OAB
JOINVILLE / SC

Revista Eletrônica

Gestão 2010-2012

A Revista Eletrônica OAB Joinville é uma publicação seriada da Ordem dos Advogados do Brasil – Subseção de Joinville/SC.

Escopo

Estimular pesquisas independentes sobre temas jurídicos relevantes, mediante a publicação de científicos, preferencialmente inéditos.

Além dos advogados, o público alvo abrange os operadores das demais carreiras jurídicas - como professores, estudantes, pesquisadores, magistrados, promotores, procuradores e defensores públicos.

Meio e periodicidade

A Revista Eletrônica OAB Joinville é publicada com periodicidade semestral, exclusivamente em meio eletrônico - pelo sítio virtual revista.oabjoinville.org.br - e com acesso público e gratuito.

Responsabilidade Acadêmica e Científica

O conteúdo dos artigos publicados na Revista Eletrônica da OAB Joinville - inclusive quanto à sua veracidade, exatidão e atualização das informações e métodos de pesquisa - é de responsabilidade exclusiva do(s) autor(es). As opiniões e conclusões expressas não representam, necessariamente, posições da Ordem dos Advogados do Brasil – Subseção de Joinville/SC, nem de seus dirigentes.

Gratuidade

A participação no Conselho Editorial da Revista se dá em caráter voluntário, não remunerado. Pela publicação dos artigos não serão devidos direitos autorais ou qualquer espécie de remuneração ao(s) autor(es).

Publicação seriada com código ISSN

A Revista Eletrônica OAB Joinville está identificada pelo código ISSN 2178-8693, requerido ao Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia - IBICT, do Ministério da Ciência e Tecnologia.

O ISSN - Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (International Standard Serial Number) é o identificador aceito internacionalmente para individualizar o título de uma publicação seriada, tornando-o único e definitivo.

Valida a publicação como repositório de artigos científicos exigido para diversos fins, como programas de pós-graduação, inserção na Plataforma Lattes, CNPQ, dentre outros.

Endereço para correspondência

Rua Amazonas, 46 - Bairro Saguacu
89221-050 - Joinville/SC - Brasil
revista@oabjoinville.org.br ou pelo fale conosco.

Revista Eletrônica OAB Joinville
ISSN 2178-8693

E AGORA, COMPANHEIROS?[1]

RENATA SILVA FERRARA. Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo. Pós-graduanda (LL.M.) em Direito Societário pelo Insper – Instituto de Ensino e Pesquisa (IBMEC-SP). Assessora especial da Presidência do Instituto dos Advogados de São Paulo.

RESUMO

O presente ensaio pretende demonstrar a existência de insegurança jurídica derivada de orientações jurisprudenciais conflitantes na disciplina da sucessão dos companheiros. No âmbito do mesmo Tribunal de Justiça, há quem defenda a aplicação do art. 1.790 do Código Civil, e, portanto, a sua constitucionalidade em vista do art. 226, § 3º, da Carta Política, e, de outro lado, aqueles que sustentam a inconstitucionalidade desse dispositivo do Código Civil, pois alija direitos essenciais dos companheiros, consequentemente devendo a eles ser aplicado o regime de sucessão do cônjuge, prescrito no art. 1.829 do Código Civil.

Palavras-chave: Direito das Sucessões. Sucessão do companheiro. Constitucionalidade.

Entre as tantas questões polêmicas que permeiam o direito civil, em especial o direito de família e sucessões, certamente se destaca a incerteza jurídica que paira sobre os direitos sucessórios dos companheiros, ou seja, daqueles que vivem em união estável.

Falecido um deles, como se dará a participação do outro em sua sucessão? Qual a disposição legal aplicável? Tem lugar o artigo 1790[2], do Código Civil? Prevalece o artigo 1829[3] do mesmo diploma, por meio do qual são regulados os direitos successórios dos unidos pelo casamento?

---

[1] Ensaio publicado originalmente no periódico *Letrado*, informativo do Instituto dos Advogados de São Paulo.

[2] "*Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:*
I – se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota parte equivalente à que por lei for atribuída ao filho;
II – se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um deles;
III – se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;
IV – não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança." (Código Civil).

[3] "*Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:*
I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universa, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640,

Passados 8 (oito) anos de vigência do Código Civil promulgado em 2002, essas perguntas continuam sem resposta definitiva, sem posicionamento capaz de assegurar a segurança jurídica que a sociedade anseia para suas relações.

Muitos são os argumentos a sustentar esta ou aquela posição e, sem dúvida, as peculiaridades do caso concreto acabam por influenciar a decisão, já que a diferença entre um caminho ou outro, considerando a realidade patrimonial do casal, pode ser muito grande.

