67</sup>

# A Formação do Juiz e as Escolas de Magistratura no Brasil

Luis Felipe Salomão

*Desembargador do TJ/RJ e Diretor-Presidente da Escola Nacional da Magistratura - ENM*

*"Se tiver que ser agora, não está para vir; se não estiver para vir, será agora; e se não for agora, mesmo assim virá. Estar preparado é tudo."*

(Hamlet, W. Shakespeare)

## I) INTRODUÇÃO

A obra de Kafka imortalizou-se. Superou o seu tempo e apresenta um painel rico em vários temas da vida moderna. Direito, psicanálise, religião são assuntos tratados com absoluta transparência e objetividade.

O percurso surrealista de Joseph K, no magnífico texto de *O Processo*, homem indefeso e incrédulo dentro de um sistema judicial anacrônico e corrupto, hierarquizado e inacessível, cruel e injusto, é o pano de fundo de uma ampla reflexão sobre o Judiciário, que se iniciou no segundo pós-guerra e ainda não terminou.

Há momentos, na história, em que os nós não mais se desamarram, cortam-se.

Vejamos o que vem ocorrendo com o Poder Judiciário no mundo.

Na Alemanha, com uma enorme máquina burocrática, o Judiciário passou por grandes transformações para repudiar o Poder que

foi dócil ao “reich” e não atendia às exigências da sociedade que se pretendia reconstruir.

A Itália, com a ressaca da política de Mussolini, tinha um Judiciário hierarquizado, empobrecido, proclamando seu neutro tecnicismo, que tivera sido funcional ao fascismo. Recentemente, porém, a Itália mostrou ao mundo a força de uma magistratura engajada, promovendo a “operação mãos limpas”.

Quando Espanha e Portugal estabeleceram regimes democráticos, situaram-se diante de idênticos panoramas, com estruturas judiciárias subordinantes e que foram subservientes às ditaduras franquista e salazarista. Os dois países têm hoje os melhores modelos de seleção de juízes da Europa continental, aperfeiçoando o sistema francês.

O que causou a necessidade das reformas empreendidas nos Judiciários europeus não foi seu fracasso técnico, mas o formidável insucesso político da formatação hierarquizada do Poder.

Todavia, foi o grito de insatisfação da sociedade que despertou as cúpulas dos Judiciários daqueles países, exigindo mais eficiência e acessibilidade.

A atual situação vivenciada pelo Judiciário Brasileiro é um desses raros tempos de mudança. Visíveis, perceptíveis, que desafiam o exame dos cientistas sociais e reclamam apoio da sociedade organizada.

Afinal, a corporação se transmuda para atender a exigência do seu povo, livre do autoritarismo a partir da Constituição de 1988.

É possível afirmar, sem medo de errar, que o Judiciário brasileiro está se reinventando.

Para além da necessária democratização interna, o que certamente tornará o Poder mais transparente e sujeito a controles sociais, há também necessidade de se cuidar da preparação e formação dos juízes no Brasil, como corolário lógico para o aperfeiçoamento do Judiciário.

## II) PERFIL DE INGRESSO NA MAGISTRATURA

Extensa e detalhada pesquisa, realizada no ano de 2005, ([www.amb.com.br](http://www.amb.com.br)) pela Professora Maria Tereza Sadeck (USP), uma



das maiores especialistas em estudos sobre Poder Judiciário, aponta o perfil dos juízes que ingressaram na magistratura brasileira.

Conforme o estudo, 96,5% dos juízes ativos exerceram atividade profissional anterior ao ingresso na magistratura, contra apenas 3,5% que não a realizaram.

Constatou-se também na pesquisa que 71,1% dos magistrados têm parentes em carreiras jurídicas públicas, enquanto 52% têm parentes exercendo advocacia privada.

O tempo médio de formatura até o ingresso na magistratura é 7,2 anos.

Dentre os entrevistados, 37,8% prestaram apenas um concurso. A média de concursos é de 2,5.

Quanto ao exercício de atividades acadêmicas, 4,8% dos magistrados lecionam em faculdade de direito pública; 20,3%, em faculdade de direito privada; 17,1% ministram aulas em escolas de magistratura e 10,3% atuam em outras instituições.

É importante realçar que o sistema brasileiro de seleção de juízes é realizado basicamente por concurso público, com as exceções previstas na Constituição (artigo 94, CRFB/88).

A tendência, portanto, é o recrutamento dos mais jovens, ainda não inseridos completamente no mercado de trabalho.

Esse fenômeno da “juvenilização” é comum em toda a Europa ocidental, como a França, Itália, Portugal, Espanha e Alemanha.

Em todos os casos, é a democracia de acesso que induz a juvenilização.

No sistema da *common law*, nos Estados Unidos da América e na Inglaterra, o recrutamento é diferente, em regra não há concursos públicos, e a seleção é realizada ora por eleição, ora por indicação da Corte ou do Presidente da República, apontando os advogados mais antigos e experientes, e, claro, profissionais com idades mais avançadas.

Com os dados de 2005, será útil para compreensão do tema a comparação com os elementos extraídos da significativa e pioneira pesquisa “O perfil do magistrado brasileiro”, do Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ) em conjunto com a Associação de Magistrados Brasileiro (AMB), realizada em 1996 pelos

sociólogos Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Rezende de Carvalho, Manuel Palacios Cunha Melo e Marcelo Baumann Burgos.

O exame comparado dos números permite um olhar generoso quanto à evolução da magistratura nos últimos dez anos.

No estudo do IUPERJ, indagou-se a opinião dos magistrados acerca da forma de ingresso na carreira. Dentre os juízes de primeiro grau em atividade, 98,2% acreditam que o sistema de concurso público melhor assegura o Estado Democrático de Direito, contra 1,8% que pensam ser o processo eletivo um meio de aproximar o Poder Judiciário aos valores da comunidade de maneira mais efetiva.

A pesquisa apontou também que, para 62,9% dos juízes de primeiro grau e 58% dos magistrados de segundo grau, o concurso público para ingresso na magistratura, na forma pela qual vem sendo realizado, tem facultado o acesso de todos os profissionais do direito aos seus quadros, possibilitando o recrutamento de pessoas de variadas faixas etárias, de diferentes regiões e com formações culturais diversas.

Dentre os magistrados atuantes em primeiro grau, apenas 25,6% concordam que é essencial a verificação anterior da vocação para juiz e que o concurso para a Escola da Magistratura e o cumprimento de seus requisitos curriculares deve ser a via exclusiva de acesso à carreira. O percentual é elevado para 32,1% entre os magistrados de segundo grau.

A assertiva de que as Escolas da Magistratura devem servir como instrumento que favoreça uma melhor seleção dos futuros juízes, oferecendo ensino especializado àqueles que pretendem concorrer à magistratura e prevendo concessão de bolsas de estudo para os seus melhores alunos, conta com a concordância de 59,1% dos juízes de primeiro grau e de 63,3% daqueles de segundo grau.

Porém, os magistrados de primeiro e segundo grau, na proporção de 45% e 54,2%, respectivamente, afirmam ser importante a passagem dos futuros juízes pela Escola da Magistratura.

Dentre os magistrados que ingressaram na carreira mediante concurso, 32% dos juízes de primeiro grau e 6,6% daqueles de segundo grau freqüentaram Escolas de Magistratura.

O percentual de 67,2% dos juízes de primeiro grau e 75,9% dos magistrados de segundo grau acreditam na necessidade de idade mínima para a inscrição no concurso.

A experiência profissional anterior na área de Direito é vista como condição indispensável para ingresso na carreira por 74,4% dos juízes de primeiro grau e 71,2% daqueles de segundo grau.

A maioria dos magistrados entrevistados (58,3% dos juízes de primeiro grau e 58,9 daqueles de segundo grau) pensam que, nos dias atuais, a capacitação do magistrado, para além de seu talento, está associada a sua qualificação técnica, perícia científica e formação especializada. Concordam que a carreira do juiz, para se fazer independente de avaliações subjetivas, deve ser institucionalizada pelo Poder Judiciário, segundo critérios de titulação como ocorre em outras profissões, a partir da criação de cursos orientados para qualificação progressiva dos magistrados.

No tocante ao processo de promoção de magistrados, 94,2% dos juízes de primeiro grau e 93,9% daqueles de segundo grau acreditam que a seleção deve ocorrer por decisão exclusiva dos Tribunais, pois ao garantir o critério da excelência jurídica e dos valores éticos da função, constitui melhor procedimento para defesa do Estado Democrático de Direito. Em contrapartida, 5,8% dos juízes de primeiro grau e 6,1% dos de segundo grau pensam que a participação do Executivo Estadual na seleção confere aos Tribunais uma melhor comunicação com o seu contexto político social, dificultando a formação de identidades corporativas no interior do Judiciário.

Outra parte da pesquisa de 1996 procurou retratar a trajetória estudantil do magistrado.

Majoritariamente, os juízes concluíram o segundo grau até os 18 anos (52,9% dos magistrados de primeiro grau e 37,8% dos juízes de segundo grau).

O ingresso na faculdade de Direito ocorreu até os 20 anos de idade para 50,4% dos juízes de primeiro grau e 42,5% daqueles de segundo grau.

No tocante ao intervalo entre a conclusão do segundo grau e o ingresso na faculdade de Direito, para a maioria dos juízes não houve lapso temporal (56,9% dos juízes de primeiro grau e 62,9% dos juízes de segundo grau).

O curso de Direito foi concluído entre 23 e 25 anos por 40,5% dos juízes de primeiro grau e 49,3% dos magistrados de segundo grau.

Dentre os magistrados de primeiro grau entrevistados, a maior parte graduou-se em faculdade de Direito localizada no Estado de São Paulo (20,9%). Em segundo lugar, encontra-se o Estado do Rio de Janeiro com 12,4% dos magistrados.

A proporção se mantém com relação aos juízes de segundo grau, pois 25,5% formaram-se em faculdades de São Paulo e 17,1%, em faculdades do Rio de Janeiro.

As atividades profissionais dos magistrados anteriores ao ingresso na carreira também foram objeto de questionamentos na pesquisa.

Dentre as diversas atividades, a advocacia corresponde à principal ocupação do atual juiz antes do ingresso na magistratura (42,9% dos juízes de primeiro grau e 43,1% dos juízes de segundo grau advogaram por até 5 anos). A parcela dos magistrados que atuou como membro do Ministério Público por 5 anos corresponde a 9,4% dos juízes de primeiro grau e a 10,5% dos magistrados de segundo grau. Exerceram a atividade de defensores públicos, pelo mesmo lapso de tempo, 5,9% dos juízes de primeiro grau e 3% dos magistrados de segundo grau. Nas Procuradorias, atuaram 7,2% dos juízes de primeiro grau e 5% dos de segundo grau.

A experiência profissional em magistério superior foi realizada por 11,2% dos magistrados de primeiro grau e 7,7% dos de segundo grau pelo período de 5 anos.

Atuaram na polícia pelo mesmo espaço de tempo 3,5% dos magistrados de primeiro grau e 4,4% dos de segundo grau.

### **III – A ESCOLA NACIONAL DA MAGISTRATURA (ENM/AMB)**

A Escola Nacional da Magistratura (ENM), órgão vinculado à Associação da Magistratura Brasileira (AMB), em conjunto com as demais Escolas de Magistratura, desenvolve o planejamento estratégico para a formação dos magistrados, além de oferecer cursos de especialização e aperfeiçoamento cultural, jurídico e humanístico, no Brasil e no exterior.

Revela-se como fórum nacional de debates para as escolas regionais e setoriais, buscando o aprimoramento dos sistemas de preparação, seleção e formação de magistrados e exerce sua função aliada aos Tribunais, Escolas, Associações e outros órgãos e instituições do Poder Judiciário.

No curso de sua história ganhou autonomia e legitimidade, valendo mencionar como exemplo de suas ações, a efetiva colaboração para elaboração das recentes leis de aperfeiçoamento de toda a legislação processual civil.

Não se pode olvidar a atuação da ENM junto ao Superior Tribunal de Justiça e ao Tribunal Superior do Trabalho, a partir da Emenda Constitucional 45/2004, que consagrou as Escolas Oficiais. A implantação das escolas no âmbito do STJ e TST ensejará certamente uma convivência harmônica com a ENM, cuja experiência está consolidada e cristalizada, sendo certo que poderá contribuir levando os anseios da base da magistratura a esses dois centros de decisão.

O estabelecimento de *currículo* mínimo para as escolas, sugestões quanto a critérios objetivos de promoção e remoção, qualificação de professores, unidade de material didático, uniformização para realização de concursos de seleção, são apenas alguns dos temas que as novas escolas oficiais irão tratar.

#### IV) AS ESCOLAS REGIONAIS E SETORIAIS DA MAGISTRATURA

Há grande diversidade em relação às escolas em funcionamento, algumas se voltando para a formação de juízes, outras se dedicando à preparação, seleção e aperfeiçoamento.

De acordo com os dados colhidos da pesquisa da juíza Maria Inês Correa de Cerqueira César Targa (“Diagnóstico das Escolas de Magistratura existentes no Brasil” – [www.enm.org.br](http://www.enm.org.br)), realizada no ano de 2005, dentre as Escolas do país, 54,54% são vinculadas a Tribunais e 27,27%, a associações de magistrados; 18,18% não possuem vínculos.

Analisando ainda os números, majoritariamente (68,18%) as escolas brasileiras exploram dúplice atividade: formação do candidato à magistratura e formação inicial e continuada do magistrado já empossado. Dedicam-se apenas ao aprimoramento

do magistrado 22,72% das escolas e somente à formação do candidato 9,09%.

A maior parte das escolas (72,72%) têm cursos regulares para candidatos à carreira e 13,63% ministram cursos regulares aos magistrados já empossados. Em regra, os juízes que ingressaram na carreira recebem cursos esporádicos (68,18%).

A pesquisa também revela que a atividade de formação do candidato à magistratura tem sido desenvolvida de forma mais organizada do que aquela destinada aos magistrados. A média dos cursos preparatórios é de 703,56 horas-aula, ao passo que à formação inicial dos magistrados empossados e à continuada são destinadas, em média, 133,50h e 22h, respectivamente.

Aponta o estudo que o corpo docente das Escolas é formado em grande parte por juízes (60,75%), advogados (17,89%) e membros do Ministério Público (13,01%). Apenas 8,35% dos docentes não integram essas carreiras.

O grupo de professores inseridos nas Escolas é composto de 10,46% de doutores, 22,14% de mestres e 29,31% de especialistas.

Em média, auferem R\$ 96,66 por hora-aula.

Mais da metade das escolas (59,09%) obtêm suas receitas dos cursos preparatórios que ministram.

## V) CONCLUSÕES

Destarte, é urgente e importante pensar na formação do juiz do futuro, adequando-a às aspirações da sociedade.

É o que se chama da "busca das vocações".


A implementação imediata das disposições previstas no artigo 105, parágrafo único, inciso I, e artigo 101-A, inciso I, da CRFB/88, com a criação das Escolas Oficiais no Superior Tribunal de Justiça (STJ) e no Tribunal Superior do Trabalho (TST), contando com a participação de Escolas existentes e com as sugestões de base da magistratura, é ponto relevante no atual estágio de evolução quanto à melhor formação dos juízes brasileiros.

Urge também que os concursos públicos para seleção dos magistrados tenham a participação ou sejam realizados pelas Escolas de Magistratura, de modo que o recrutamento obedeça à mesma diretriz da preparação.

Parece importante, ademais, a inserção de mecanismos de seleção que contemplem a busca dos mais vocacionados para a carreira, elementos que devem se somar ao conhecimento técnico indispensável ao exercício da profissão.

Além disso, é primordial que haja um peso específico para os aspectos humanísticos da formação dos quadros da magistratura.

Igualmente relevante é se conferir autonomia administrativa e financeira às Escolas de Magistratura, pois somente com a possibilidade de planejar seus objetivos estratégicos, a magistratura ampliará o acesso dos cidadãos a uma justiça ágil, melhor aparelhada, informatizada e, portanto, mais transparente e capaz de cumprir plenamente sua função social.

O texto integral da proposta da Escola Nacional da Magistratura para o Estatuto da Magistratura, na parte relativa às Escolas de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados, aprovado no II Encontro de Diretores de Escola de Magistratura, ocorrido em 6 e 7 de abril de 2006, pode ser encontrado no site ([www.enm.org.br](http://www.enm.org.br)).

# Penhora de Renda ou Faturamento da Empresa

## Uma Reflexão que se Impõe

J. E. Carreira Alvim

*Desembargador do Tribunal Federal/RJ;  
Professor de Direito Processual Civil da  
Faculdade Nacional de Direito da UFRJ;  
coordenador do Curso de Mestrado em Direito  
da Universidade Iguazu (UNIG).*

### 1. INTRODUÇÃO

A execução ou o cumprimento da sentença representa a última fase na dolorosa caminhada pelo processo de conhecimento, se não houver recurso, porque, havendo-o, prossegue a *via sacra*, que transforma o credor num mártir e a justiça no seu algoz.

As reformas recentemente introduzidas no Código de Processo Civil, aliás, na Consolidação das Leis Processuais Cíveis – porque é nisso que ele vem sendo transformado – buscam suavizar os rigores da antiga execução e prestigiar o direito reconhecido ao credor, mas, nesse afã, não se podem desconhecer limites impostos pela Constituição, pertinentes aos direitos do devedor.