Invocando precedente que vem orientando os julgamentos da Quarta Câmara de Direito Privado do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o Excelentíssimo Desembargador Fábio Quadros, em recente julgamento, fundamentou a aplicação do artigo 1829, da seguinte forma:

"(...)
'Não se justificam as diferenças, contudo, nos pontos em que se identificam a união estável e o casamento. Tal ponto, repita-se, é o afeto entre os seus membros e a função de promoção e desenvolvimento da personalidade daqueles que a compõem. Em termos diversos, no que se refere à garantia da dignidade do viúvo, seja ele casado ou companheiro, inexiste razão lógica para o discrímen, de modo que se impõe, aqui, tratamento paritário entre as duas situações.
Diz que 'a equiparação dos direitos dá-se em virtude do princípio da igualdade substancial, cânone do direito constitucional, cuja aplicação garante a atuação do princípio fundador do ordenamento jurídico brasileiro: a dignidade da pessoa humana' (Ana Luiza Maia Nevares A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional, p. 238).
Uma interpretação literal e exegética do artigo 1.790 tão ao gosto do pensamento liberal que orientou o Código de 1.916 levaria à fácil conclusão de que o regime radicalmente distinto da sucessão do companheiro nada mais é do que a melhor

---

parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autora da herança não houver deixado bens particulares;
II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
III – ao cônjuge sobrevivente;
IV – as colaterais." (Código Civil).

expressão da norma constitucional, que não equiparou o casamento à união estável, mas, ao invés, conferiu primazia ao primeiro.

Essa conclusão, a meu ver, não pode prevalecer, sob a ótica civil-constitucional. Óbvio que o casamento não se equipara à união estável, podendo gerar como gera direitos e deveres distintos a cônjuges e companheiros. O que se discute é a possibilidade da legislação infraconstitucional alijar, de modo tão grave, alguns direitos fundamentais anteriormente assegurados a partícipes de entidades familiares constitucionalmente reconhecidas, em especial o direito à herança.

(...)

A união estável é entidade familiar de estatura constitucional, tanto quanto o casamento, de modo que não há hierarquia entre ambas, ou, do dizer de Gustavo Tepedino, não há famílias de primeira e de segunda classe. (A Disciplina Civil-constitucional das Relações Familiares, Temas de Direito Civil, p. 356).

(...)

A verdade é que o art. 1.790 criou situação insustentável e que agride todo o sistema jurídico. Alijou o companheiro sobrevivente da herança quanto este mais dela necessita, por não se encontrar protegido pela meação. Em contrapartida, deu ao companheiro já garantido pela meação o direito de concorrer com os descendentes, em posição superior à do próprio cônjuge.' (AI 567.929.4/0-00, j. 11.9.08).

(...)

Diante de tais assertivas, restou claro o necessário reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil devendo ser aplicada à agravada o mesmo regime sucessório previsto para o cônjuge, nos termos do artigo 1829, incisos I e III, também do Código Civil." (*verbis*, TJSP, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Fábio Quadros, AI 0545021-93.2010.8.26.0000, j. 26/05/2011).

Três meses antes, a Sétima Câmara de Direito Privado, do mesmo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao julgar recurso sob a relatoria do Excelentíssimo Desembargador Pedro Baccarat, fundamentava em sentido oposto:

"*(...)*

A discussão não é nova, mas tampouco está pacificada. São duas as correntes no tema da inconstitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil. A primeira sustenta, em apertada síntese, que ao assegurar ao companheiro direitos sucessórios diversos

daqueles conferidos ao cônjuge, a lei civil afronta a regra do artigo 226, parágrafo 3º da Constituição Federal, além de configurar inaceitável discriminação em relação ao companheiro. A segunda tese reconhece a inconstitucionalidade em face do tratamento privilegiado ao companheiro, a quem, diferentemente do tratamento dado ao cônjuge, estaria assegurado o direito à meação e à sucessão legítima. A controvérsia está detalhadamente descrita na obra de Flávio Tartuce e José Fernando Simão (Direito Civil, vol. 6, Ed. Método, 2010, p.255/264).

Arnaldo Rizzardo anotou:

"Evidencia-se no novo Código Civil Brasileiro visível tratamento diferenciado entre os institutos familiares do casamento e da união estável, favorecendo o casamento. Para os que entendem as entidades familiares como "gênero" e o casamento e a união estável como espécies, a distinção se mostra correta; já para quem faz a leitura constitucional como sendo iguais todas as entidades familiares, a distinção evidenciada no novo Código Civil é tida como inaceitável discriminação" (Direito das Sucessões, Forense, 2009, p. 200).