Em sede doutrinária, tenho sido severo nas críticas que faço à forma como os devedores utilizam a justiça para descumprir suas obrigações, e obter desta mesma justiça um passaporte para trafejar pela inadimplência; especialmente o poder público, sem dúvida um dos maiores inadimplentes deste País.

### 2. CUMPRIMENTO DA SENTENÇA E EXECUÇÃO DA SENTENÇA

Com a reforma introduzida pela Lei nº 11.232/05, a sentença deixou de ser o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidin-



do ou não o mérito da causa (revogado § 1º do art. 162), para se transformar no ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269. Na verdade, a sentença nem sempre era o que a antiga definição dizia ser, pois o processo podia ser também extinto por ato das partes (art. 269, III e V), sendo a sentença, nesses casos, de natureza simplesmente homologatória.

Nos termos do novo art. 475-I, a sentença não é mais exequível através de um processo de execução, mas simplesmente cumprida numa fase subseqüente denominada de “cumprimento”. Dispõe este artigo que “O cumprimento da sentença far-se-á conforme os arts. 461 e 461-A desta Lei ou, tratando-se de obrigação por quantia certa, por execução, nos termos dos demais artigos deste Capítulo.” Em que pese a intenção, relativamente ao conteúdo, que é das mais louváveis para quem quer justiça rápida, a redação imposta ao dispositivo não poderia ser pior. Primeiro, porque, ao eliminar o processo de execução, sincretizado no processo de conhecimento, como simples fase deste, não era necessário referir-se mais à “execução” em relação à obrigação por quantia certa, que é, tanto quanto as demais obrigações (fazer, não fazer e entregar coisa) objeto de cumprimento. Em outras palavras, o que restou dito no art. 475 é que o *cumprimento* de obrigação, por quantia certa, far-se-á, *por execução*, nos termos dos demais artigos deste Capítulo. Teria o preceito sido mais coerente com a nova sistemática inaugurada pela reforma, se se limitasse a dizer que o *cumprimento* de obrigação por quantia certa far-se-á nos termos dos arts. 475-J a 475-R. Códigos não são instrumentos destinados apenas aos operadores do direito (advogados, juízes, Ministério Público), mas a todos os jurisdicionados, que devem entender a sua linguagem; e, na linguagem vulgar, *cumprir* é *executar* e *executar* é cumprir. Em segundo lugar, o preceito alude a “esta Lei”, alusão totalmente desnecessária porque, no seu prólogo, a Lei nº 11.232/05 já diz que a alteração é à Lei nº 5.869/73, e aos demais artigos “deste Capítulo”, que também não poderia ser outro, porque é este que trata do cumprimento da sentença.

A alteração relativamente às obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa se fazia necessária para corrigir uma incoerência injustificável do ordenamento processual, que permitia a *efetivação*

imediate de provimento antecipatório (art. 461 e 461-A), que é fundado na verossimilhança, e não permitia a imediata *execução* da sentença, fundada na certeza (art. 485 c/c art. 520).

### 3. EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA E *GARANTIA DA EXECUÇÃO*

A execução de sentença para pagamento de quantia certa, quando não cumprida voluntariamente a obrigação, pressupõe a *expropriação* de bens do devedor, sua alienação para conversão em dinheiro e sua entrega ao credor num *quantum* necessário para a liquidação da dívida (arts. 646 e 647, I).

O direito brasileiro, na esteira do direito alemão, condiciona a defesa na execução à segurança do juízo, o que pode ser feito através da penhora (art. 737, I), ou mediante o depósito do valor correspondente ao crédito objeto da execução.

Com a reforma operada pela Lei nº 11.232/05, foram suprimidos os embargos do devedor, nos moldes antigos, e instituída em seu lugar a impugnação da sentença, se ocorrer uma das hipóteses previstas nos incisos I a VI do art. 475-L. No que contém de novo, instituiu a nova lei uma multa, no percentual de 10% (dez por cento), para o caso de não efetuar o devedor o pagamento do débito no prazo de quinze dias (art. 475-J). Não efetuado o pagamento, no prazo legal, determina o juiz, a requerimento do credor, a expedição do mandado de penhora e avaliação (art. 475-J) —, tenha ou não o exeqüente indicado bens a serem penhorados (art. 475-J, § 3º) —, e, uma vez cumprido esse mandado, intima-se o devedor na pessoa do seu advogado, podendo oferecer impugnação no prazo de quinze dias (art. 475-L).

Embora o art. 475-L passe a impressão de que a penhora “somente poderá versar sobre” as hipóteses previstas nos seus incisos I a VI, pode, na verdade, compreender outras nele não referidas, como, por exemplo, a nulidade da penhora ou da avaliação, se vier a ser constringido bem absolutamente impenhorável, ou for o bem avaliado por preço vil.

### 4. EXECUÇÃO E PRÉ-EXECUTIVIDADE

A pré-executividade é um incidente processual, de origem pretoriana, cujos alicerces doutrinários remontam a Pontes de

Miranda, e cujo objetivo é possibilitar a discussão de questões ligadas à execução da sentença, sem a precedente segurança do juízo, representada pela penhora ou pelo depósito do valor correspondente. As questões suscitadas nesse incidente são de dupla natureza: a) questões *processuais*, de ordem pública, que podem ser conhecidas de ofício pelo juiz, como a falta de condições da ação, de pressupostos processuais, a ilegitimidade de partes, etc; e b) questões *substanciais*, correspondentes a um direito do executado, oponível ao credor, como o pagamento, a novação, a compensação, a transação e a prescrição. No primeiro caso, tem-se uma objeção processual e, no segundo, uma exceção substancial.

O sistema anterior era mais propício ao florescimento da pré-executividade do que o atual; a uma, porque havia uma ação e um processo de execução, e, a outra, porque o devedor era citado para, no prazo de 24 horas pagar ou nomear bens à penhora (art. 652).

No sistema atual, o devedor é intimado da sentença, através do seu advogado, e, caso não a cumpra no prazo de quinze dias – que é o mesmo prazo para apelar, caso não concorde com a sentença – o juiz, a requerimento do credor, e com o acréscimo da multa de 10% (dez por cento), fará expedir mandado de penhora e avaliação (art. 475-J); e, uma vez lavrado o auto de penhora e de avaliação, será dele intimado o executado, também na pessoa do seu advogado, para oferecer, caso queira, impugnação no prazo de quinze dias (art. 475-J, § 1º). Portanto, ao ser intimado do auto de penhora e avaliação, já terá havido a constrição dos bens, restando ao executado a impugnação da execução.

A objeção de pré-executividade não tem, de regra, cabimento, porque não existe mais ação e processo de execução, não havendo lugar para argüir a falta de condições da ação ou de pressupostos processuais.

Para quem admite que, nos casos de sentença penal condenatória, arbitral e estrangeira, existe ação e processo, no qual o devedor é citado para liquidação ou execução, haverá, então, lugar para o incidente de pré-executividade (objeção e exceção).

## 5. ORDEM DE NOMEAÇÃO DE BENS À PENHORA

O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros —, salvo as restrições

estabelecidas em lei (art. 591) —, mas, mesmo com a constrição dos bens pela penhora, continuam estes a pertencer ao devedor, até o momento da sua efetiva expropriação, mediante alienação em praça ou leilão.

Alicerce de toda execução é o princípio da menor onerosidade, prescrevendo o art. 620 do CPC que, quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor (AgRg no Resp. 547.215-RS). No entanto, não se deve descurar que a execução por quantia certa, em princípio, se faz no interesse do credor, pois é para a satisfação do seu direito que se procede à expropriação de bens do devedor (art. 647).

Essas duas situações jurídicas, aparentemente contraditórias, devem ser conciliadas de forma que afetação do patrimônio de um não vá além do necessário para a satisfação do direito do outro.

Na antiga sistemática, ao devedor era assegurado o direito de fazer a nomeação de bens (art. 655), quando citado para, no prazo de 24h, pagar ou *nomear bens à penhora*. Com o novo sistema, o devedor perdeu o direito (ou faculdade) de nomear bens à penhora, facultando o novo § 3º do art. 475-J que o exeqüente possa, em seu requerimento, indicar desde logo os bens a serem penhorados. Se o credor não fizer uso dessa faculdade, ela se transfere ao juiz, cumprindo a este, a requerimento do credor, expedir mandado de penhora e avaliação (art. 475-J).

É a seguinte a ordem de nomeação de bens à penhora estabelecida pelo art. 655: I) dinheiro; pedras e metais preciosos; III) títulos da dívida pública da União ou dos Estados; IV) títulos de crédito, que tenham cotação em bolsa; V) móveis, veículos; VI) semoventes; VII) imóveis; IX) navios e aeronaves e X) direitos e ações.

Em doutrina, não há uniformidade sobre diversos aspectos que envolvem esse dispositivo. De um lado, discute-se se essa enumeração é taxativa ou meramente exemplificativa; de outro, se o conceito de dinheiro compreende ou não o faturamento; e, ainda, se atende ao interesse do credor ou também ao interesse do devedor.

Quando se trata de execução em que estão em jogo interesses que se excluem — do credor, em ver satisfeito o seu crédito e do

devedor em satisfazê-lo com o menor sacrifício do seu patrimônio —, deve o juiz agir como *bonus pater família*. Isso significa que ao juiz cabe conduzir a execução, orientando-se pelo *princípio da proporcionalidade*, segundo o qual não deve determinar nenhuma medida executória que possa determinar de imediato constrangimento maior ao devedor do que benefício imediato ao credor, como a penhora de faturamento em lugar da penhora de outros bens existentes. Sob essa ótica, deve ser analisado o comando contido no art. 655 do CPC.

## 6. PENHORA DE FATURAMENTO NA DOCTRINA, COM REFLEXO NOS TRIBUNAIS

Embora em teoria, as diretrizes que orientam a execução sejam determinadas em bases bastante razoáveis, na prática, as medidas executórias, a cargo de juízos e tribunais, vêm provocando situações de risco para a saúde financeira das empresas, mormente as pequenas e médias empresas, freqüentemente atoladas em dívidas tributárias.

Como a doutrina mais ortodoxa sustenta que a ordem de bens a serem penhorados deve ser obrigatoriamente observada, e, na relação do art. 655, o “dinheiro” aparece logo em primeiro lugar, os juízos vêm determinando a penhora de renda ou faturamento das empresas, mesmo das que prestam serviços essenciais, sem nenhum proveito imediato para o credor, mas com sensíveis prejuízos para o devedor, afrontando o princípio da “proporcionalidade dos meios executórios”.

Na verdade, “a penhora sobre faturamento da empresa não é sinônimo de penhora sobre dinheiro, razão por que o STJ tem entendido que referida constrição exige sejam tomadas cautelas específicas discriminadas na lei” (AgRg no AI 708.454-SP). Neste sentido, existe precedente também do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, assentando que “a constrição da renda de uma empresa não pode ser equiparada à penhora de dinheiro, de que trata o art. 655, I, do CPC. Na primeira hipótese, existe ingerência na própria funcionalidade da empresa, aproximando-se da figura prevista no art. 677 do CPC. Já na última situação, pressupõe-se a existência de um capital

disponível, em conta-corrente, poupança ou investimento similar.”<sup>1</sup> Identificar a penhora de *faturamento* com a penhora de *dinheiro* é o mesmo que confundir “bife à milanesa com bife ali na mesa”.

Se a penhora de faturamento não se presta senão para “garantir” o juízo (art. 737), não podendo ser utilizado para fins de pagamento do débito, antes de finda a execução, a única utilidade imediata dessa constrição é a de retirar da empresa parte (ou até a totalidade) do seu capital de giro, obrigando-a a buscar, no mercado financeiro, a reposição a juros escorchantes, a repassá-los aos preços, perdendo competitividade no mercado. Aliás, não é nada ético que a receita ou faturamento da empresa seja depositado numa “conta judicial”, corrigida pelos índices da caderneta de poupança, utilizável pelo ente público mantenedor da Justiça (União ou Estado), por tempo indeterminado —, porque ninguém neste País, nem o próprio juiz, sabe quando a execução por quantia certa chega a seu termo — dispondo a empresa de bens de outra natureza (imóveis, veículos, máquinas e equipamentos) para *garantir* a execução (ou cumprimento) da sentença. Diversa é a hipótese em que o executado não disponha de outros bens, senão o seu próprio faturamento para a satisfação do débito, mas, mesmo nesse caso, deve a constrição do faturamento obedecer a um critério de razoabilidade, para não prejudicar o capital de giro da empresa, porque a penhora se destina, a essa altura, à simples garantia do juízo e não ao pagamento do débito.

## 7. PENHORA DE FATURAMENTO E ATIVIDADES ESSENCIAIS

Na execução por quantia certa, a penhora de faturamento de empresas que se dedicam a atividades essenciais (ensino, saúde, transporte coletivo etc.), vem pondo em risco a sua atividade econômica, embora elas atuem para suprir a inércia e a omissão do poder público nessas áreas.

Nas instituições de ensino privadas, por exemplo, a “penhora de faturamento” é ainda mais crítica — as públicas não correm o mesmo risco —, justo porque elas servem de anteparo à atividade

---

<sup>1</sup> A. I. 6.221/2003, Rel. Des. Wellington Jones Paiva, TJRJ, 12ª Câmara Cível, DOERJ, Seção I, Parte III, de 17/10/2003, p. 61

pública no desenvolvimento da educação, que o Estado, sozinho, não tem condições de suportar (art. 205, CF).

As instituições de ensino, na sua quase generalidade – e nesse ponto as públicas não são exceção – vêm lutando com enormes dificuldades para honrar seus compromissos internos, com funcionários e corpo docente, com salários atrasados há vários meses, e sem qualquer perspectiva de saírem dessa situação em curto prazo, em vista do elevado índice de inadimplência; que, aliás, a própria Justiça não permite punir com a proibição de acesso às aulas.

Quase todas as instituições de ensino enfrentam, também, problemas de natureza fiscal e tributária, respondendo a inúmeras execuções na justiça, o que as impede de obter recursos no mercado financeiro, para financiar as suas atividades, ante a impossibilidade de exibir certidões negativas de débito com o poder público.

As execuções fiscais contra as instituições de ensino são, quase sempre, processadas e julgadas com total desprezo ao disposto no art. 28 da Lei nº 6.830/80, que aconselha a reunião de processos contra o mesmo devedor, por conveniência da garantia da execução. O precitado art. 28 dispõe que o juiz, a requerimento das partes – que pode ser exequente ou executado – *poderá* ordenar a reunião desses processos, mas os juízos da execução, muitas vezes com o respaldo dos tribunais, interpretam (equivocadamente) essa providência como uma mera *faculdade*.

Para se ter uma idéia da extensão de várias execuções perante diversos juízos, se cada juízo, em cinco execuções, determina a penhora de 20% (vinte por cento) do faturamento da instituição em cada processo, não tem o mesmo alcance da penhora de 20% para todas as execuções unificadas num mesmo juízo, como autoriza o art. 28 da Lei nº 6.830/80.

As dificuldades enfrentadas pelas instituições de ensino, no mercado consumidor, não podem ser comparadas à de qualquer outra atividade econômica, porque a sua clientela são estudantes, que, com eventual encerramento de suas atividades, por insuficiência financeira, acabará gerando problemas sociais de dimensões incalculáveis.

## 8. PENHORA DE FATURAMENTO IMPORTA NA PENHORA DA EMPRESA OU ESTABELECIMENTO

A empresa ou estabelecimento, qualquer que seja a sua natureza, está sujeita à penhora, para garantia de suas obrigações, estando a hipótese prevista no art. 677 do CPC, o qual determina que, quando a penhora recair em estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, o juiz nomeará um depositário, determinando-lhe que apresente em dez dias a forma de administração. Estabelece, por sua feita, o art. 678, que a penhora de empresa, que funcione mediante concessão ou autorização, far-se-á, conforme o valor do crédito, sobre a renda, sobre determinados bens ou sobre todo o patrimônio, nomeando o juiz como depositário, de preferência, um dos seus diretores. Dispõe o parágrafo único do art. 678 que, quando a penhora recair sobre a renda, ou sobre determinados bens, o depositário apresentará a forma de administração e o esquema de pagamento, observando-se, quanto ao mais, o disposto nos arts. 716 a 720; recaindo, porém, sobre todo o patrimônio, prosseguirá a execução os seus ulteriores termos, ouvindo-se, antes da arrematação ou da adjudicação, o poder público que houver outorgado a concessão.

Na prática, quando o juízo determina a penhora de percentual do faturamento da empresa, limita-se a mandar, simplesmente, que o recolhimento do percentual seja feito em conta judicial, sem se dar conta de que, sem o seu capital de giro, para manter as suas atividades, a empresa ou estabelecimento não tem a menor condição de prosseguir nas suas atividades.

Geralmente, ao determinar a penhora de renda ou faturamento, o juiz nomeia o diretor financeiro da empresa como depositário com a única incumbência de promover o depósito judicial da quantia penhorada em conta judicial, apresentando mensalmente a prestação de contas, indiferente à nomeação de um administrador para gerir as atividades empresariais (arts. 677, 678 e 719, CPC); administrador este considerado indispensável por remansosa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (Resp. 829.138-RJ; AgRg no AI 708.454-SP; Resp. 692.972-SP), secundada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (AI nº 6.221/2003).

A penhora de renda ou faturamento da empresa, sem a observância das formalidades processuais, configura um “confisco”, pois



retira o capital de giro da empresa para colocá-lo, até que se ultime a execução, numa conta judicial com correção monetária abaixo das leis de mercado, a serviço do ente que ministra a justiça.

Este o motivo pelo qual a penhora *on line* não satisfaz às exigências legais, nem constitucionais, pois penhora-se renda ou faturamento (capital de giro) da empresa no suposto de estar penhorando o simples “dinheiro”.

## 9. RECUSA DO ENCARGO DE DEPOSITÁRIO

A penhora de renda ou faturamento pode trazer dificuldades também para os juízes, quando os agentes da empresa (diretor financeiro, presidente, supervisor, administrador etc.) recusar o encargo de fazer a retenção e promover o recolhimento da quantia penhorada, mês a mês, na conta judicial, fazendo mensalmente a prestação de contas. Ninguém, nem mesmo o devedor, é obrigado a exercer o encargo de depositário, pelo que, havendo recusa, cumpre ao juiz nomear alguém que o aceite. Pode até o exeqüente, se tiver motivo lícito, impedir que o encargo de depositário seja entregue ao devedor, mas não lhe é permitido constrangê-lo à assunção.<sup>2</sup> Na penhora sobre o faturamento da empresa, a recusa do contribuinte em funcionar como depositário, não tendo assinado o auto de penhora, não justifica a imposição do juízo, restando defeituosa a constrição.<sup>3</sup>

Em sede jurisprudencial, foram tantas as decisões unânimes no mesmo sentido, que o STJ editou a súmula nº 319, estabelecendo que “O encargo de depositário de bens penhorados pode ser expressamente recusado”. A recusa para atuar como depositário particular (ou privado) não precisa ser fundamentada, constituindo um mero *direito potestativo* do nomeado de “não aceitar”, mesmo por capricho, porque, antes de assinado o auto de penhora, não assume o nomeado nenhuma responsabilidade perante o juízo. A manifestação pura e simples da recusa obriga o juiz a nomear outro até que se firme em quem aceite o exercício do encargo.

---

<sup>2</sup> AgRg no AG 199.378-SP, Rel. Ministro Nilson Naves, STJ, 3ª Turma, unân., DJ, Seção 1 de 4/10/1999, p. 56.

<sup>3</sup> HC 20.789-SP, Rel. Min. Francisco Falcão, STJ, 1ª Turma, unân., DJ, Seção 1 de 17/5/2004, p. 107.

Essa é mais uma razão para que, na eventual penhora de renda ou faturamento da empresa, por falta de outros bens penhoráveis, seja nomeado, não um simples depositário, com a incumbência de fazer, mensalmente, os recolhimentos dos valores penhorados, mas um verdadeiro administrador da empresa, nos termos dos arts. 677, 678 e 719 do CPC.

## 10. PENHORA DE FATURAMENTO NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS

O Superior Tribunal de Justiça, constitucionalmente encarregado de manter a uniformidade da legislação infraconstitucional, no País, tem sido bastante razoável no julgamento de recursos especiais, envolvendo a penhora de faturamento, ainda que em percentuais aparentemente insignificantes (2% sobre o faturamento mensal).

Decidiu esse Tribunal, no REsp. 829.138,<sup>4</sup> que a constrição sobre faturamento, além de não proporcionar, objetivamente, a especificação do produto da penhora, pode ensejar deletérias consequências no âmbito financeiro da empresa, conduzindo-a, compulsoriamente, ao estado de insolvência, em prejuízo não só de seus sócios, como também, e precipuamente, dos trabalhadores e de suas famílias, que dela dependem para sobreviver.

Nesse precedente, registrou essa Corte que a sua jurisprudência vem se firmando no sentido de restringir a penhora sobre faturamento da empresa, podendo, no entanto, esta ser efetivada, unicamente, quando observados, impreterivelmente, os seguintes procedimentos essenciais, sob pena de frustrar a pretensão constritiva: I) a verificação de que, no caso concreto, a medida é inevitável, de caráter excepcional; II) a inexistência de outros bens a serem penhorados ou, de alguma forma, frustrada a tentativa de haver o valor devido na execução; III) o esgotamento de todos os esforços na localização de bens, direitos ou valores, livres e desembaraçados, que possam garantir a execução, ou seja os indicados de difícil alienação; IV) a observância às disposições contidas nos arts. 677 e 678 (necessidade de ser nomeado administrador), com a devida apre-

---

<sup>4</sup> Resp. nº 829.138-RJ, Rel. Ministro José Delgado, STJ, 1ª Turma, unânime, DJ, Seção I de 8/6/2006, p. 153.

sentação da forma de administração e esquema de pagamento); V) a fixação de percentual que não inviabilize a atividade econômica da empresa.

Nesse precedente, assentou o STJ que a instituição executada possuía outros bens passíveis de penhora, que não foram aceitos pela exequente (União) por falta de interesse em adjudicá-los, o que não justifica a substituição dos bens indicados à penhora pelo faturamento da empresa, tendo em vista o disposto no art. 620 do CPC, o qual estatui que a execução deve ser feita pelo modo menos gravoso para o executado.

É a seguinte, na íntegra, a ementa do acórdão proferido no Resp. 829.138-RJ:

***“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU FALTA DE MOTIVAÇÃO NO ACÓRDÃO A QUO. PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA A PROCEDIMENTOS ESSENCIAIS À CONSTRIÇÃO EXCEPCIONAL, INEXISTENTES, IN CASU. PRECEDENTES.***

*1. Recurso especial interposto contra acórdão que determinou a penhora de 2% do faturamento mensal da recorrente.*

*2. Decisão a quo clara e nítida, sem omissões, obscuridades, contradições ou ausência de motivação. O não-acatamento das teses do recurso não implica cerceamento de defesa. Ao juiz cabe apreciar a questão de acordo com o que entender atinente à lide. Não está obrigado a julgá-la conforme o pleiteado pelas partes, mas sim com seu livre convencimento (CPC, art. 131), usando fatos, provas, jurisprudência, aspectos atinentes ao tema e legislação que entender aplicáveis ao caso. Não obstante a oposição de embargos declaratórios, não são eles mero expediente para forçar o ingresso na instância especial, se não há vício para suprir. Não há ofensa ao art. 535, II, do CPC quando a matéria é devidamente abordada no aresto a quo.*

*3. A constrição sobre o faturamento, além de não proporcio-*

*nar, objetivamente, a especificação do produto da penhora, pode ensejar deletérias conseqüências no âmbito financeiro da empresa, conduzindo-a, compulsoriamente, ao estado de insolvência, em prejuízo não só de seus sócios, como também, e precipuamente, dos trabalhadores e de suas famílias, que dela dependem para sobreviver.*

*4. Na verdade, a jurisprudência mais atualizada desta Casa vem se firmando no sentido de restringir a penhora sobre o faturamento da empresa, podendo, no entanto, esta ser efetivada, unicamente, quando observados, impreterivelmente, os seguintes procedimentos essenciais, sob pena de frustrar a pretensão constritiva:*

- *a verificação de que, no caso concreto, a medida é inevitável, de caráter excepcional;*

- *a inexistência de outros bens a serem penhorados ou, de alguma forma, frustrada a tentativa de haver o valor devido na execução;*

- *o esgotamento de todos os esforços na localização de bens, direitos ou valores, livres e desembaraçados, que possam garantir a execução, ou sejam os indicados de difícil alienação;*

- *a observância às disposições contidas nos arts. 677 e 678 do CPC (necessidade de ser nomeado administrador, com a devida apresentação da forma de administração e esquema de pagamento);*

- *fixação de percentual que não inviabilize a atividade econômica da empresa.*

*5. Não há notícia nos autos de que se tenha procedido nas formas elencadas. Na hipótese, restou comprovado que a executada possui outros bens passíveis de penhora, que não foram aceitos pela exeqüente por falta de interesse em adjudicá-los, o que não justifica a substituição dos bens indicados à penhora pelo faturamento da empresa, tendo em vista o disposto no art. 620 do CPC, o qual estatui que a execução deve ser feita pelo modo menos gravoso para o executado.*

*6. Recurso provido."*

No âmbito dos tribunais estaduais, a sua jurisprudência não destoava da orientação firmada pelo STJ, tendo o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro decidido no mesmo sentido quando a controvérsia envolve penhora de faturamento:

***“AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. EMPRESA DE ÔNIBUS. PENHORA DE RECEITA DERIVADA DE VALES-TRANSPORTES. IMPOSSIBILIDADE. ART. 620 DO CPC. RECURSO PROVIDO.***

*A finalidade básica da penhora é atender, do modo mais eficiente e rápido possível, o processo de execução que, embora seja instaurado para abrigar interesse do credor, deve ser realizado de forma menos gravosa para o devedor, nos termos do art. 620 do CPC.*

*Embora a penhora possa recair sobre as rendas de determinado negócio, tal alternativa deve ser reservada a hipóteses em que restou exaurida a possibilidade da execução proceder-se de maneira menos gravosa ao devedor.*

*In specie, afigurando-se o bem oferecido pela empresa devedora passível de constrição judicial, e, sendo inconteste no ordenamento jurídico pátrio que a gradação legal estabelecida para efetivação da penhora não tem caráter rígido, podendo, pois, ser modificada por força das circunstâncias e das peculiaridades de cada caso concreto, presente, ademais, a regra do art. 620 do Digesto Processual, impõe-se aceitar o requerimento do agravante de que seja impedido o bloqueio de sua receita junto à FETRANSPOR, tendo em vista que a medida requerida consubstancia procedimento que atende ao princípio da menor onerosidade, já que a mencionada renda constitui o capital de giro da empresa, indispensável ao custeio da sua atividade. (A. I. 6.221/2003, rel. Des. Wellington Jones Paiva, TJRJ, 12ª Câmara Cível, DOERJ, Seção I, Parte III de 17/10/2006, p. 61).*

Em obediência à hierarquia judiciária e por uma questão de observância à lógica do sistema jurídico, não tem sentido que, em

face da jurisprudência já consolidada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, sobre a penhora de renda ou faturamento, continuem os juízes a prestigiar essa modalidade de garantia, que, imediatamente, tem a única virtude de retirar da empresa a disponibilidade de parte do seu capital de giro —, quando a empresa tenha outros bens para garantir a execução — colocando-o, até que se ultime a execução, numa conta judicial, repita-se, a serviço do ente que ministra justiça.

## 11. CONCLUSÃO

Estas considerações põem à mostra as desastrosas consequências que pode provocar uma decisão judicial, quando o juiz, insensível à situação de empresas que prestam relevantes serviços essenciais à comunidade (ensino, saúde, transporte coletivo h etc.), suprimindo a eterna omissão do poder público, determina a penhora do seu faturamento, mediante simples depósito em conta judicial, em vez de cumprir as regras legais que disciplinam a penhora nesses casos. ☐

# A Polêmica sobre a Fixação de Honorários em Fase de Cumprimento de Sentença

Milton Delgado Soares  
*Juiz de Direito do TJ/RJ . Ex-Procurador do  
Estado do RJ. Mestre em Direito Público e  
Professor Universitário.*

## 1. A EVOLUÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL E OS “MOVIMENTOS DE REFORMA DO CPC”

Em um primeiro momento da evolução científica do Direito Processual, o processo era considerado um mero apêndice do Direito Material, ou seja, não existia uma autonomia científica do Direito Processual em relação ao Direito Material, já que aquele existia como mero instrumento para a concretização deste.

A este primeiro momento alguns autores<sup>1</sup> denominam de fase imanentista da evolução do Direito Processual.

Em consequência, por não haver que se falar em autonomia do Direito Processual em relação ao Direito Material, ainda não podemos chamar os seus estudiosos de processualistas, pois as pessoas que se interessavam pelo estudo do Direito Processual eram os civilistas que estudavam normas procedimentais para possibilitar a efetivação do Direito Material (civil). Tais estudiosos eram chamados de praxistas ou procedimentalistas.

---

<sup>1</sup>Por todos confira-se: CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, v. I, 14ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 8/10.

Com o surgimento da teoria do processo como relação jurídica autônoma, que foi desenvolvida através da obra de Oskar Von Bülow (*A teoria das exceções processuais e pressupostos processuais*), podemos falar em uma autonomia do Direito Processual em relação ao Direito Material, que possibilitou a evolução dos estudos de tal ramo do Direito.

A partir deste momento, temos a chamada fase científica, na qual os seus estudiosos poderiam receber a denominação de Processualistas, em virtude da comprovação da autonomia didática e científica do Direito Processual.

Nesta fase, o Direito Processual estava começando a engatinhar ou, pode-se dizer, a criar suas próprias asas, motivo pelo qual os processualistas começaram a desenvolver seus primeiros conceitos e princípios. Temos aqui a denominada propedêutica processual, na expressão utilizada por José Eduardo Carreira Alvim<sup>2</sup>, quando se refere aos estudos dos conceitos basilares de Direito processual, tais como, lide, interesse, pretensão, ação, processo etc.

Fixados tais conceitos essenciais, o Direito Processual partiu para uma busca incansável de uma prestação jurisdicional célere e efetiva. Esta é a fase que estamos vivendo e que pode ser denominada de fase instrumentalista.

A busca da celeridade e da efetividade do processo está intimamente ligada ao conceito de justiça e aos ideais do Estado Democrático de Direito para a construção de uma sociedade digna de se viver.

Por tal razão, o nosso Código de Processo Civil tem sido constantemente alterado e o legislador pátrio tem transformado em dispositivos legais criações dos operadores do Direito, da jurisprudência e da doutrina, sempre objetivando uma melhoria na prestação jurisdicional.

São os denominados movimentos de “reforma” do CPC, iniciados em 1994 e que perduram até os dias de hoje e, diga-se de passagem, perdurarão o tempo que for necessário para que alcancemos a verdadeira justiça através do processo.

---

<sup>2</sup> *In*, *Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.



Alguns autores, para fins meramente didáticos, dividem os movimentos de reforma realizados até o momento, em três fases principais, quais sejam: 1ª Fase: Com a Lei nº 8.952/94, que introduziu o instituto da antecipação de tutela no direito pátrio para acabar com a utilização incômoda do processo cautelar como forma de se garantir a efetividade do direito; 2ª Fase: Com as Leis nº 10.352/01, 10.358/01 e 10.444/02, movimento que ficou conhecido como “Reforma da Reforma”, na denominação de Cândido Rangel Dinamarco<sup>3</sup>, em obra que assim foi intitulada; 3ª Fase: Com as Leis nº 11.232/05, 11.276/06, 11.277/06 e 11.280/06, cabendo destacar a primeira delas, para o fim a que se propõe este trabalho, em especial por ter criado a fase de cumprimento de sentença<sup>4</sup> em substituição ao processo de execução autônomo.

## 2. AS LEIS Nº 8.592/94, 10.444/04 E 11.232/05 E A RUPTURA COM O PARADIGMA TRADICIONAL

As Leis nº 8.592/94 e 10.444/05, que introduziram, respectivamente, os artigos 461 e 461-A do CPC, deram início ao rompimento do paradigma tradicional Liebmaniano de dois processos autônomos, o de conhecimento e o de execução, para a resolução e satisfação de um mesmo conflito de interesses.

Tais dispositivos eram aplicados para as obrigações de fazer, não fazer e dar, porém tinham deixado de fora a grande maioria das obrigações que são as de pagar quantia certa.

A ruptura com o paradigma tradicional do Direito Processual Pátrio somente foi alcançada com o advento da Lei nº 11.232/05, que estabeleceu a fase de cumprimento de sentença (artigos 475, I/ R, do CPC) em substituição ao antigo processo de execução por quantia certa legitimado por um título executivo judicial.

É da natureza humana opor resistências às mudanças e querer sempre se apegar aos conceitos antigos e tradicionais, evitando, desta forma, o trabalho e estudo de temas novos, optando pelo comodis-

---

<sup>3</sup> *In, A Reforma da Reforma*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

<sup>4</sup> Sobre o tema destacamos a seguinte obra: ASSIS, Araken de. *Cumprimento da Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

mo e consagrando a expressão conhecida da sabedoria popular de que “em time que está ganhando não se mexe”.

Mas, *in casu*, o processo de execução não era um time que estava ganhando, muito pelo contrário, pois eram comuns instrumentos e meios procrastinatórios que davam azo à afirmação de que uma das partes “ganhou, mas não levou”.

Assim, não devemos receber tal legislação com desconfiança e sim com muito otimismo, a fim de tentar resolver o problema crônico do antigo processo de execução.

### 3. A NATUREZA JURÍDICA DA FASE DE CUMPRIMENTO DA SENTENÇA

Como já afirmado, a mudança do processo de execução para o cumprimento de sentença, não se trata de uma mera mudança terminológica e sim de uma verdadeira ruptura do paradigma tradicional, sempre objetivando a celeridade e efetividade processual.

Em conseqüência, não podemos ficar apegados aos conceitos e procedimentos empregados no antigo processo de execução, sob pena de enterrarmos, de vez, a esperança de resolvermos o problema crônico da fase de execução.

Não há mais que se falar em dois processos e sim em duas fases de um mesmo processo, ou seja, temos apenas um processo bifásico composto de uma fase cognitiva e outra executiva.

Assim, o cumprimento da sentença ostenta a natureza de uma fase de um processo bifásico e não mais de um processo autônomo.

### 4. O ARTIGO 475-J DO CPC E A QUESTÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Questão que é o objeto central deste trabalho, e que tem suscitado alguma discussão, é a relativa à possibilidade ou não de fixação de honorários advocatícios em fase de cumprimento de sentença, a exemplo do que acontecia no antigo processo de execução.