(...)

O exame das normas insertas nos artigos 1790, inciso III e 1829, inciso III do Código Civil evidenciam que ao companheiro não estão assegurados direitos sucessórios equivalentes aos do cônjuge. Há evidente distinção porque, em igualdade de condições, isto é, não tendo o autor da herança deixado descendentes ou ascendentes, ao cônjuge superstite estão assegurados todos os bens, com exclusão de outros herdeiros; enquanto ao companheiro superstite apenas a terça parte se concorrer com outros herdeiros.

Neste tratamento diferente, entretanto, não vislumbro afronta a Constituição Federal. Ressalte- se, desde logo, que não se trata de investigar a conveniência ou não de atribuir direitos sucessórios diferentes ao companheiro e ao cônjuge, mas somente de reconhecer que o legislador podia fazê-lo sem ofender a Constituição Federal.

A Constituição Federal não equiparou a união estável ao casamento, antes fixou claramente sua predileção pelo casamento, como se extrai da parte final do próprio parágrafo 3º do artigo 226: "devendo a lei facilitar a conversão em casamento". Tivesse o legislador ordinário equiparado plenamente o companheiro ao cônjuge não estaria atendendo ao comando constitucional de facilitar a conversão da união estável em casamento. A facilitação deve ser compreendida como a adoção de regras que conduzam os companheiros à formalização de suas relações, de sorte a propiciar

maior segurança jurídica. Sob esta óptica a equiparação de direitos sucessórios, se não constituiria desestímulo ao casamento, por certo não se prestaria a sua facilitação.

Acresce que a incompatibilidade da norma civil com o dispositivo constitucional tem origem em desautorizada interpretação extensiva do parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal. A regra está inserida no Capítulo VII, do Título VIII da Constituição Federal, que cuida da Ordem Social e, como anuncia o artigo 193 da Carta, tem como objeto o bem estar e a justiça sociais.

O artigo 226 cuida da proteção do Estado à família e, exatamente por isso, fixou como regra que toda a proteção deve ser oferecida pelo Estado sem discriminação, o que autoriza dizer que terão igual proteção cônjuges e companheiros.

A proteção do Estado a que se refere o artigo 226 está descrita, ainda que não taxativamente, no rol do artigo 227, ambos da Constituição Federal. São normas programáticas que impõem ao Estado a adoção de diversas medidas de cunho social destinadas a assegurar às famílias os mais diversos direitos sociais, exemplificativamente: direitos previdenciários, de acesso ao trabalho, à escola, assistência jurídica, programas de prevenção de drogas, educação aos filhos e amparo.

A interpretação do artigo 226 da Constituição Federal, não de forma isolada e fragmentada, mas observada sua finalidade, que se evidencia por sua inserção no capítulo da Ordem Social, autoriza concluir que o constituinte valeu- se da expressão inicial "Para efeito de proteção do Estado..." exatamente para dizer que, em todos os programas que devem ser implementados pelo Estado, para atender ao comando do artigo 227 da Constituição, não se fará distinção entre cônjuge e companheiro.

Neste sentido, a regra não guarda qualquer relação com o tratamento que deu o Legislador Civil aos direitos sucessórios, que dizem respeito a interesses privados, aos quais, evidentemente, o Estado dará a proteção própria da propriedade privada, com importante papel reservado ao Judiciário, ao qual cumpre atribuir aos cônjuges e companheiros todos os direitos que lei assegurar a um e a outro." (*verbis*, TJSP, 7ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Pedro Baccarat, AI 0475555-12.2010.8.26.0000, j. 09/02/2011).

Em meio acalorado embate entre as correntes doutrinárias e jurisprudenciais que se formam, pouco espaço tem sobrado para reflexão sobre os efeitos da ***insegurança***

jurídica acerca de tema tão relevante: pior do que as imperfeições da norma definida para regulamentação de determinada matéria parece ser a incerteza sobre a regra aplicável.

Nesse cenário, quando se fala em direitos sucessórios decorrentes da união estável, em meio a posicionamentos divergentes, a idas e vindas, a avanços e retrocessos, a pergunta é clara: *E agora, companheiros?*
Resta saber quem, e quando, dará a resposta.

****

Revista Eletrônica OAB Joinville
ISSN 2178-8693

FUNÇÃO PUNITIVA OU DISSUASÓRIA DA INDENIZAÇÃO: POR QUE NÃO A ESTENDER À REPARAÇÃO DOS DANOS MATERIAIS?

LUCAS FAJARDO N. HILDEBRAND. Bacharel em Direito e Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo. Especialista em Direito da Economia e da Empresa pela FGV-SP/GV*Law*. Advogado em Joinville – SC.