A legislação é omissa e, em conseqüência, alguns advogados astutos têm pleiteado a fixação dos mesmos, sob o argumento de que em razão da omissão, o magistrado deveria fixá-los, equitativamente, na forma do artigo 20, § 4º, do CPC, como forma de remunerar o trabalho do advogado na fase de execução.

Entendo que tal afirmação não deve prevalecer por diversos fundamentos, senão vejamos.

O artigo 475-J, do CPC, introduzido pela Lei nº 11.232/05, dispõe que:

*“Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não efetue no prazo de 15 (quinze) dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no artigo 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação”.*

A jurisprudência mais abalizada tem entendido que, quando a sentença transita em julgado e o processo retorna do tribunal, em lugar do tradicional “cumpra-se o v. acórdão”, que fazia com que o juiz ficasse aguardando a parte ajuizar, nos mesmos autos, um novo processo, qual seja, o de execução, o Juiz já determina, de ofício, a intimação do devedor para que este efetue o pagamento da condenação (principal e honorários), no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de multa de 10% sobre o “montante da condenação”.

Assim, ficam dispensados tanto o ajuizamento do processo de execução, através de uma petição inicial, quanto a expedição de mandado de citação para a integralização de uma nova relação jurídica processual, pois, em se tratando de uma segunda fase de um mesmo processo, a relação processual já está integralizada, restando ao vencido, apenas, obedecer ao comando estatal condenatório.

Em prol da celeridade, a intimação do executado dar-se-á da mesma forma como ele é intimado para todos os atos e termos do processo, ou seja, através de publicação no Diário Oficial e pela pessoa de seu advogado<sup>5</sup>, somente havendo que se falar em

---

<sup>5</sup> Entendo que não há como prevalecer a tese defendida por alguns autores, como ALEXANDRE FREITAS CÂMARA (*in*, A Nova Execução de Sentença. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 113/116), de que a intimação deverá ser feita pessoalmente ao executado, pois isso significaria que a inexistência de mudança em prol da celeridade, já que apenas substituiríamos a antiga citação pela intimação pessoal, pois apenas acarretaria a mudança do nome do mandado a ser expedido.

intimação do executado, pessoalmente ou por AR, quando este não tiver patrono<sup>6</sup> constituído nos autos, conforme preceituado no § 1º, do artigo 474-J, do CPC.

Quedando-se silente, o magistrado irá aplicar a penalidade de 10% (dez por cento) sobre o “montante da condenação”, ou seja, 10 % (dez por cento) sobre o principal mais os honorários sucumbenciais estabelecidos ao final da primeira fase.

O artigo 475-J, do CPC, em sua parte final, dá ao credor a opção de cobrar ou não o seu crédito, já que tal direito é disponível, não sendo por outro motivo que estabelece que o mandado de penhora e avaliação somente será expedido a “requerimento do credor”.

Manifestado o seu interesse de prosseguir com a fase executiva, por simples petição ou termo nos autos, o processo deverá prosseguir com o impulso oficial, como dispõe o princípio da demanda preceituado no artigo 262, do CPC.

Durante o breve período de vigência do artigo 475-J, do CPC, pudemos constatar que, os devedores, que sempre tentavam procrastinar para ganhar tempo, agora, estão optando por pedir guias para pagamento, não só em virtude da penalidade estabelecida pelo citado dispositivo, mas também pelo tratamento que a Lei nº 11.232/05 deu à impugnação, que substituiu os embargos à execução, inclusive com a possibilidade de sua rejeição liminar se o executado não anexar o cálculo do valor que entende devido, nos casos em que alegar excesso de execução (art. 475, L, § 2º, do CPC).

Na verdade, quando o executado não efetua o pagamento de uma condenação, ele está descumprindo uma ordem estatal e, por tal razão, o magistrado deve empreender todo o seu empenho para que a mesma seja cumprida.

Por isso, deve o magistrado valer-se de todos os meios para a satisfação do credor, dentre os quais destaco a tão temida “penhora

---

<sup>6</sup> Outra questão para a qual os magistrados devem atentar é a criatividade dos advogados brasileiros que podem, a fim de ganhar um pouco de tempo, renunciar aos poderes para que o Juiz seja obrigado a intimar o executado pessoalmente. Nestas hipóteses, deve o Juiz proceder a intimação do executado, dando preferência para o AR, e observar se o advogado renunciante cumpriu o artigo 45 do CPC, bem como se retornou aos autos como se nada tivesse acontecido, até mesmo com uma nova procuração, ocasião em que entendo estar configurada a litigância de má-fé (artigos 14, II, c/c 17, IV e V, do CPC), devendo, portanto, o magistrado punir tal ato.

*on-line*" criada através do convênio dos tribunais com o Banco Central do Brasil.

Com isso, constatamos que houve uma verdadeira ruptura com o paradigma tradicional de dois processos, não sendo a alteração implementada pela Lei nº 11.232/05 meramente terminológica.

Não há mais que se falar em processo autônomo de execução com a efetiva participação do advogado, pois tal papel foi transmitido para o juiz em virtude do impulso oficial e mudança de filosofia acerca do tratamento empreendido ao devedor, já que este, ao não efetuar o pagamento, estará descumprindo uma ordem judicial.

O procedimento bifásico é bem mais simplificado e, na grande maioria das vezes, a participação do advogado será secundária e não justificará a fixação de novos honorários além dos já fixados ao final da primeira fase.

Destaque-se, ainda, que os honorários fixados ao final da primeira fase servem para remunerar o trabalho do advogado durante todo aquele processo, ou seja, remunera a sua atuação nas duas fases do feito.

Tal alegação não traz nada de novo, pois, basta lembrar que, até hoje, nenhum advogado ousou, por exemplo, requerer a fixação de novos honorários para a concretização de um despejo ou implementação da segurança.

Isso não significa dizer que tal entendimento estaria desprestigiando o trabalho do advogado, pois, diante dos objetivos da nova legislação e experiências observadas nos seus primeiros dias de vigência, tenho notado que o trabalho do advogado será mais facilmente reconhecido e valorizado por seu cliente do que era antes, quando ele "ganhava", mas, na maioria das vezes "não levava".

Ao Jurisdicionado, que é leigo e avesso às discussões jurídicas, somente interessa que o seu direito seja efetivado e isso será muito mais facilmente alcançado com a correta aplicação da nova legislação. Assim, haverá uma maior confiança e valorização não só da Justiça, mas também dos profissionais que dela tiram seu sustento.

Destaque-se, por fim, que, no Direito Pátrio, tem se entendido que as penalidades fixadas pelo Juiz convertem-se para a parte pre-

judicada pelo descumprimento da ordem judicial e não para o próprio Judiciário, entenda-se, seu Fundo Especial, como entendo que seria o mais correto.

Assim, eventual trabalho do advogado na fase executiva será remunerado através da própria multa de 10% (dez por cento), pois esta incidirá, não só sobre o valor principal, mas também sobre os honorários advocatícios fixados na primeira fase.

Com efeito, não há razão para a fixação de novos honorários, até mesmo porque tal fato poderia acarretar um enriquecimento sem causa do patrono do exequente em detrimento do executado, pois, este, além da multa incidente sobre os honorários seria obrigado a pagar outros honorários.

Para aqueles que podem alegar que tal valor não seria suficiente para remunerar o serviço do advogado em algumas situações, devemos lembrar que a multa de 10% (dez por cento) fixada pelo artigo 475-J, do CPC, é apenas uma penalidade inicial, já que também pode ser majorada pelo magistrado, como toda e qualquer *astreintes*, dependendo dos desdobramentos da fase executiva e do comportamento processual do executado, que poderá acarretar uma maior participação do advogado, devendo, portanto, o juiz proceder com o seu tão conhecido “prudente arbítrio” ou “equitativamente”, como preceitua o artigo 20, § 4º, do CPC, invocado pelos defensores da tese de fixação dos honorários em fase de cumprimento de sentença.

Ressalte-se, ainda, que a fixação de novos honorários na fase de execução poderia ser mais um entrave para o imediato cumprimento da sentença e o subsequente descumprimento da ordem judicial, pois feriria o princípio basilar da atividade executiva do menor sacrifício possível para o devedor, ao arrepio do objetivo almejado pelos seguidos movimentos de reforma processual.

## 5. CONCLUSÃO

Neste momento inicial de vigência e aplicação da Lei nº 11.232/05, entendo que todas as considerações sobre os diversos assuntos que ela regula são sempre importantes para o aprimoramento do Direito Processual e para que este possa realmente alcançar a sua efetividade com uma celeridade razoável.

Assim, não tenho por objetivo esgotar o tema e nem tampouco afirmar que a tese aqui defendida sairá vencedora nos Tribunais Pátrios, mas, sim, despertar o interesse da comunidade jurídica para os mais diversos temas que envolvem as novas leis oriundas dos movimentos de reforma processual, provocando o debate que, certamente, contribuirá para o aperfeiçoamento da atividade jurisdicional.☐

# Crise da Justiça

Antonio Sebastião de Lima

*Juiz de Direito (aposentado) do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Ciências Jurídicas. Professor de Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional*

## I. INTRODUÇÃO

Discute-se, na sociedade brasileira, a necessidade de uma profunda reforma no sistema judicial, compreendendo o Poder Judiciário, a Advocacia, o Ministério Público e o aparelho penal preventivo, repressivo e educativo. Apesar do tempo decorrido e da longa discussão sobre a reforma do Poder Judiciário, a Emenda Constitucional nº 45, além do vício de origem, foi promulgada sem atender às reais necessidades dos jurisdicionados.

O Legislativo carece de competência para reformar o Executivo ou o Judiciário, tendo em vista o princípio da independência e harmonia dos Poderes enunciado de modo incisivo na Constituição brasileira de 1988. A independência de um poder constituído se esvai quando a sua estrutura e o seu funcionamento ficam ao arbítrio de outro poder constituído. Somente uma assembléia constituinte revisora, eleita pelo povo, poderá reformar os Poderes da República. A inconstitucionalidade por vício de origem ficou agravada com a falta de autoridade moral do órgão que a praticou. As comissões parlamentares de inquérito e as investigações jornalísticas no último triênio trouxeram à tona fatos escandalosos. Os olhos atônitos dos brasileiros viram surgir um assombroso mar de corrupção na esfera política.

A competência do Poder Legislativo para reformar o texto constitucional encontra limites nos princípios fundamentais da República, como se depreende do § 4º, do artigo 60, da Constituição Federal de 1988. O Congresso Nacional ultrapassou esses limites ao fa-



zer *tabula rasa* da independência do Judiciário, modificando a sua estrutura e o seu funcionamento. A proposta da referida emenda não devia ser objeto de deliberação. O Legislativo colocou o Judiciário em posição subalterna, incompatível com a independência e a harmonia declaradas no artigo 2º, da Constituição Federal. Esse princípio coloca em nível de igualdade institucional os três Poderes da República.

Recusando eficácia a essa emenda inconstitucional, os juízes e tribunais estariam defendendo a sua competência e impedindo que se abrisse um precedente perigoso e contrário à independência e à harmonia entre os Poderes da União, precedente este que descaracteriza o modelo constitucional adotado pela Assembléia Nacional Constituinte. A recusa não tipificaria insurgência antijurídica contra ato normativo do Poder Legislativo e sim, resistência legítima contra o excesso praticado. A atitude de resistência dos juízes e tribunais teria um caráter político, no amplo sentido da palavra. Cuida-se de relação entre poderes, externa e estranha ao processo judicial. A recusa seria ato de legítima defesa da independência do Poder Judiciário. Por ocorrer no campo político, esse exercício, pelos magistrados, da soberania constituída, independe de qualquer decisão judicial. Acima das decisões dos poderes constituídos estão as decisões do legislador constituinte originário. Os princípios fundamentais da República, enunciados na Constituição Federal, decorrem das soberanas decisões tomadas pela Assembléia Nacional Constituinte. Ao invés de cumplicidade, parceria ou subserviência, a harmonia entre os Poderes da República significa mútuo respeito e ausência de hostilidade, cada qual exercendo livremente a sua competência dentro da estrutura criada pelo legislador constituinte originário.

Quanto à estrutura do Poder Judiciário, a Emenda Constitucional nº 45: (i) criou o Conselho Nacional de Justiça; (ii) determinou a criação de ouvidorias de justiça competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Poder Judiciário ou contra seus serviços auxiliares; (iii) determinou o funcionamento de escolas nacionais de formação e aperfeiçoamento de magistrados junto ao Superior Tribunal de Justi-

ça e ao Tribunal Superior do Trabalho; (iv) ampliou vagas no Tribunal Superior do Trabalho; (v) permitiu a criação de câmaras regionais e de justiça itinerante nas esferas federal e estadual, e de varas agrárias estaduais; (vi) extinguiu os tribunais de alçada; (vii) incluiu juízes de direito na justiça militar estadual de primeiro grau; (viii) determinou que se observassem a proporcionalidade entre o número de juízes, a demanda judicial e a população.

Quanto ao funcionamento do Poder Judiciário, a referida emenda: (i) assegurou a todos a razoável duração do processo e os meios que garantam a respectiva celeridade; (ii) equiparou às emendas constitucionais, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos; (iii) baixou regras sobre a magistratura nacional; (iv) declarou ininterrupta a atividade jurisdicional, vedando férias coletivas aos juízes e tribunais; (v) exigiu a imediata distribuição de processos; (vi) facultou delegação aos servidores para a prática dos atos de administração e de mero expediente sem caráter decisório; (vii) unificou a legitimidade ativa das ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade; (viii) incluiu na competência da Justiça Federal, o processo e julgamento dos crimes contra os direitos humanos, quando provido, pelo Supremo Tribunal Federal, incidente de deslocamento suscitado pelo Procurador-Geral da República; (ix) discriminou as causas de competência da Justiça do Trabalho; (x) criou a súmula vinculante expedida pelo Supremo Tribunal Federal.

Somente uma assembléia constituinte revisora eleita pelo povo teria legitimidade para baixar normas de tal jaez. A competência do Conselho Nacional de Justiça invade a competência dos tribunais estaduais, estremece a autonomia dos Estados federados e rompe o pacto federativo. O Tribunal de Justiça detém o poder político no Estado federado, no seu mais elevado grau. No entanto, as suas decisões de natureza administrativa ficaram sujeitas à cassação ou suspensão por um órgão burocrático de caráter nacional. Esse órgão submete ao seu controle não só a conduta dos magistrados como, também, as atividades peculiares e próprias dos tribunais. Isto tipifica uma violência inominável ao princípio federativo em gênero e à autonomia do Judiciário estadual em espécie. O poder de avocar

processos disciplinares, por exemplo, quebra o princípio federativo no que tange aos juízes estaduais, cuja conduta ficará submetida à apreciação de servidores federais. A extinção dos tribunais de alçada, apesar de louvável, atropela o princípio federativo ao interferir na autonomia constitucional dos Estados federados. Essa interferência indébita ocorre, também, pela competência revisional dada ao Conselho, que inclui a expedição de ordens aos tribunais de justiça e aos respectivos presidentes, para que façam ou deixem de fazer negócios administrativos, colocando-os em posição subalterna e humilhante. Essa interferência da administração federal na administração estadual, sem homologação do Supremo Tribunal Federal, atenta contra a federação. A norma que equipara tratados internacionais a emendas constitucionais outorga, implicitamente, soberania constituinte ao Presidente da República, acarretando uma *capitis deminutio* à Assembléia Nacional Constituinte.

Urge encontrar, mediante revisão constitucional legítima, fórmulas para uma reforma mais ampla e profunda, de modo a proporcionar ao povo brasileiro uma nova justiça, apta a resolver as demandas com rapidez e eficiência.

## II. PRIVATIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO

O Judiciário, expressão do poder do Estado, tem por missão zelar pela vigência e eficácia da Constituição, solucionar controvérsias, declarar e aplicar o direito no devido processo legal mediante o exame dos fatos e dos argumentos das partes.

Do ponto de vista axiológico, a missão do Poder Judiciário compreende o ideal de justiça. Informado pela idéia de justiça, o direito visa ao bem comum. O direito responde a uma necessidade de ordem nas relações humanas; reflete a natural tendência dos seres vivos à organização; resulta da aspiração ética dos seres humanos e do sentimento de justiça, difuso na sociedade, apreendido pela razão e posto em vigência pela autoridade. As regras éticas e os critérios de justiça foram racionalmente elaborados e estabelecidos por uma elite intelectual, política e religiosa no curso da história.

O poder do legislador aumentou, no mundo moderno, com a supremacia do direito legislado em face do direito consuetudinário

exposto pelos doutores e aplicado pelos tribunais. A lei escrita passou a acolher propósitos que nem sempre coincidem com o bem comum e com os princípios éticos vigentes na sociedade. O *justo* ficou em segundo plano. O *útil* e o pragmático tomaram-lhe o lugar. O legislador passou a regular e a proteger interesses setoriais em frontal oposição ao interesse geral. Ao invés do povo, os grupos e interesses privados é que estão representados politicamente. A dimensão econômica enlaçou as dimensões política e social. Ao aplicar a lei brotada dessa fonte, o juiz serve de instrumento à satisfação dos referidos interesses. Em consequência, ao prestar jurisdição, o magistrado afasta-se, involuntariamente, da justiça e do bem comum.

Para retornar ao justo – mantendo-se a justiça como desiderato de um sistema judicial – o magistrado vê-se obrigado a recorrer aos princípios fundamentais da ordem jurídica. Nesse caso, antes de qualquer ramo do direito, o juiz deverá voltar-se para o direito constitucional. Dotado de visão sistêmica, terá chance de escapar das artimanhas do legislador ordinário. Interpretará e aplicará a lei à luz dos princípios constitucionais. Mesmo assim, nos países dominados por oligarquias, o caminho do juiz poderá ser entulhado de alterações constantes e abusivas no texto constitucional. Por esse caminho corporações nacionais e internacionais engessam a magistratura, impedindo-a de fazer justiça. Na busca da efetivação do justo, o magistrado recorrerá aos princípios gerais de direito segregados pela civilização ocidental, antes de apelar para um direito alternativo liberto de qualquer sistema.

Além de influírem no campo normativo, as corporações nacionais e internacionais atuam no campo doutrinário. O juiz deve precaver-se contra doutrinas maliciosas, camufladas por uma linguagem técnica, esotérica e sedutora, corrosiva dos direitos fundamentais da pessoa natural. Serve de exemplo a blandiciosa doutrina setentrional que retira a força dos direitos fundamentais do povo, favorecendo e fortalecendo o governo. Ante o relativismo defendido por essa doutrina, a certeza e segurança, pilares do direito, descem a ladeira e o povo perde garantias históricas e tradicionais.

Essa doutrina equipara espertamente direito absoluto a direito fundamental, transpondo do campo da física para o campo jurídico

a contradição entre *absoluto* e *relativo* para ocupar o lugar da oposição entre *fundamental* e *não-fundamental*. Acomodado o binômio absoluto-relativo, a doutrina nega o primeiro termo e afirma o segundo: *não há direito absoluto; todo direito é relativo*. Desse modo, os direitos fundamentais da pessoa natural e do cidadão entram no campo da relatividade e ficam subordinados aos objetivos do governo, mesmo em clima de normalidade institucional. Esse relativismo no direito ampara o autoritarismo. Dada a proximidade nominal com a teoria da relatividade, a referida doutrina ganha aparência científica. Astuciosamente, troca a fórmula democrática *liberdade ampla e autoridade restrita*, pela fórmula autocrática *autoridade ampla e liberdade restrita*.

Os direitos fundamentais da pessoa natural e do cidadão caem na vala comum da relatividade quando legisladores e juízes incorporam essa doutrina em suas decisões, sem levar em conta que o direito fundamental resulta da soberana vontade do povo, manifestada através do legislador constituinte. Trata-se de um conjunto de preceitos estruturais da ordem jurídica. A estrutura jurídica do Estado decorre da decisão tomada pela assembléia constituinte, expressão da vontade do povo. Essa vontade, no caso brasileiro, está em sintonia com as conquistas da civilização ocidental em matéria de dignidade da pessoa natural. A intangibilidade dos direitos fundamentais da pessoa natural e do cidadão em face dos governantes faz parte dessas conquistas históricas. Daí o despropósito de envolvê-los no relativismo. Nesse contexto, os direitos não são absolutos nem relativos, mas, tão-somente fundamentais. A dignidade da pessoa natural motiva o direito fundamental; a necessidade o gera. O que caracteriza esse direito não é a solubilidade implícita no relativo e sim, a integridade e duração implícita no absoluto. Como limite ao poder do governante, o direito fundamental da pessoa natural e do cidadão será intangível onde e enquanto vigorar o regime democrático. Democracia efetiva e não simulacro de democracia.

Destarte, mesmo admitindo o binômio absoluto-relativo na seara dos direitos fundamentais, a intangibilidade os colocaria como direitos absolutos, sem heresia. Cabe lembrar que a teoria da relatividade visa ao absoluto, como adverte Bertrand Russel:

*Há um tipo de gente presunçosa que gosta de afirmar que tudo é relativo. Isso é claramente um absurdo, pois, se tudo fosse relativo, seria relativo em relação a quê? É possível, porém, sem incorrer em absurdos metafísicos, sustentar que tudo no mundo físico é relativo a um observador. Mas, mesmo essa idéia, quer ela seja verdadeira ou não, não é a que a teoria da relatividade adota. Talvez, o nome seja infeliz; não há dúvida de que ele levou filósofos e pessoas pouco instruídas a confusões. Eles imaginam que a nova teoria prova que tudo no mundo físico é relativo quando, ao contrário, ela está inteiramente empenhada em excluir o que é relativo e chegar a uma formulação das leis físicas que não dependa de maneira alguma das circunstâncias do observador. (ABC da Relatividade, Rio, Jorge Zahar, 2005, p. 29).*

Os físicos continuam o trabalho de Einstein em direção às leis absolutas da natureza e à unificação das teorias. Cumpre advertir que o mundo físico, governado pelo determinismo natural, distingue-se do mundo da cultura, governado pela inteligência, vontade e ação dos seres humanos. O direito pertence ao mundo da cultura. O físico raciocina com o *ser*; o jurista, com o *dever-ser*. O físico explica; o jurista justifica.

Os filósofos e juristas criaram direitos absolutos – se como tal forem considerados os direitos fundamentais – no mundo político, quando elaboraram e promulgaram, em nome do povo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, no século XVIII. Esses direitos constituem limites à vontade e à ação dos legisladores, administradores e magistrados. A segurança jurídica, a certeza do direito de cada pessoa natural e de cada cidadão, exige intangibilidade. A setentrional doutrina, contrária à intangibilidade dos direitos fundamentais, apregoada como modernidade e exigência do mundo globalizado, embala um tremendo retrocesso histórico intencionalmente provocado pela inteligência dos países do primeiro mundo, movidos pelo propósito de dominação econômica e cultural.

### III. CHOQUE DAS LIBERDADES

Abra-se parêntese ao bem essencial chamado liberdade, raiz dos direitos fundamentais da pessoa natural e do cidadão, para estudo de um caso concreto. Alegando necessidade de elucidar crime de caráter financeiro ocorrido no Brasil, o Ministério Público chamou a juízo repórteres de revista e de jornal para que revelassem a fonte de informações publicadas. Isto enseja o exame da situação sob tríplice aspecto: (i) o direito de punir do Estado, que inclui o poder de investigar e apurar autoria e materialidade dos delitos; (ii) o direito do profissional da imprensa de buscar, colher e divulgar informação, que supõe o dever de resguardar a fonte; (iii) o exercício da liberdade de informação do cidadão que abastece de dados o profissional da imprensa, seguro de que ficará incógnito, confiante na honestidade do jornalista e na eficácia do preceito constitucional sobre o sigilo da fonte.

O exercício da liberdade de informação tem sido questionado nos tribunais brasileiros. Ora são as liberdades que conflitam entre si; ora são as liberdades que conflitam com a autoridade. No choque das liberdades entre si, as pessoas buscam proteção judicial para impedir publicação de notícias que possam macular sua honra e afetar negativamente sua reputação, ou, quando já publicadas, pedem aos juízes e tribunais indenização por danos morais. Quando o choque se dá entre a liberdade e a autoridade, o governo censura a imprensa, ou promove medidas para apurar responsabilidade por excesso ou abuso no exercício do direito de informar. O cidadão impetra mandado de segurança para obter proteção judicial à sua liberdade de informar e de ser informado.

O absolutismo da liberdade conduz à anarquia, extremo em que se localiza o direito absoluto do governado. O absolutismo da autoridade conduz à tirania, extremo em que se localiza o poder absoluto do governante. No regime democrático não há liberdade e autoridade absolutas. Há regras de organização da liberdade e da autoridade ditadas pelo legislador constituinte e de obrigatório acatamento por governados e governantes. Certas liberdades são classificadas como *fundamentais* por decisão do legislador constituinte. Circunstâncias excepcionais, previstas no texto constitucional, como

o estado de sítio, autorizam restrição ao exercício de algumas liberdades. Estas não deixam de vigorar, porém, com eficácia limitada ou suspensão durante o período excepcional. A exceção confirma a regra: intangibilidade dos direitos fundamentais decorrentes da liberdade.

Na hipótese de concorrerem liberdades em pólos opostos, no caso concreto, deverá prevalecer aquela que se mostrar mais razoável e adequada, segundo o senso de proporção e de justiça do magistrado. A idéia de proporção advém do senso estético, natural ao ser humano. Dante Alighieri, *exempli gratia*, conceituou o direito em termos de proporção. A idéia de justiça provém do senso ético, natural ao ser humano.

Quando houver oposição entre direito fundamental da pessoa natural e do cidadão, de um lado, e poder governamental, de outro, deverá prevalecer, no caso concreto, a solução favorável ao primeiro, tendo em vista que o direito fundamental funciona como limite à vontade e à ação dos governantes. Na hipótese de conflito entre o interesse do governo de investigar e o interesse do povo no sigilo da fonte de informação, não haverá lugar para aplicação dos “princípios” da razoabilidade e da proporcionalidade, porque entre ditos interesses há barreira constitucional. O direito ao sigilo declarado na Constituição brasileira é fundamental; só admite a exceção nela prevista (CF, 5º, XII).

#### IV. JUSTIÇA IDEAL

O problema central do *direito justo* está na idéia de *justiça*. Para uns, há redundância nessa expressão. O direito tem de ser justo. Na tradição da jurisprudência romana, quem diz direito, diz justiça. As normas jurídicas são o veículo da idéia e do sentimento de justiça acalentados na sociedade. Para outros, o segundo termo da expressão (*justo*) é estranho ou indiferente ao primeiro (*direito*). Como diz Kelsen em “A Ilusão da Justiça”, os dois homens que mais se dedicaram ao tema, Platão e Jesus, não chegaram a uma definição de justiça. Para os positivistas, há um falso problema. O direito vale e obriga, não em virtude da justiça das suas normas e sim porque é posto pela autoridade competente ou por quem está investido de



poder político para garantir a sua eficácia. Sustentam, os positivistas, que *justiça* é problema axiológico, matéria de filosofia moral e não de direito.

Ética e Moral são os nomes atribuídos pelos gregos (*ethos*) e pelos romanos (*mores*) à disciplina da conduta humana sob o prisma do bem e do mal, da virtude e do vício, do direito e do dever, do prêmio e do castigo. Como *ciência normativa*, a Moral tem por objeto os valores que devem pautar a conduta humana. Como *fenômeno social*, a Ética consiste no conjunto dos princípios e regras que dividem as ações humanas em lícitas e ilícitas, permitidas e proibidas. Como *fenômeno psíquico*, a Moral pressupõe: (i) consciência dos valores necessários às relações humanas (bondade, verdade, justiça); (ii) vontade livre para cada um responder por seus atos; (iii) capacidade intelectual para entender o caráter lícito ou ilícito da ação e da omissão. Como *fenômeno biológico*, a Ética reflete, na comunidade humana, as leis naturais que organizam e conservam os seres vivos, adaptando-os às variações do meio ambiente através dos milênios.

*Justiça* é um valor gerado na alma humana, como sentimento e como produto racional, inobstante as raízes biológicas que a moral possa ter na vida instintiva dos seres vivos. Exige senso de proporção de quem a pretende realizar. Na sua Ética a Nicômaco, Aristóteles sustenta que o princípio da justiça é a igualdade. Classifica a justiça em distributiva e equitativa, e esta última, em comutativa e judicial.

A *justiça distributiva* consiste em distribuir os bens e as honras de modo que cada um receba a porção adequada ao seu mérito. Em havendo entre as pessoas méritos desiguais, as recompensas não devem ser iguais para todos, sob pena de se violar o princípio da igualdade. Certamente, Rui Barbosa inspirou-se nos ensinamentos aristotélicos para formular o seu famoso conceito de isonomia. A jurisprudência romana, também, abeberou-se na fonte aristotélica ao enunciar os preceitos do direito: *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*.

Estabelecer a justiça dos critérios que classificam os seres humanos, nas suas recíprocas relações, em iguais e desiguais, e o tra-

tamento cabível e adequado a cada classe, constitui permanente desafio à inteligência humana. Durante a existência terrena, o ser humano, submetido à lei do movimento universal, passa por alterações físicas e psíquicas; muda de comportamento, adequando-se às variações do ambiente em que vive, de acordo com as relações que estabelece e com as oportunidades de atualizar o seu potencial. Assim é com o pobre que enriquece, com o rico que empobrece, com o intelectual que abdica das suas teorias, com o inculto que se aprimora, com o governado que se torna governante. O justo e o injusto na distribuição dos bens, das honras e prerrogativas, implica a questão da mutabilidade dos juízos humanos. Apesar dessa mutabilidade, da qual são motores a vontade, a paixão, o interesse, a utilidade e a necessidade, há juízos fundamentais no mundo do direito e da moral que estruturam o ordenamento jurídico e escapam à problemática do absoluto e do relativo. Daí o citado equívoco de se transpor a relatividade da ciência natural para a ciência jurídica, que reduz ou anula a eficácia dos direitos fundamentais dos governados para satisfazer os propósitos dos governantes.

A *justiça eqüitativa* preside as relações de troca. Supõe a igualdade das partes, em termos pessoais. Trata-se de medir os ganhos e as perdas, de encontrar um termo médio entre o ganho e a perda, consideradas as coisas em seu valor objetivo. Essa igualdade objetiva deve estar presente nas relações voluntárias, como as contratuais, e nas relações involuntárias, como as decorrentes do delito. Nas primeiras, uma parte não deve receber ou dar, mais do que receber ou dar a outra parte. Nas relações involuntárias decorrentes dos delitos, a pena deve corresponder à maior ou menor gravidade do crime. Em toda relação de troca, de natureza civil ou penal, deve estar presente a justiça eqüitativa. Certamente, este é o fulcro do pensamento de Beccaria, exposto no clássico *Dos Delitos e das Penas*.

A *justiça comutativa*, espécie de justiça eqüitativa, impõe medida nas relações de troca, segundo a harmônica vontade das partes, que estabelecem, elas próprias, as cláusulas contratuais dentro daquele princípio diretor, dispensando a intervenção de árbitros e juízes.

A *justiça judicial*, outra espécie de justiça eqüitativa, supõe controvérsia entre as partes e consiste na prevalência de uma certa

medida nas relações de troca, tornada efetiva pela intervenção do árbitro ou do magistrado. Ocasional na esfera civil, por depender da provocação da parte interessada, a justiça judicial é sempre necessária na esfera penal, tendo em mira a preservação da ordem pública.

Com o propósito de atenuar a rigidez das leis em certos casos, Aristóteles sugeriu um tipo de julgamento denominado *eqüidade*, mediante o qual o árbitro ou o magistrado adapta a lei, temperando-lhe o rigor, a cada caso concreto, valendo-se da medida que julga adequada. A eqüidade aplica-se, ainda, às situações não previstas em lei, funcionando como normatividade suplementar e conjuntural dos atos e fatos sociais e econômicos, fundada na experiência, nos costumes e nos valores vigentes na sociedade.

A caridade transcende o direito para situar-se no plano ético-religioso. Ser caridoso é mais fácil do que ser justo e equânime. Ao praticar caridade no processo judicial, o juiz corre o risco de adentrar o terreno do injusto e extrapolar o seu dever. Julgando em nome do povo e com o poder do Estado, o magistrado fica exposto a pressões, bajulações, tentações e ao risco de ser parcial e injusto se não fechar os ouvidos ao canto da sereia.

No mundo ocidental moderno, o juiz é César, agente do poder do Estado. O juiz não é pontífice, profeta ou taumaturgo. A sua função é aplicar o direito positivo ao fato concreto. Isto, por um lado, coloca-o fora da advertência ético-religiosa *não julgueis para não serdes julgados* e, por outro, coloca-o dentro da divisão de tarefas recomendada pelo rabi da Galiléia: *dai a César o que é de César, e a Deus o que é de Deus*.

## V. JUSTIÇA ORGÂNICA

Por *justiça* entende-se, também, um conjunto de órgãos do Poder Executivo e do Poder Judiciário, que funciona para tornar efetiva e respeitada a ordem jurídica. Entre esses órgãos estão delegacias de polícia, penitenciárias, institutos de criminalística, defensoria pública, ministério público, júzcos de direito e tribunais. Inclui-se a advocacia na extensão do vocábulo. A justiça brasileira, neste amplo e orgânico sentido, está em crise. Isto vem reconhecido pelos profissionais do direito e pela sociedade em geral. Os jurisdicionados

reclamam da lentidão dos trâmites processuais e mostram-se descrentes das instituições judiciárias. Os escândalos de corrupção, embora exceção à probidade que, de um modo geral, se observa na conduta dos magistrados, agravam a opinião desfavorável ao Poder Judiciário. A corrupção na atividade jurisdicional escandaliza muito mais do que a corrupção nos demais poderes, porque os cidadãos vêem nos juízes a encarnação da justiça e da honestidade. Essa visão ampara-se em atributos do magistrado como imparcialidade, austeridade, sensatez, coragem, eficiência, lucidez, cultura geral e espírito público.

Para alguns juristas, a crise é moral; para outros, a crise é do direito. Em uma visão ampla da vida pública brasileira, Miguel Reale, recentemente falecido, aos alunos do curso de especialização em filosofia e sociologia jurídicas de 1968, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, afirmava a natureza moral da crise do nosso tempo. Em uma visão circunscrita ao sistema judicial, Francisco Rezek, juiz da Corte Internacional de Justiça, em Haia, no artigo intitulado "O direito que atormenta", publicado na *Folha de São Paulo* de 15.11.98 (primeiro caderno, p. 3), após qualificar de simplista a idéia de que há uma crise na justiça do Brasil nos últimos anos, diz, em síntese, que a crise é do direito, cuja superação dar-se-ia pela modificação das regras processuais e pela melhora qualitativa das normas de direito material.