RESUMO

A função punitiva e dissuasória da indenização é amplamente admitida, no Brasil, nos casos de dano moral. Por qual razão a mesma função não é reconhecida na indenização de danos materiais? Este ensaio tem por objetivo maior justificar a pertinência dessa pergunta e, em segundo plano, sugerir, sem caráter conclusivo, que a reparação do dano material, no Brasil, deveria também servir à dissuasão de condutas nocivas, especialmente no campo das relações jurídicas de massa.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. *Punitive damages*. Dano moral. Dano material.

É mais do que consagrada, no Brasil, a prática jurisprudencial, sufragada pela doutrina, de concessão de um *plus* à indenização por danos morais tendo em conta aspectos ligados ao grau de culpabilidade, ao porte econômico do autor do ato ilícito, entre outros fatores. Diz-se, com razão, que a indenização não tem função apenas reparatória (ou compensatória, no caso dos danos morais), mas também punitiva, dissuasória, ou então pedagógica, "ensinando" o agente a não repetir a reprovável conduta.

Mas é de se indagar: será que apenas os causadores de danos morais merecem, por meio da indenização, uma punição, ou um "incentivo" a não repetir o ilícito? Evitar a causação de dano material não é tão importante quanto dissuadir do cometimento de prejuízo imaterial?

Inúmeros exemplos vêm à mente ao se tentar responder a essas perguntas, grande parte deles ligados à prestação de serviços em massa ao consumidor. Pense-se no caso de interrupção indevida ou má prestação do serviço. São milhares de pequenos danos materiais impingidos aos consumidores em todo país, diariamente, em razão de defeitos de serviço. Quantos desses casos não chegam sequer a ser objeto de reclamação perante a própria prestadora? Dentre os casos que são comunicados, quantos são solucionados pela prestadora? Dentre os casos não solucionados, quantos acabam sendo

objeto de demandas perante o Procon e o Judiciário? Não há como se negar que os danos materiais efetivamente reparados representam ínfima parcela do total de prejuízos impostos aos consumidores.

Disso resulta que uma indenização que se restrinja a determinar a reparação de um pequeno prejuízo (daquele que representa a ponta do *iceberg* dos danos diários sofridos pelas pessoas) pelo exato valor equivalente à diminuição patrimonial experimentada pelo lesado certamente não evitará que, sempre movidas pela lógica do lucro, as prestadoras de serviço continuem fornecendo serviços defeituosos e danosos aos consumidores. Entre investir o suficiente para prestar bons serviços e responder por episódicas (se comparadas com a massa de danos efetivamente ocorridos) condenações, operações de cálculo não muito complexas dirão às empresas que vale mais a pena pagar indenizações.

Dir-se-á que, justamente para resolver essa "externalidade" da atividade econômica, para solucionar esses conflitos pulverizados, é que foi criado o processo coletivo. Também atuariam no combate a esse problema os órgãos estatais responsáveis pela regulação e pela fiscalização de setores importantes da economia. Mas, diante da sensação generalizada de que os serviços destinados à massa, com raras exceções e malgrado a existência dos citados meios de controle, têm causado, no mínimo, milhares de pequenos prejuízos diários aos consumidores sem que haja no horizonte uma esperança de melhora, não será a hora de constatar que são insuficientes os citados instrumentos de proteção das relações jurídicas privadas na sociedade das multidões? Acreditamos que sim.

Nesse ponto é possível retomar aquelas indagações iniciais: considerada a insuficiência funcional dos atuais meios de solução de conflitos de massa, os causadores de danos materiais merecem também ser dissuadidos de repetir suas condutas, assim como evitar o cometimento de danos materiais é tarefa tão importante quanto tentar impedir novos prejuízos morais.

Assim, se o fundamento único da indenização punitiva dos danos morais é a necessidade de se garantir mais segurança à sociedade, incentivando-se, pela ameaça de sanção mais dura, o cumprimento do *neminem laedere*, pelo mesmo motivo a reparação dos danos materiais poderá também se revestir do *plus* com função dissuasória.

Pode haver argumentos contrários a essa tese, entretanto é forçoso reconhecer que serão os mesmos argumentos que se poderiam levantar contra a função punitiva da reparação por dano moral. Por lógica, portanto, quem admite a majoração dos danos morais diante de elementos ligados à pessoa do ofensor (grau de culpabilidade, porte econômico, gravidade da conduta etc.), deverá também admitir o mesmo expediente em relação aos danos materiais (ou ao menos relativamente a certos danos materiais).

Claro que a adoção da função punitiva na seara dos danos materiais exigiria um esforço muito grande da doutrina e da jurisprudência brasileiras, pois seria necessário construir critérios objetivos para a mensuração da condenação, garantindo aos agentes econômicos um grau mínimo de previsibilidade das sanções a que estão expostos.

O primeiro passo seria assimilar a necessidade de separar, em cada caso, em cada decisão judicial, o que é indenização propriamente dita e o que é o *plus*. Ou seja, o quanto da indenização foi destinado à reparação *stricto sensu* e qual é o valor estimado pelo juiz como necessário a dissuadir o ofensor de repetir sua conduta. Esse método, aliás, seria muito útil nos corriqueiros casos de danos morais, pois daria às partes e às instâncias superiores uma melhor compreensão do raciocínio do julgador, o que, obviamente, conduz a um contraditório mais efetivo e, consequentemente, a decisões mais legítimas (e mais justas, dirão alguns).

Esse método não é criação nossa, vigendo há muito tempo em países da tradição jurídica anglo-saxã. Lá se distingue os *compensatory damages* dos *punitive damages*, permitindo-se amplo debate processual em torno da razão existente entre uma porção e outra da indenização, a ponto de a Suprema Corte dos Estados Unidos ter chegado a estabelecer que uma *ratio* maior que 10:1 (*punitive damages* x *compensatory damages*) é *presumidamente* violadora da cláusula do devido processo substancial[1]. Aliás, nos Estados Unidos é amplamente difundida a função punitiva da responsabilidade civil em geral, não se conhecendo (ao menos este autor desconhece) nenhuma distinção de tratamento, para tais fins, entre danos morais e danos materiais.

---

[1] ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *BMW of North America vs Ira Gore, Jr*, disponível em http://www.law.cornell.edu/supct/html/94-896.ZO.html, acessado em 14/12/2011. Interessante notar que a proporção máxima razoável estabelecida pela Suprema Corte americana desfaz a impressão, difundida no Brasil tanto no meio jurídico quanto entre leigos, de que as indenizações nos Estados Unidos são, em regra, astronômicas.

Não se diga que a concessão de função punitiva à indenização de danos materiais não seria possível, pois equivaleria à importação de uma solução jurídica estrangeira incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro. Diante dessa previsível e tangencial objeção, pergunta-se: se os *punitive damages* foram importados para os casos de dano moral, porque não se poderia fazê-lo para as situações de dano patrimonial? A razão de ser, a teleologia, é a mesma para ambas as hipóteses, como visto.

Enfim, essas são apenas provocações que visam, se muito, incrustar o germe da dúvida nas mentes de alguns operadores do Direito. E quão importantes e profícuos podem ser os germes da dúvida! Basta encontrarem uma mente aberta e corajosa.

****

Revista Eletrônica OAB Joinville
ISSN 2178-8693

O MARCO NORMATIVO DA LÍNGUA BASCA

Um estudo jurislinguístico de Direito Comparado

FÁBIO ARISTIMUNHO VARGAS. Advogado e professor de Direito Internacional, é bacharel e mestre em Direito pela USP, especialista em Estudos Bascos pela Universidad del País Vasco e doutorando em Teoria Literária pela UFPR. Autor do livro *Poesia basca: das origens à Guerra Civil* (São Paulo: Hedra, 2009), entre outros.

RESUMO

O basco, autodenominado *euskara* ou *euskera*, é a língua mais antiga de toda a Europa. É empregada por cerca de 600 mil a 700 mil falantes, espalhados pela Comunidade Autônoma do País Basco e pela Comunidade Foral de Navarra, na Espanha, e pelo País Basco Continental, integrante do Departamento de Pirineus Atlânticos, na França. Essas regiões são conjuntamente designadas, por força da tradição, como *Euskal Herria*.

Sob a perspectiva de sua oficialidade, o basco goza de distintos *status* jurídicos nas diferentes regiões onde é falado. Esse *status* pode ser de (i) oficialidade plena, (ii) oficialidade parcial e (iii) não-oficialidade. Além disso, na Espanha, ele está sempre sujeito ao regime de co-oficialidade em relação ao castelhano.

O presente artigo busca diferenciar os níveis de oficialidade da língua basca, abordando questões pertinentes ao seu emprego em face de órgãos do Estado e da burocracia instituída, lançando luz sobre uma experiência alienígena que muitas lições pode trazer ao ordenamento jurídico brasileiro em particular e aos latino-americanos em geral quanto ao tratamento dispensado às línguas minoritárias.

Palavras-chaves: Língua – oficialidade – jurislinguística.