Toda crise na sociedade civil reflete-se na política e no direito. A questão ética é um dos componentes da crise nas instituições judiciárias. Tome-se, a título de exemplo, o episódio com as magistraturas do Peru e da Venezuela, submetidas a medidas drásticas determinadas pelos presidentes daquelas repúblicas na segunda metade do século XX. Houve solidariedade das magistraturas de outros países ante o caráter ditatorial da intervenção do Executivo e da violação do princípio da separação dos poderes. O cirurgião e os instrumentos não eram os mais indicados, porém, não se há de negar que a cirurgia era necessária ante a grave moléstia moral disseminada naquele período.

Nenhum princípio fundamental do Estado autoriza a corrupção. Se as instituições funcionam em oposição aos princípios morais e

jurídicos, mudem-se os agentes. Se isto não resolver, mudem-se as instituições, mas, preservem-se os princípios. A solução de problemas éticos na vida pública do Brasil, desde a promulgação da Constituição de 1988, tem observado a linha democrática, sem interrupção da normalidade institucional. Foi instalada uma comissão parlamentar de inquérito, em 1999, para apurar os desvios éticos de parcela da magistratura, que inclui nepotismo, tráfico de influência, prevaricação, peculato, corrupção e até homicídio, como o do magistrado do Estado de Mato Grosso, ocorrido em setembro de 1999, que havia denunciado uma série de irregularidades e crimes em que estariam supostamente envolvidos alguns membros do Tribunal de Justiça daquele Estado. A ação parlamentar incluiu o Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo, a fim de apurar a responsabilidade de magistrados supostamente envolvidos em desvios de verba e superfaturamento na construção do edifício destinado à futura sede. Internamente, os órgãos disciplinares têm punido juízes por desvios de conduta. Os tribunais, no devido processo, têm condenado juízes denunciados por práticas criminosas.

A crise moral de que falava Miguel Reale, em 1968, revigou-se, no Brasil, a partir da década de 80. A democracia trouxe consigo um contingente de aventureiros ávidos de poder e de dinheiro. O patrimônio público de inestimável valor histórico, econômico e estratégico, amealhado com o sacrifício de várias gerações de brasileiros, foi vendido a preço vil. Importava mais receber as comissões pela venda das empresas do que obter justo preço pelo patrimônio público. O interesse nacional, a felicidade do povo, a preservação do bem público, nada disso contava. O amoralismo virou moda. Os adeptos dos princípios éticos e jurídicos tornaram-se alvo de apelidos pejorativos e jocosos dados pelo então Presidente da República (1995/2002). O governo seguinte (2003/2006) herdou os vícios do anterior. O descalabro veio à superfície e escandalizou a nação. Comissões parlamentares de inquérito apuraram fatos ilícitos estarrecedores. O presidente do Banco Central do Brasil, no governo anterior, quando eclodiu o escândalo das informações privilegiadas, declarou-se amoral, publicamente. O seu sucessor, que presidiu a matriz internacional do Banco de Boston, foi indiciado em

inquérito policial por remessa ilegal de divisas ao exterior e prática de outros ilícitos. Apesar da suspeita de se tratar de um escroque internacional, o indiciado permaneceu no elevado cargo, prestigiado e blindado pelo Presidente da República. Os Chefes de Estado, na vigência da Constituição de 1988, têm demonstrado insensibilidade ética na administração da coisa pública.

A crise da justiça se apresenta como fato no qual os operadores do direito identificaram deficiência na prestação jurisdicional e formularam a idéia que lhes pareceu mais acertada para solucioná-la. Da solução alvitrada pelo juiz Rezek, no artigo já mencionado, depreende-se que a crise a que se refere é do direito como norma e não do direito como ciência. A crise a que se referiu o eminente juiz está especificamente localizada na experiência jurídica, a exigir novas regras substantivas e adjetivas. Note-se que o direito como fenômeno cultural implica: (i) a realidade política, econômica e social como base empírica da norma jurídica; (ii) a vigência, na sociedade, de valores como fonte axiológica da norma jurídica. Destarte, a raiz da crise está fincada naquela realidade e naqueles valores que informam a norma jurídica. A realidade mostra que o mundo político está em xeque diante da primazia do mundo econômico. Os valores vigentes mostram que o *útil* suplantou o *justo*. Aquilo que produz resultados positivos na economia e traz benefícios materiais é mais importante do que a justiça nas relações humanas. O produto do trabalho e da invenção vale mais do que o trabalhador e o inventor. O valor *justiça* está condicionado à utilidade. A segurança jurídica está condicionada à segurança econômica.

O direito, como norma, no âmbito nacional, regula as relações intersubjetivas e a organização do Estado. A crise do direito positivo reflete, portanto, a crise da sociedade civil e do Estado (o que inclui o Poder Judiciário) cuja natureza pode ser moral, religiosa, econômica, social e política. A crise envolve múltiplos fatores, embora um deles possa preponderar circunstancialmente. Serve de exemplo, o problema ético na política.

A História mostra o destino inglório dos governos que se divorciam da ética. A corrupção desenfreada antecede a desagregação política, como aconteceu com o império romano. A doutrina amoral

de Maquiavel não sustenta por muito tempo os seus adeptos no governo. A ausência de compromisso com a moral, o puro utilitarismo, o pragmatismo da mentira conveniente, do bem a conta-gotas e do mal em uma só dose, acabam por saturar o povo e ensejar a rebelião.

Convém, no exame dos fatores da crise, evitar duas confusões: (i) entre lei e direito; (ii) entre causa e efeito. A lei expressa, mas não esgota o direito. Cícero, jurista romano dos mais celebrados na literatura jurídica, fazia essa distinção entre lei e direito, ao argumentar que as leis tirânicas eram leis, mas não direito. Este reflete o sentimento de justiça imanente à natureza humana. Para ilustrar essa distinção entre o direito e a lei, os doutrinadores trazem à colação a peça "Antígona", de Sófocles. Em defesa do direito de sepultar o irmão, a personagem invoca a anterioridade e a superioridade da lei natural em relação às ordenações do rei de Tebas. Nos assuntos de Estado, o governante deve buscar a solução justa, quer legislando, quer administrando, quer dirimindo controvérsias. A sua visão há de voltar-se para o bem-estar, a segurança e a felicidade do povo. Ordem e progresso mediante um critério efetivo de justiça são os objetivos do Estado.

Os defeitos da legislação, os vícios do legislador e o sistema judicial inadequado figuram entre as causas da crise. Impõe-se a mudança do modelo judiciário pela aplicação de novos métodos de organização da justiça, em que se considerem não só a conjuntura internacional como, também, a extensão territorial do Brasil, a cultura brasileira, a dignidade do povo. Isto implica descentralização dos órgãos judiciários com a adoção de instância única e colegiada em primeiro grau e um novo comportamento dos operadores do direito. A inovação deverá ser apta a eliminar, entre outros males, o tratamento da pessoa como coisa, muito comum na administração pública brasileira. Às vezes, as autoridades e os funcionários parecem não estar cientes da afronta à dignidade humana, quando tratam as pessoas de "elemento" e de "material humano". Uma coisa é referir-se aos elementos do corpo humano; outra é tratar o ser humano como elemento. Material humano pode ser urina, fezes, sangue, examinado em laboratórios para os mais diversos fins.

Como um dos fatores da crise da justiça, a insuficiência seria de *pessoal* e não de *material humano*. A população do Brasil é sufi-

cientemente numerosa para que todos os quadros da justiça sejam preenchidos, tanto no Judiciário como no Executivo. A falta não é de gente e sim de dinheiro e de vontade política. Os Estados federados alegam falta de recursos financeiros para contratar o pessoal necessário. A União Federal tem destinado verbas insuficientes à admissão de servidores, ainda mais quando vige a política de reduzir pessoal através de um programa de demissão voluntária, com incentivos para o funcionário se desligar da administração pública. Paradoxalmente, há milhares de cargos de livre nomeação. Alguns setores superlotados enquanto outros estão carentes, indica má distribuição do pessoal. Além do aspecto quantitativo, há o problema da qualificação moral, intelectual e técnica do pessoal recrutado.

## VI. REGIONALISMO E COSMOPOLITISMO

A Constituição Brasileira de 1988 foi desfigurada por um reformismo que teve por objetivo adaptá-la aos propósitos do estamento que governa, de fato, o Brasil. Longe de ser uma exigência dos nossos tempos, essas reformas foram inspiradas no liberalismo do século XIX e embaladas por um movimento denominado *globalização*, que traz em seu bojo o modelo de economia neoliberal idealizado por Hayek para atender aos interesses dos países desenvolvidos. Essa globalização é uma contrafação do *cosmopolitismo*, tendência natural dos povos em todo o orbe, ditada por um impulso de aproximação e de troca de experiência, desde os primórdios da civilização.

Os povos experimentam esse duplo movimento: (i) centrípeto, no sentido da união e do fortalecimento interno, para formação de uma identidade cultural própria e de uma comunidade de bens e interesses; (ii) centrífugo, no sentido da associação entre grupos para integrarem uma cultura regional ou universal. Esse duplo movimento, ora voltado para o centro, ora voltado para a periferia, sempre contou com a força bélica, atual ou potencial, com vistas ao fortalecimento interno e à dominação dos outros povos, desde os impérios da Idade Antiga até os impérios da Idade Moderna.

Os romanos da Idade Clássica ilustram bem o duplo movimento *nacionalismo-cosmopolitismo*. Inspirados no estoicismo, os



romanos reconheciam a existência: (i) de um direito natural, inerente à humanidade; (ii) de um direito das gentes, conjunto de preceitos positivos comuns a todos os povos; (iii) de um direito civil, próprio de cada povo. Expandiram o seu império por três continentes e se mostraram flexíveis com os costumes dos povos conquistados. A cidade de Roma continuava a ser o centro político e a cidadania romana era exercida dentro dos limites da cidade.

Em movimento centrífugo, a cultura grega, adotada pelo conquistador romano, irradia-se além das fronteiras da Grécia, adormece na Europa medieval, desperta na Europa renascentista com todo o vigor e chega aos nossos dias como base da civilização ocidental. As grandes navegações da renascença européia respondem a esse impulso para o exterior, movidas por interesses econômicos e políticos internos. Faoro, em *Os Donos do Poder*, toca esse ponto, ao analisar a expansão colonial portuguesa e a centralização política e administrativa no Brasil, ao tempo da colonização e do governo-geral, fundada no interesse comercial da metrópole. No século XX, as duas grandes potências mundiais, EUA e URSS, competiram na conquista do espaço estelar e no recrutamento de países satélites, mediante ambiciosos projetos astronáuticos e uma política internacional agressiva e pragmática, empenhando-se no que se convencionou chamar de "guerra fria".

De um movimento centrípeto na Europa, no crepúsculo da Idade Média, sucedendo ao modelo feudal, desponta o Estado-nação como afirmação da identidade cultural de um povo, da soberania do seu monarca e da independência em relação ao Papado e ao Império. Esse movimento em direção ao centro da comunidade encontra sua justificação teórica no alvorecer da Idade Moderna, na França do século XVI, com Jean Bodin e a sua doutrina da soberania do Estado e do poder absoluto do rei. O movimento centrípeto prossegue no mundo ocidental do século XVIII, com o constitucionalismo, fundado na distinção entre a soberania constituinte da nação e a soberania constituída do governante, formulada pelo abade Siéyès e aceita pelos revolucionários franceses como fundamento do novo regime.

Os costumes e pactos internacionais disciplinadores das relações entre Estados soberanos, despertam o interesse dos juristas, como

Hugo Grócio, no século XVII (*De Jure Belli ac Pacis*). Na segunda metade do século XX, o modo pacífico das relações internacionais tende a preponderar sobre o modo violento, principalmente após a implosão do império soviético. A partir daí, o imperialismo econômico e cultural dos EUA toma o nome de *globalização* ou de *nova ordem mundial* (na proposta de Ronald Reagan). Um dos objetivos da globalização foi a reformulação do conceito de soberania com o propósito de destruí-la, como se a soberania nacional fosse incompatível com as exigências da Idade Contemporânea. A doutrina insuflada pelo grupo de países centrais (G-7) foi criada para consumo dos países periféricos. Os Estados componentes do grupo privilegiado (G-7) conservaram o conceito clássico de soberania, principalmente os EUA, que continuam, mais do que nunca, ciosos das suas fronteiras, dos seus bens, do seu modo de vida, dos seus negócios, levantam barreiras protecionistas contra produtos importados, decretam embargo econômico a países que ousam desafiá-los, recusam-se a assinar o protocolo de Kyoto, invadem o Afeganistão e o Iraque com olho grande no petróleo da região, violam a soberania e aviltam o povo desses países, menosprezam a cultura árabe e islâmica, prendem e torturam adeptos do islamismo na base militar de Guantánamo, em frontal desrespeito às leis internacionais.

Na Europa contemporânea, cerca de 25 países, após a bem sucedida experiência do mercado comum, cederam parte da sua soberania para constituir a União Européia, muito embora permaneçam residualmente como nações soberanas. Resolveram elaborar uma Constituição Européia. Submetido ao referendo dos países associados, o texto não foi aprovado pelos franceses e holandeses, o que bem demonstra o caráter soberano dessas nações. Os países periféricos e em desenvolvimento, inclusive o Brasil, caíram na armadilha semântica e sucumbiram à dominação do G-7. Os governantes dos países asiáticos e latino-americanos imaginavam ajustar-se a uma evolução natural e inevitável da civilização. A sucumbência aos interesses do G-7 foi catastrófica: desemprego, falência, fome, miséria, convulsão social, perda de riquezas naturais, capital internacional cigano e espoliativo, obstrução da soberania e obscurecimento da identidade cultural.

Laços morais e jurídicos entre todos os seres humanos fazem do planeta uma cidade cosmopolita, da mesma forma que as comunicações fizeram-no uma aldeia global. Aproveitando-se dessa tendência geral da humanidade, aquele esperto grupo de países difundiu a mandra idéia da globalização. Divulgou receituário padronizado e bem elaborado, precedido de intensa propaganda sobre a sua modernidade e, assim, obteve a adesão quase total dos povos periféricos da América Latina e da Ásia. O receituário repercutiu no ordenamento jurídico desses países acarretando, inclusive, alterações nos textos constitucionais e promulgação de leis especiais. Indiretamente, os tribunais desses países colocaram-se a serviço do G-7, assegurando a eficácia do receituário absorvido pela norma de direito interno.

No limiar do terceiro milênio cristão, alguns desses povos, após sofrerem os efeitos negativos da experiência neoliberal, perceberam o engodo. Descobriram que o ser amoral e globalizado apresentado na propaganda como sendo o protótipo do homem do século XXI, era, na verdade, a múmia do arcaico e selvagem capitalista do século XIX, maquiada e camuflada para enganar os desavisados e os culturalmente colonizados.

A nova ordem mundial há de ser aquela que surgir da reação a essa maliciosa globalização, do sentimento de respeito e da efetiva igualdade entre todas as nações, como defendida por Rui Barbosa, em Haia. A crescente consciência da necessidade de entendimento, em nível planetário, acerca dos problemas comuns e dos interesses difusos da humanidade, certamente, configurará a nova ordem.

Visível, eficiente e duradouro foi o expansionismo cultural pacífico pelas veredas do comércio e da diplomacia. Além desses movimentos de superfície, há os movimentos subterrâneos, imperceptíveis, comparados às placas tectônicas por Thurow, em *O Futuro do Capitalismo*, obra do final do século XX. Esse tipo de movimento já era mencionado pela intelectualidade brasileira do século XIX, desde Sílvio Romero, citado por Alfredo Bosi, como se vê da seguinte transcrição:

*Tudo tinha adormecido à sombra do manto do príncipe feliz que havia acabado com o caudilhismo nas províncias da América do Sul e preparado a engrenagem da peça política de*

*centralização mais coesa que já uma vez houve na história de um grande país. De repente, por um movimento subterrâneo que vinha de longe, a instabilidade de todas as coisas se mostrou e o sofisma do império apareceu em toda a sua nudez. A Guerra do Paraguai estava, ainda, a mostrar a todas as vistas os imensos defeitos de nossa organização militar e o acanhado de nossos progressos sociais, desvendando repugnantemente a chaga da escravidão; e, então, a questão dos cativos se agita e, logo após, é seguida a questão religiosa; tudo se põe em discussão: o aparelho sofisticado das eleições, o sistema de arrocho das instituições policiais e da magistratura e inúmeros problemas econômicos; o partido liberal, expelido grosseiramente do poder, comove-se desusadamente e lança aos quatro ventos um programa de extrema democracia, quase um verdadeiro socialismo; o partido republicano se organiza e inicia uma propaganda tenaz que nada faria parar. Na política é um mundo inteiro que vacila. Nas regiões do pensamento teórico, o travamento da peleja foi ainda mais formidável, porque o atraso era horroroso. Um bando de idéias novas esvoaçou sobre nós de todos os pontos do horizonte. (História Concisa da Literatura Brasileira p. 165/166).*

## VII. LITIGIOSIDADE

A opinião de que o povo brasileiro não tem vocação litigiosa, externada pelo juiz Rezek, parece, salvo melhor juízo, divorciada da realidade em que vivemos. O Judiciário está congestionado. O volume de processos aumenta a cada ano. Os brasileiros buscam a justiça em número cada vez maior, com a promulgação da Constituição de 1988 e a vigência do Código do Consumidor e do novo Código Civil. As instituições judiciárias mostraram-se despreparadas para essa nova fase da vida brasileira. Ademais, as pessoas litigam por interesse e não por vocação. O ânimo compulsivo de algumas pessoas para o litígio é uma anomalia psíquica, de caráter individual, que não caracteriza uma vocação coletiva.

Inflar o foro com litígios forjados afigura-se um imerecido libelo do eminente juiz contra os advogados. Nota-se, na imerecida censura, a mistura de duas figuras que haviam de ser tratadas em

separado: a do litigante e a do patrono. O cliente propõe a ação judicial mediante os serviços do patrono, pessoa profissionalmente habilitada para a orientação jurídica e a defesa em juízo. O advogado analisa o problema trazido pelo cliente, dá o seu parecer sobre as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis e aconselha a solução que entende viável e adequada. A decisão de litigar cabe ao cliente. Ao advogado cabe promover a defesa dos direitos e interesses do cliente, na forma da Constituição, da lei e da ética profissional. A advocacia exige estudo contínuo, coragem, responsabilidade, vigilância e nervos de aço para suportar as incontáveis dificuldades que se colocam nas lides. No seu ministério privado, o advogado utiliza os recursos legais. Isto tipifica exercício legítimo da advocacia, classificada pelo legislador constituinte como função essencial à Justiça.

A assertiva de que toda demanda resulta de duas pessoas haverem entendido coisas diferentes ao ler a mesma norma, não corresponde plenamente à realidade. Há conflitos envolvendo mais de duas pessoas que, freqüentemente, exigem atenção dos magistrados nos processos submetidos à sua apreciação. As demandas, via de regra, não derivam da leitura de normas e sim de concretas e controvertidas relações entre pessoas. Até as ações declaratórias vêm assentadas no interesse moral ou patrimonial, para espancar dúvida sobre a existência ou inexistência de uma relação jurídica, ou sobre a autenticidade ou falsidade de um documento (CPC, 4<sup>o</sup>). A vítima de um atropelamento, por exemplo, na ausência de um acordo extrajudicial, move ação contra o proprietário do veículo atropelador, não por divergência sobre a leitura do código de trânsito e sim pelo fato de ter sofrido um dano que ficou sem reparação. Em momento posterior ao acontecimento procede-se à leitura e à interpretação das leis na delegacia, no gabinete do promotor, no escritório do advogado, no juízo de direito e no tribunal. Sobre o caso concreto pode incidir uma pluralidade de normas conexas. O autor da demanda pode sustentar sua pretensão em uma norma e o réu sustentar sua defesa em norma diferente, como normalmente acontece.

## VIII. CONCLUSÃO

A crise do Poder Judiciário brasileiro entranha-se na crise da Justiça, *lato sensu*, que, por sua vez, reflete a crise do Estado e da

Sociedade. A crise integra a dinâmica social, política e econômica do mundo moderno. Trata-se de período de transição entre um ciclo e outro da história, cujo processo evolutivo é permanente, seja retilíneo ou curvo, circular ou em espiral, segundo a visão geométrica de cada autor.

Assim entendida, a crise mostra-se positiva. A história da sociedade humana revela uma seqüência de crises, movimentos cíclicos necessários às mudanças e à evolução do conhecimento, da técnica e dos costumes. A crise parece funcionar como um agente catalisador, provocando os esforços humanos para que novos caminhos sejam desvendados e novas soluções sejam encontradas.

As deficiências do Poder Judiciário recomendam um enfoque objetivo e prospectivo, iluminado pela pesquisa da origem e natureza da crise. A pesquisa ajudará a evitar reincidência nos equívocos. Embora a rapidez não seja uma característica do processo judicial, é possível torná-lo mais célere. As técnicas e doutrinas importadas do hemisfério norte, apesar da sua respeitabilidade, nem sempre podem ser aplicadas na sua pureza, tendo em vista as peculiaridades dos povos da América do Sul. Em razão disso, devem ser examinadas com cautela e espírito crítico.

O dinamismo do mundo contemporâneo exige adequada e pronta solução das controvérsias. A espera prolongada emperra negócios, exaure a paciência e abala os nervos da população. A instituição do juizado especial, a reformulação da arbitragem, a extinção dos tribunais de alçada, a criação da justiça itinerante, a introdução de novas regras processuais, representam louváveis esforços da sociedade civil em direção à maior agilidade na solução das controvérsias, porém, são medidas paliativas. A reforma há de ser do sistema, extensa e profunda.

Segundo o Instituto de Estudos Sociais e Políticos de São Paulo, o Brasil deixa de crescer em torno de 25% do seu produto interno bruto por causa da morosidade da justiça, consoante informação publicada no jornal *Folha de São Paulo*, matéria de reportagem em televisão no segundo semestre de 1999. Negócios se dissolvem, projetos não se executam ou ficam suspensos, expectativas se frustram, esperanças se perdem, a saúde das pessoas fica abalada pela

ansiedade e insegurança, enquanto os processos judiciais rolam pelos tribunais, procuradorias, delegacias, repartições públicas, escritórios, ou os autos do processo descansam nas prateleiras dos cartórios e secretarias. As delongas podem ser evitadas se houver função saneadora e fiscalizadora mais intensa durante os trâmites do processo, em todos os graus de jurisdição.

O ser humano, afirmava Protágoras, é a medida de todas as coisas. A quantificação e a qualificação das coisas mundanas ocorrem pela percepção e pela inteligência humana. O pessimismo invade o cotidiano das pessoas nos dias atuais. A impunidade e o crescimento dos problemas sociais e econômicos contribuem para aumentar a criminalidade. Cresce a ousadia das autoridades e dos funcionários que lidam com o dinheiro e o patrimônio público. Servem de exemplo, as privatizações das empresas estatais, em que o interesse no valor das comissões pleiteadas e recebidas pelos agentes sobrepunha-se ao interesse nacional; o tráfico de informações privilegiadas; as propinas para reduzir ou anular as multas aplicadas às empresas que fraudavam o fisco; as fraudes na previdência social (INSS); as licitações e contratações manipuladas, e assim por diante. Em sendo sofríveis a repressão criminal, a qualidade e a presteza das decisões judiciais, as pessoas passam a cogitar de conluio entre a magistratura e as classes abastadas e na imunidade que goza a malandragem nas altas esferas da sociedade e do Estado.

A justiça é para a alma o que o ar, a água, o alimento e o abrigo são para o corpo. A nação civilizada tem sede de justiça, beleza e bondade. Os brasileiros batem às portas dos tribunais pedindo justiça. Cedo percebem que clamam no deserto. O volume de processos é imenso. A função mecânica para vencer esse volume de serviço entorpece o sentimento de justiça. A urgência destina-se à redução do número de processos e alívio da carga de trabalho, ainda que o justo seja sacrificado e o magistrado sintasse frustrado e impotente.

Diante desse quadro, os jurisdicionados são exortados à conciliação: *mais vale um mau acordo do que uma boa demanda*. O cinismo da frase ganha foros de candura. Essa frase traduz a falência do sistema, a negação de justiça. De um modo geral, os

jurisdicionados de boa-fé pedem e esperam justiça. Somente os malandros utilizam o aparelho judiciário para protelar o cumprimento das suas obrigações ou obter um acordo vantajoso, apostando no desânimo do credor ante a lentidão do Judiciário. O acordo judicial, nessas condições, é a derrota do justo. O credor de 1000 aceita 100, para não esperar dez ou vinte anos por uma decisão judicial. A vantagem é do malandro que se aproveita do princípio da igualdade processual para receber uma deferência imerecida. Na jurisdição trabalhista, a maioria dos reclamantes é pobre e necessitada. Esses trabalhadores privam-se dos seus direitos e aceitam ninharias mediante acordo, porque a premência os leva a isso; não podem aguardar vários anos até a sua reclamação chegar ao fim.

Tanto a alma como o corpo clamam por justiça. Há bens materiais que se tornaram essenciais em decorrência do grau de civilização alcançado. Estão nesse caso o dinheiro e a casa com os bens móveis que a guarnecem. O patrimônio atingiu enorme importância na vida contemporânea, principalmente, nos países ocidentais filiados ao capitalismo. Sem patrimônio o indivíduo dificilmente obtém crédito e é valorizado como pessoa.

A solução para a crônica lentidão da justiça passa pela reformulação das leis processuais, pela reestruturação judiciária e atualização teórica e prática dos profissionais do direito. Outros setores da sociedade, além dos ligados à área forense, devem ser ouvidos. A reestruturação há de ser feita com o pensamento nos jurisdicionados e na eficiência dos serviços, evitando, ao máximo, enfoques corporativistas e excesso de formalismo. A administração da justiça deve ser prática e objetiva, sem o rococó medieval, embora mantidas a solenidade e a austeridade que a magistratura requer.

Há necessidade de maior participação do Judiciário na receita orçamentária. Além das despesas gerais de administração, a verba destinada ao pagamento dos precatórios deve ser incluída no orçamento. Tradicionalmente, na repartição da receita pública, o Executivo ficava com a parte do leão, o Legislativo com o suficiente para suas despesas e o Judiciário com as migalhas. Nos Estados federados, os governadores mantinham o Judiciário na penúria. A



entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 proporcionou alguma melhora na situação, porém, volta e meia, os governadores tentam o retrocesso, como se viu na reunião que tiveram com o Presidente da República, no primeiro governo de Fernando Henrique Cardoso. Para resolver parte dos seus problemas, o Poder Judiciário carece de maior aporte de recursos financeiros. Nesse particular, afigura-se inadequado o critério comparativo entre os problemas e carências do Judiciário, que são imensos e antigos, e os do Legislativo, com o fim de negar, ao primeiro, cota maior na receita. Tampouco, vale citar casos isolados, como o das instalações, ditas faraônicas, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo – que são órgãos judiciários federais – para justificar o corte no orçamento dos tribunais de justiça dos Estados, cujos administradores, em várias gestões, têm dado prova de eficiência e austeridade.

A reestruturação do Poder Judiciário pesará pouco nos cofres públicos. Todo investimento que se fizer na reestruturação será altamente benéfico à população e à economia do País, que terá uma justiça forte, ágil e eficiente.☺

# A Medida Provisória 2.220/01 na Ótica da Função Social da Propriedade

Paulo Luciano de Souza Teixeira  
*Juiz de Direito do TJ/RJ*

## 1. GENERALIDADES

A Medida Provisória 2.220, de 4 de setembro de 2001, disciplinou o instituto da Concessão de Uso Especial para Moradia em bens públicos. O parâmetro básico para incidência da norma é a posse ininterrupta e sem oposição de terrenos públicos, em área urbana, com finalidade de moradia, *verbis*:

*“Art. 1º - Aquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural”.*

O título de concessão de uso especial para fins de moradia será obtido pela via administrativa. Trata-se de direito subjetivo público do possuidor exigível da Administração. Não há discricionariedade, a atuação administrativa é vinculada. Em caso de recusa ou omissão, é possível invocar a tutela jurisdicional para

se obter uma sentença mandamental ou declaratória que reconheça a legitimidade da ocupação do bem.

Em qualquer caso, o título será averbado, gratuitamente, no Cartório de Registro de Imóveis, com oponibilidade *erga omnes*.

De forma inédita, o sistema jurídico pátrio institui uma espécie normativa que impõe ao Estado o dever de regularizar a posse da terra, satisfazendo as exigências do bem-estar social. Trata-se da maior expressão da efetividade do direito à moradia, instituído pela Emenda Constitucional 26.

## 2. LEGITIMIDADE ATIVA

Os artigos 1º, 2º e 9º da Medida Provisória 2.220/01 atribuíram legitimidade ativa ao “homem ou à mulher”, dispensando, expressamente, a prova do estado civil. É a reprodução do que se encontra contido na Constituição Federal, no § 1º do art. 183. A inovação contribuirá positivamente para implantação do instituto. Com efeito, levou em consideração a realidade fática e social das uniões estáveis, especialmente nas áreas povoadas por moradores de baixa renda, destinatários da norma. Como é cediço, nesses locais o núcleo familiar é constituído de maneira informal, através do instituto da união estável, de forma contínua e consolidada. Privilegiou-se a substância do ato, consubstanciada na efetividade plena do direito constitucional à moradia frente ao formalismo desnecessário, que se revelaria inútil, eis que sujeito à simulação de toda sorte.

Exige-se a condição de posseiro de baixa renda, bem como que ocupe imóvel público urbano, utilizando-o para moradia ou atividade comercial de pequena monta.

Em se tratando de menores, exige-se a representação ou assistência, dispensável a emancipação.

Por outro lado, não se pode negar legitimidade aos casais homossexuais, sendo vedado o tratamento discriminatório, não se perquirindo da condição pessoal e motivos da convivência em questão.

O estrangeiro também pode ter acesso, desde que seja posseiro residente e que atenda todos os requisitos previstos na legislação.

Defere-se legitimidade ao herdeiro para somar à sua a posse do antecessor, desde que resida no imóvel à época da abertura da

sucessão, na modalidade de concessão de uso para moradia individual.

É cabível a substituição processual para atribuir, por analogia, ao art. 12, III, do Estatuto das Cidades, legitimidade ativa e disjuntiva à associação de moradores legalmente constituída. Com efeito, trata-se de situações idênticas, inércia de posseiros, comunhão de interesses e indisponibilidade de direitos, justificando o tratamento análogo. O Ministério Público é legitimado ativo, eis que o direito à moradia tem índole constitucional e indisponível, especialmente quando os requerentes estiverem amparados pelo Estatuto do Idoso ou forem menores. Por fim, deve-se deferir legitimidade ativa à Defensoria Pública, especialmente nos Núcleos Coletivos, sem prejuízo da assistência individual aos hipossuficientes, assim definidos na Lei 1.050/60.

### 3. LEGITIMIDADE PASSIVA

Os legitimados passivos são exatamente aquelas pessoas jurídicas de direito público interno que detêm o domínio do espaço público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), competentes para expedir títulos de legalização da posse sobre bem público.

Com relação aos entes paraestatais, o título será expedido pelo órgão a que esteja vinculado, por ex., Secretaria de Planejamento, ou órgão afim. São as hipóteses das autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresa pública, desde que, quanto a estas, estejam exercendo atividade de prestação de serviço público, disciplinadas pelo regime jurídico de direito público.

### 4. EXAURIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA

O art. 6º da Medida Provisória 2.220/2001 instituiu o acesso à via judicial condicionado ao prévio exaurimento da instância administrativa, nas hipóteses de denegação do pedido ou de falta de apreciação tempestiva (no prazo de 12 meses).

A instância administrativa passa a ter curso forçado, como condição *sine qua non* à invocação da tutela jurisdicional do Estado. A matéria é controversa. Contudo, trata-se de questão ligada aos pressupostos processuais e à condição especial da ação, na vertente

interesse processual, podendo ser invocada como preliminar de contestação ou conhecida de ofício pelo Juiz como matéria de ordem pública. Interpretação exegética, teleológica e finalística do dispositivo, que não implica em inafastabilidade da jurisdição, eis que estabelece que o título de concessão de uso para fins de moradia será obtido pela via administrativa perante o órgão competente da Administração Pública ou, em caso de recusa ou omissão deste, pela via judicial.

A demonstração da necessidade de se recorrer ao Judiciário é exatamente a prova de que, administrativamente, a questão não foi decidida ou resolvida insatisfatoriamente.

A exigência assemelha-se, por tudo, ao que ocorre no âmbito da Justiça Desportiva.

Objetiva-se tornar transparente o transcurso do pedido administrativo, fazer públicas as razões administrativas que concedam ou neguem o pedido pleiteado, preservar direitos subjetivos dos requerentes, bem como, possibilitar recurso administrativo para o caso de posição contrária.

## 5. DESAFETAÇÃO DOS BENS PÚBLICOS

A matéria pertinente à desafetação da área objeto da concessão é controversa.

Porém, o entendimento que mais se amolda e confere maior aplicabilidade ao princípio reitor constitucional da função social da propriedade e do direito à moradia é o da desnecessidade.

Com efeito, a medida provisória 2.220/01 criou hipótese *ope legis* de desafetação. Assim, a posse por cinco anos em terrenos públicos, atendidos os requisitos legais, desafetaria a área, e o uso para fins de moradia ensejaria nova afetação, em decorrência do nascimento do direito subjetivo à concessão.

Por outro lado, inexistente determinação legal expressa exigindo a desafetação, não sendo lícito ao intérprete exigir novos requisitos onde a lei não criou.

Por fim, cabe ressaltar que, embora se reconheça a autoridade dos que defendem a tese contrária, sua adoção implicaria esvaziar o caráter vinculado do instituto e o tornaria de difícil aplicação

prática, culminando em um processo de regularização fundiária, mais lento, uma vez que os mecanismos postos à disposição pelo ordenamento jurídico para desafetação de bens públicos são complexos e sujeitos às variações políticas de toda sorte.

## 6. INSTITUTOS AFINS

O instituto da Concessão de Uso Especial para Moradia assemelha-se ao instituto da Concessão de Direito Real de Uso.