SUMÁRIO

1 Bases constitucionais da co-oficialidade de línguas na Espanha – 2 Regime jurídico de oficialidade plena – 3 Regime jurídico de oficialidade parcial - 4 Regime jurídico de não-oficialidade – 5 Considerações finais – Referências bibliográficas

1 Bases constitucionais da co-oficialidade de línguas na Espanha

O Estado Espanhol reconhece, ao todo, três línguas como co-oficiais em relação ao castelhano em seu território, cada qual adstrita ao seu âmbito de distribuição geográfica. São elas o galego, o basco e o catalão; apesar de em Valência adotar-se oficialmente a denominação de "valenciano" para a língua comum, trata-se em verdade de uma variedade local do catalão, conforme amplamente reconhecido pelo linguistas.

O direito dos cidadãos espanhóis de escolherem livremente a língua de suas relações públicas e privadas se baseia na própria Constituição Espanhola. São quatro os princípios constitucionais que podem ser invocados para fundamentar esse direito de escolha:

(i) a oficialidade das línguas espanholas, além do castelhano, dentro das respectivas comunidades autônomas;[1]
(ii) o direito à igualdade e a não ser discriminado;[2]
(iii) a vinculação de todos os poderes públicos aos direitos e liberdades reconhecidos pela Constituição;[3]
(iv) a sujeição dos cidadãos e dos poderes públicos à Constituição e ao restante do ordenamento jurídico.[4]

Além disso, duas decisões do Tribunal Constitucional Espanhol[5] reconheceram que o cidadão tem o direito de eleger a língua basca para suas relações sociais em qualquer parte do território onde a língua goza do *status* de oficialidade, independentemente da realidade sócio-linguística local. Isso porque, segundo o entendimento da corte, uma língua é oficial independentemente do seu peso social.

2 Regime jurídico de oficialidade plena

A oficialidade de uma língua significa, em princípio, que o cidadão tem o direito de empregá-la livremente em suas atividades econômicas e sociais, sendo que esse emprego terá plena validade e eficácia jurídica para todos os fins, e que os poderes públicos viabilizarão o exercício dos direitos linguísticos dos cidadãos, seja fomentando o ensino da língua, seja simplesmente reconhecendo-a como instrumento válido para todas as atividades públicas e privadas.

Já em um regime de co-oficialidade, duas ou mais línguas são reconhecidas como oficiais e são ambas, portanto, válidas para todas as atividades públicas e civis. O cidadão tem, nesse caso, o direito de escolher livremente a língua de sua preferência para suas atividades econômicas e sociais.

O basco, como língua em estado de diglossia, goza do *status* de oficialidade plena, em regime de co-oficialidade em relação ao castelhano, na Comunidade Autônoma do País

---

[1] Constitución Española, artículo 3: "1. El castellano es la lengua española oficial del Estado. Todos los españoles tienen el deber de conocerla y el derecho a usarla. 2. Las demás lenguas españolas serán también oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas de acuerdo con sus Estatutos. 3. La riqueza de las distintas modalidades linguísticas de España es un patrimonio cultural que será objeto de especial respeto y protección."

[2] Constitución Española, artículo 14: "Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social."

[3] Constitución Española, artículo 53: "1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos (...)". O art. 53 refere-se ao "TÍTULO I - De los derechos y deberes fundamentales" e ao "Capítulo Segundo - Derechos y libertades", que incluem o art. 14.

[4] Constitución Española, artículo 9: "1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. 2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. (...)". Constitución Española, artículo 103, 1: "La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.".

[5] Tribunal Constitucional, Sentencia 82/1986 (fundamento jurídico 2) e Sentencia 117/1994 (fundamento jurídico 5).

Basco e na zona vascófona da Comunidade Foral de Navarra (compreendendo cerca de sessenta localidades, como Abaurregaina, Doneztebe, Bera, Zubieta etc.), na Espanha. No País Basco, isso decorre da legislação comunitária:

> Artículo 2. La lengua propia del País Vasco es el euskera.
> Artículo 3. Las lenguas oficiales en la Comunidad Autónoma del País Vasco son el euskera y el castellano.[6]

Na prática, o *status* de co-oficialidade do basco na Comunidade Autônoma do País Basco e na zona vascófona da Comunidade Foral de Navarra significa que o cidadão tem o direito de empregar a língua com plena validade e eficácia jurídica nessas regiões, sem que ninguém posse exigir que ele se expresse em outro idioma senão a língua oficial por ele escolhida.