Com efeito, a medida provisória 2.220/01 atribuiu à Concessão de Uso Especial para Moradia caráter vinculado, facultando ao legitimado a possibilidade de invocação da tutela jurisdicional para impor ao ente estatal o dever de regularização administrativa, de urbanização e de remoção de posseiros. Por outro lado, a Concessão de Direito Real de Uso é facultativa, orientada no sentido da discricionariedade (critérios de conveniência e oportunidade) do administrador, conforme estabeleceu o Decreto-lei 271/67. Ao contrário da Concessão de Direito Real de Uso, a Concessão de Uso Especial para Moradia dispensa licitação e a desafetação, como dito, podendo, inclusive, ser adotada em terreno de marinha, sendo certo que a gratuidade, o tratamento processual possibilitando a invocação como matéria de defesa e a concessão sem prazo certo, embora possa ocorrer eventualmente naquela modalidade, é marca registrada desta.

A Concessão de Uso Especial para Moradia pode ser instituída através de instrumento público ou sentença, o que lhe confere maior segurança, quando comparada à Concessão de Direito Real de Uso, instituída por termo administrativo ou instrumento público. Por fim, ambos os institutos objetivam transferir o uso do bem público, *inter vivos* ou *mortis causa*, com a possibilidade de extinção se houver uso diverso do imóvel pelo beneficiário. Comparativamente, a Concessão de Uso Especial para Moradia é o instituto de regularização administrativa mais eficaz.

## 7. MODALIDADE COLETIVA DO INSTITUTO

O art. 2º da Medida Provisória 2.220 previu a modalidade de Concessão de Uso para Moradia coletiva, nos imóveis de que trata o

art. 1º, com mais de duzentos e cinqüenta metros quadrados, que, até 30 de junho de 2001, estavam ocupados por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por possuidor. Nestes casos, a concessão de uso especial para fins de moradia será conferida de forma coletiva, desde que os possuidores não sejam proprietários ou concessionários, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.

Para se compreender o tema, faz-se necessária uma abordagem do fenômeno sociológico. A espécie coletiva de concessão de uso para moradia está perfeitamente adaptada à realidade da sociedade de massa. Em época de globalização, os fenômenos sociais são massificados e o apossamento irregular é um efeito disso, normalmente focado em grandes terrenos, onde a ocupação dá-se sob a forma de composesse, sendo densa e de difícil individualização, dificultando o exercício do direito na sua modalidade individual.

É inegável que a concessão de fração ideal em conseqüência da adoção da modalidade coletiva atende aos interesses dos posseiros. As frações ideais não precisarão corresponder à metragem exata ocupada por cada família. Os moradores poderão firmar acordo escrito homologado pelo Poder Público para estabelecer dimensões diferenciadas, de acordo com o tamanho real dos lotes. A individualização dos lotes pode ser atribuída unilateralmente, pelo Poder Público.

Por outro lado, autorizam-se expressamente as sucessões singulares, facultando-se ao novo possuidor juntar a sua posse a do antecessor, sendo o dispositivo de grande importância, na medida em que há grande mobilidade sócio-territorial nas áreas de moradia de população de baixa renda. A concessão de uso especial para moradia coletiva facilita os estudos de viabilidade urbanística. Deve ser ressaltado que o registro coletivo junto ao Cartório do Registro de Imóveis confere maior segurança jurídica, diante da maior oponibilidade diante de terceiros.

Por outro lado, os instrumentos jurídicos postos à disposição para a defesa dos direitos da Concessão de Uso para Moradia Coletiva (ação civil pública, mandado de segurança coletivo etc.) são

poderosos e constituem um importante meio de coerção. Representam uma forma mais eficaz de acesso ao judiciário, ampliando o rol dos legitimados. A iniciativa das Entidades Associativas representa o meio mais eficaz para efetivação do instituto no campo da atuação e da pressão política junto ao ente executivo, redirecionando investimentos e prioridades, contribuindo para formação de um novo conteúdo de Políticas Públicas, diante das dificuldades dos moradores em atuar individualmente. Nessa hipótese, a pretensão adquire visibilidade, conferindo unidade política ao pedido e uniformidade à resposta, fortalecendo os laços sociais. Por outro lado, atuando como representantes dos posseiros perante o judiciário, propiciam o comparecimento coletivo em juízo, no controle judicial difuso, economizando custos e facilitando trâmites processuais, argüindo, ainda a defesa de posseiros, podendo, ademais, atuar, em qualquer caso, como assistentes. Trata-se do objeto de atuação política do movimento popular organizado e expressam o Princípio da Comunidade que canaliza a participação popular, propiciando avanços democráticos e desempenhando papel crucial na eficácia dos Direitos Sociais. A atuação desses entes independe de representação político parlamentar, mas devem refletir a construção coletiva de seus associados, revigoradas pelo sufrágio.

O Ministério Público tem importante papel. A deflagração da atuação ministerial pode ocorrer mediante provocação das entidades associativas, levando ao conhecimento do Ministério Público as lesões a direitos previstos na Medida Provisória 2.220. Na etapa extrajudicial, poderá ser instaurado Inquérito Civil e celebrado Termo de Ajustamento de Conduta, como forma de abreviação dos litígios com os entes denunciados. Por outro lado, o Ministério Público terá legitimidade disjuntiva para propositura de ações judiciais no âmbito de implantação da Concessão de Uso Especial para Moradia.

A atuação do Ministério Público é obrigatória e de ofício, independente de provocação, quando atuar como *custos legis*, diante da natureza indisponível do dispositivo constitucional sensível que assegurou o direito à moradia. Atuará em todas as fases, instâncias e em todas as espécies de ações judiciais que envolvam direitos contidos na Medida Provisória.



Em se tratando de ações afeitas ao controle normativo concentrado, será imperiosa a representação perante o Ministério Público ou legitimado. As entidades associativas não dispõem de legitimidade para esses tipos de ações.

## 8. DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

É lícito deflagrar a tutela jurisdicional através do mandado de segurança coletivo quando houver lesão a um direito metaindividual líquido e certo, de uma Concessão de Uso para Moradia coletiva, de uma ocupação ou conjunto de ocupações. Tutela-se o direito dos posseiros de terem a posse legalizada, a moradia concretizada e a área urbanizada. O fundamento da pretensão é o art. 5º, LXX, 'b', da Constituição Federal (a matéria é controvertida, sendo certo que existem Tribunais que sustentam o descabimento, por entenderem pela exclusividade da via para defesa de associados, concluindo que, em se tratando de direitos difusos, será adequada a Ação Civil Pública). Ocorre o fenômeno da substituição processual, sendo dispensável, por outro lado, a autorização assemblear, podendo a execução ser promovida pela própria entidade associativa, por qualquer de seus membros, ou ainda pelo Ministério Público. O remédio jurídico se mostra, ainda, eficaz para impugnar decisão judicial destituída de recurso imediato no âmbito da Concessão de Uso para Moradia Coletiva. De qualquer forma, trata-se de um dos instrumentos de maior repercussão no tratamento dos direitos lesados no âmbito da Medida Provisória 2.220. Por outro lado, a sentença de procedência transitada em julgado produz efeitos ultrapartes, desde que considerada a natureza de direito difuso (o pedido poderá ser renovado em caso de sentença de improcedência por insuficiência probatória).

## 9. PECULIARIDADES PROCESSUAIS

A competência para julgamento das ações relativas à Concessão de Uso para Moradia é absoluta, em razão da matéria, das varas fazendárias especializadas.

Quando a Concessão de Uso Especial para Moradia implicar em reconhecimento de direito real e for implantada pelo Poder Judi-

ciário, a sentença declaratória ou mandamental, aí proferida, terá a eficácia condicionada ao registro, como exige o art. 6º, § 4º, da Medida Provisória 2.220.

O registro será gratuito e efetuado pelo Cartório de Registros de Imóveis, conferindo eficácia *erga omnes*, direito de seqüela, e oponibilidade a terceiros, inclusive contra o próprio Poder que a concedeu, além de garantir a segurança da posse. O registro é efeito direto da sentença, e condição de eficácia desta.

De qualquer forma, a sentença proferida em nível de controle repressivo tem conteúdo impositivo e irá exigir do Estado uma conduta positiva ou terá índole inibitória.

Na hipótese de a ocupação acarretar risco à vida ou à saúde dos ocupantes, o Poder Público garantirá o exercício do direito em outro local. Nesses casos, a atuação do judiciário cinge-se ao exame da legalidade e não ao mérito administrativo, por se tratar de matéria discricionária sujeita a juízo de conveniência e oportunidade. Na hipótese da Concessão de Uso para Moradia ser alegada como matéria de defesa pelos posseiros, em ação deflagrada pelo ente público, é possível a juntada do requerimento administrativo e, ainda, pedido de suspensão do processo até manifestação tempestiva do autor.

## 10. EXTINÇÃO

A extinção da Concessão de Uso para Moradia obtida administrativamente ou mediante sentença, com fundamento nas hipóteses exemplificativas do art. 8º da Medida Provisória 2.220, dispensa o poder público de recorrer ao judiciário.


Justifica-se a medida porque o ente público age de forma vinculada, revestindo-se o ato administrativo construtivo dos atributos da auto-executoriedade, imperatividade, presunção de legitimidade e exigibilidade, impondo-se a terceiros, independentemente de sua concordância, podendo ser posto em execução, sem necessidade de intervenção do judiciário.

O ato de conceder ou negar a Concessão de Uso para Moradia, em princípio, é prerrogativa do poder executivo. O ato administrativo de extinção da Concessão de Uso para Moradia, devidamen-

te motivado e com fundamento na Medida Provisória, é razão suficiente para a extinção do direito como exemplo de mérito administrativo. O recurso ao judiciário poderia ser realizado face à negativa do concessionário em retirar-se do local, ou em virtude de medida judicial protetiva ou acautelatória do concessionário. Observa-se ainda a possibilidade de o ato de extinção ser fundamentado com base nos princípios do controle administrativo e do exercício do poder de polícia.

Faz-se necessária a instauração de Processo Administrativo, assegurado o contraditório e a ampla defesa, especialmente se atingir direitos de terceiros, não se recomendando a adoção de procedimentos sumários, como a sindicância.

Esse poder de extinção, cuja iniciativa pode partir do ente concedente, do particular ou outro ente federativo, deve observar os parâmetros da proporcionalidade na gradação da pena e está sujeito a prazos decadências, podendo, inclusive, ser convalidado.

Por fim, se a concessão foi registrada na matrícula do imóvel, basta a declaração do Poder Público Concedente para que se proceda, da mesma forma, à averbação da rescisão e à consequente extinção do direito. 

# A Substituição dos Debates Oraís por Memoriais, quando da Audiência de Instrução e Julgamento. Uma Praxe *Contra legem*

Nelson Antonio Celani Carvalhal  
*Professor de Direito Processual Civil. Juiz de Direito (aposentado) do TJ/RJ. Advogado.*

*“A tutela judicial efetiva supõe o estrito cumprimento pelos órgãos judiciários dos princípios processuais previstos no ordenamento jurídico, em especial o contraditório e a ampla defesa, pois não são mero conjunto de trâmites burocráticos, mas um rígido sistema de garantias para as partes visando ao asseguramento de justa e imparcial decisão.”*

(Alexandre de Moraes, *in* Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional, Atlas, 2002, p. 361)

A praxe forense apresenta, cotidianamente, um costume já cristalizado, porém frontalmente contra a letra e o espírito do ordenamento processual civil, vulnerando basilares garantias de

índole constitucional, em que pesem as ponderáveis opiniões em contrário.

Refiro-me à prática corriqueira da apresentação simultânea de memoriais, na hipótese do art. 454, § 3º, do CPC.

Tudo deve partir da elementar proposição dialética do processo, na síntese de HUBERTO THEODORO JUNIOR: "*o autor pede e o réu impede...*".

Dentro dessa concepção dialética do processo moderno, finda a fase probatória em audiência, e dentro do Princípio da Oralidade predominante, o Juiz franqueará a palavra, em razões finais, ao autor e, sucessivamente, ao réu (e respectivos litisconsortes), ao oponente, encerrando-se os debates orais pelo pronunciamento do órgão ministerial, quando este intervém na demanda (art. 454 e §§ 1º e 2º, do CPC).

Nas hipóteses previstas no § 3º, os debates orais serão substituídos por memoriais escritos, designados, desde então, dia e hora para o seu oferecimento.

Como se disse, a praxe tem ditado que os memoriais devem ser entregues simultaneamente, o mais das vezes, o que, além de vulnerar os comandos do art. 454, *caput*, e seu § 1º, do CPC, fere os Princípios do Devido Processo Legal e do Contraditório.

Realmente, e de *lege ferenda*, a apresentação das razões finais, sob a forma de Memoriais escritos deve seguir, obrigatoriamente, a ordem dos debates orais (da qual é substituto), prevista no referido dispositivo.

Vale dizer: primeiro deve pronunciar-se o autor e, após, já ciente desse pronunciamento, deduz o réu suas razões de defesa, exercitando seu direito ao Contraditório e Ampla Defesa.

Tal posicionamento é endossado pela melhor doutrina.

Veja-se a lição do ilustre MOACYR AMARAL SANTOS:

*"Há uma ordem e prazos preestabelecidos para os debates: 'finda a instrução, o juiz dará a palavra ao advogado do autor e ao do réu', sucessivamente, 'pelo prazo de 20 minutos para cada um, prorrogável por dez, a critério do juiz' (art. 454)."*  
(Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, 1ª ed., p. 414)

Outra não é a opinião do sempre acatado THEOTÔNIO NEGRÃO:

*“Data venia, no caso será evidente o prejuízo do réu, que fica impedido de dar resposta aos argumentos do memorial do autor, pois deles não toma conhecimento, e porque é direito seu falar em segundo lugar (art. 454 – ‘caput’).*

*Pode até haver malícia no requerimento, feito pelo autor, de apresentação de memoriais, para que a parte contrária não saiba o que ele vai dizer. Tal expediente não deve ter êxito...”*  
(CPC e Legislação Processual em Vigor, Saraiva, 2000, 31ª ed., nota 4 ao art. 454, p. 446)

Também comungando desse entender, o magistério de ALEXANDRE FREITAS CÂMARA:

*“Tradicionalmente os juízes determinam a apresentação simultânea dos memoriais, o que conta com o aplauso de parte da doutrina. Não nos parece, data venia, que esta seja a melhor posição. Deve-se ter em mente que os memoriais são mero substitutivo dos debates orais. Ninguém discute que, nos debates orais, o advogado do réu se manifesta depois de conhecer os argumentos do advogado do demandante. Outra não poderá ser, pois, a interpretação quando se estiver diante da apresentação de memoriais. Estes deverão ser apresentados não simultaneamente, mas sim sucessivamente, primeiro o autor e depois o réu, para que este tenha a oportunidade de conhecer os argumentos do demandante.”*

*(In: Lições de Direito Processual Civil, Freitas Bastos, Vol. 1, p. 341)*

No mesmo sentido, colha-se o ensinamento de ROGÉRIO LAURIA TUCCI e JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI (*in* “Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional”, RT, 1993, p. 95 e “Indevido Processo Legal decorrente da Apresentação Simultânea de Memoriais”, RT, 662/24).

Lamentavelmente, no entanto, a jurisprudência predominante tem se mantido infensa às ponderações doutrinárias, como se tem por exemplo:

*“(...) III - Não há no art. 454, § 3º, CPC, imposição para que a parte autora necessariamente apresente seu memorial em primeiro lugar.*

*Ademais, a decretação de nulidade, no sistema processual brasileiro, deve atender à demonstração de prejuízo, o que não ocorreu, na espécie(...)”*

(STJ/RJ) – 4ª T., REsp 439955-AM, j. em 16.09.2003, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 25.02.2004, p. 180)

Realmente, podem ocorrer hipóteses, até corriqueiras, em que a defesa do réu venha a achar-se irremediavelmente comprometida por não poder ter ciência prévia dos argumentos expendidos pela parte contrária, para que pudesse contradizê-los, o que conduziria à nulidade do feito, desde o final da já mencionada Audiência.

A jurisprudência de nosso Estado registra opiniões em contrário, abonando a correta colocação da doutrina:

*“DEBATE ESCRITO. Em ação ordinária, admitidos memoriais, remanesce o direito da parte Ré apresentar seu memorial após o do Autor (art. 454, ‘caput’ e parágrafo 3º CPC). Agravo regimental provido, restaurando liminar deferida.”*

(TJ/RJ) – 17ª Câm. Cível, Ag. Reg. no MS n.º 2002.004.01036, j. em 09/10/2002, Rel. Des. Severiano Ignacio Aragão; Reg. em 13/11/2002)

...

*“(...) Aliás, não se pode perder de vista que os memoriais, quando são deferidos, comportam-se em substitutivos dos debates em audiência de instrução e julgamento...”*

(Ac. unân. da 3ª Câm. do TACív.-RJ) no Agr. 49, Rel. Juiz Dauro Ignácio da Silva; Adcoas de 30/01/94, nº 142.653; ADV de 05/12/93, nº 63.780)

Pode-se ousar dizer que o prejuízo para a defesa, no mais das vezes, tenha sido presumido, posto que não exercitada a dialética processual em sua plenitude, não podendo o (*mau*) costume vulnerar disposição expressa de lei, ainda que em nome da celeridade e da instrumentalidade processuais.

No entanto, fica a questão aberta à opinião dos mais doutos.☞