De igual maneira, o cidadão tem também o direito de receber uma resposta na língua por ele escolhida quando o interlocutor for um órgão público. Todos os poderes públicos dependentes do governo do País Basco e do governo de Navarra na zona vascófona estão sujeitos ao regime de oficialidade da língua basco e, portanto, estão obrigados a atender em basco aos cidadão que assim o desejarem. Isso foi reconhecido por uma sentença do Tribunal Constitucional Espanhol de 1986.[7]

Com relação à língua a ser empregada em juízo, todo cidadão pode se expressar livremente em basco, tanto verbalmente quanto por escrito, nos juizados e nos tribunais onde o basco seja língua co-oficial. Isso vale para as partes do processo, seus procuradores e seus advogados, testemunhas e peritos. Ninguém pode ser discriminado por razão de língua. Além disso, todos os documentos escritos e as atuações orais em basco serão plenamente válidos e eficazes, dentro do âmbito da oficialidade.

No processo civil, a parte tem o direito de exigir que os órgãos jurisdicionais adotem o procedimento em basco, o direito de expressar-se em basco sem ter que incorrer em gastos para isso e o direito de apresentar documentos e provas em basco, se necessário recorrendo a intérpretes e traduções. No processo penal, o acusado tem o direito de ser informado em uma língua que compreenda, o mais rápido possível, da natureza e da causa da acusação formulada contra ele, e o direito de ser assistido por um intérprete, se não falar a língua empregada na audiência.

O sistema de co-oficialidade do castelhano e do basco não significa que os poderes públicos são obrigados a utilizar ambas as línguas em suas relações com os administrados, sendo prevista a possibilidade do uso de qualquer das duas línguas oficiais por si só.[8] Assim, todo órgão local pode escolher qualquer das duas línguas *para uso preferencial*, tanto o castelhano quanto o basco. No entanto, a totalidade dos atos administrativos que emanam da Comunidade Autônoma do País Basco devem ser aprovados, notificados e publicados nas duas línguas, sob o risco de não surtirem efeitos.[9]

---

[6] Ley de Normalización del Euskera.

[7] Tribunal Constitucional Español, Sentencia 82/1986 (fundamento Jurídico 2).

[8] Tribunal Constitucional, Sentencia 82/1986 (fundamento jurídico 9); Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sentencias R.2591 e R.1956.

[9] Ley de normalización del uso del euskera, artículo 8: "1. Toda disposición normativa o resolución oficial que emane de los poderes públicos sitos en la Comunidad Autónoma del País Vasco, deberá estar redactada en forma bilingüe a efectos de publicidad oficial. 2. Todo acto en el que intervengan los poderes públicos sitos en la Comunidad Autónoma del País Vasco, así como las notificaciones y comunicaciones

3 Regime jurídico de oficialidade parcial

Podemos chamar de oficialidade parcial ao regime jurídico de que goza a língua basca na Comunidade Foral de Navarra. Diz-se que essa oficialidade é parcial porque não se estende senão a uma parte do território de Navarra nem se reconhecem direitos linguísticos plenos senão a uma parte dos cidadãos navarros de fala basca.

No território de Navarra coexistem, assim, dois regimes jurídicos que regulam os exercícios dos direitos linguísticos dos cidadãos navarros vascófonos: (i) na chamada "zona vascófona", o basco tem o *status* de língua co-oficial e os cidadãos navarros vascófonos dessa região têm seus direitos linguísticos plenamente tutelados; (ii) na chamada "zona mista" e na "zona não vascófona", o basco não tem *status* de oficialidade e os cidadãos navarros vascófonos dessas regiões gozam de direitos linguísticos limitados.

Na zona vascófona, entre as prerrogativas linguísticas reconhecidos aos cidadãos de Navarra podem-se listar, a título de exemplo, os seguintes direitos: (i) conhecer e usar o basco; (ii) receber instrução escolar em basco e castelhano nos diversos níveis educativos; (iii) usar tanto o basco quanto o castelhano em suas relações com a administração pública (art. 6 do Estatuto de Autonomia Navarro); (iv) receber notificações e comunicações administrativas exclusivamente em basco, se se manifestarem nesse sentido; (v) solicitar e obter nos Registros Públicos a expedição de cópias e certificações em basco.

Na zona mista, embora a língua basca não tenha *status* de oficialidade, a legislação navarra[10] reconhece a todos os cidadãos dessa região o direito de usar tanto o basco quanto o castelhano para dirigir-se aos órgãos da Administração Pública da Comunidade, sendo que estes devem especificar um lugar adequado onde esses cidadãos poderão ser atendidos em basco.

Já na zona não vascófona de Navarra todo cidadão é obrigado a usar exclusivamente o castelhano em suas relações com a Administração Pública, sendo que esta poderá eventualmente exigir tradução para o castelhano.

Além disso, a legislação navarra dispõe que, tanto na zona mista quanto na zona não vascófona, o ensino do basco será "apoiado", com vistas à sua promoção e fomento. Isso no entanto não quer dizer que o ensino do basco seja obrigatório nessas regiões.

4 Regime jurídico de não-oficialidade

Na Espanha, afora as regiões e casos analisados nos itens precedentes, o basco não pode ser empregado como língua oficial. Ou seja, a língua basca não recebe nenhuma proteção nem tratamento privilegiado por parte dos poderes públicos fora de seu âmbito

---

administrativas, deberán ir redactados en forma bilingüe, salvo que los interesados privados elijan expresamente la utilización de una de las lenguas oficiales de la Comunidad Autónoma. 3. No obstante lo preceptuado anteriormente, los poderes públicos podrán hacer uso exclusivo del euskera para el ámbito de la Administración Local, cuando en razón de la determinación socio-lingüística del municipio, no se perjudiquen los derechos de los ciudadanos.

[10] Ley Foral del Vascuense, artículo 2: "1. El castellano y el vascuence son lenguas propias de Navarra y, en consecuencia, todos los ciudadanos tienen derecho a conocerlas y a usarlas. 2. El castellano es la lengua oficial de Navarra. El vascuence lo es también en los términos previstos en el artículo 9 de la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra y en los de esta Ley Foral."

geográfico original, gozando por isso de um regime jurídico de não-oficialidade no restante da Espanha.

Na França, ou mais especificamente no País Basco Continental, que pertence administrativa e politicamente ao Departamento de Pirineus Atlânticos, o basco não goza de oficialidade. Isso está em conformidade com o que dispõe o art. 1 da Loi Constitutionnelle 92-554: "La langue de la Republique est le français" ("A língua da República é o francês"). O francês é a única língua de ensino, de trabalho, de intercâmbios e de serviços públicos de toda a França,[11] independentemente da língua materna do cidadão francês.

Assim sendo, nem o basco nem qualquer das outras línguas originárias dos povos da França (como o bretão, o catalão, o provençal, os dialetos germânicos etc.) têm reconhecimento oficial no território francês. Isso significa que os poderes públicos (i) não se preocupam de fomentar o seu reconhecimento nem seu uso, (ii) não consideram que as línguas distintas do francês sejam parte do patrimônio e da riqueza cultural do país e (iii) não entendem que as línguas não oficiais mereçam especial proteção.

5 Considerações finais

O reconhecimento de uma língua como oficial implica a garantia do direito de se usar a própria língua com plena validade e eficácia jurídica, assim como a obrigação para os poderes públicos de removerem os obstáculos que impedem ou dificultam o exercício dos direitos linguísticos dos cidadãos. Em um regime de co-oficialidade, como o que vige para as línguas minoritárias da Espanha, a exemplo do basco, esse *status* garante ao cidadão o direito de escolher a língua de suas atividades econômicas e sociais e o direito de empregá-la em suas relações com o poder público, inclusive em juízo.

Essas são medidas que, embora pareçam hoje naturais e triviais, representam um grande avanço em um país onde por décadas as línguas minoritárias permaneceram proibidas e o seu emprego ocasionava repressão, prisão e (ou) morte. Convém lembrar que durante a longa ditadura do generalíssimo Franco apenas o castelhano era permitido, resultando em intensa repressão às minorias étnicas e linguísticas do país e proibindo-se as publicações em basco, catalão e galego; há inclusive relatos de que, numa espécie de bárbara penalização *post mortem*, túmulos tinham suas inscrições em basco raspadas para que não restasse qualquer registro da língua.

O não-reconhecimento de oficialidade a uma língua representa uma série de dificuldades para seus falantes, especialmente se se trata de uma língua autóctone, ou seja, originada na própria região onde é falada. Em casos assim, é comum observar-se o desaparecimento progressivo da língua minoritária, que vai cedendo espaço à língua dominante no dia-a-dia e na preferência das novas gerações. Os interessados em sua manutenção devem financiar por seus próprios meios, como particulares, a promoção e a salvaguarda da língua tradicional de uma comunidade, tutelados apenas pelas normas de Direitos Humanos.

Nesse sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 1948, estabelece que

[11] Loi Toubon, loi n. 94-665 du 4 août 1994, art. 1.

> Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. (Art. II)

Para além de tudo mais, a falta de oficialidade compromete a médio prazo a própria existência de uma língua, na medida em que dificulta a transmissão intergeracional, seu uso e sua qualidade. O apoio do Estado e a participação dos cidadãos são essenciais para a sobrevivência de uma língua.

Para um país como o Brasil, que conta com cerca de cento e oitenta línguas indígenas autóctones mas não atribui qualquer nível de oficialidade a nenhuma delas, contentado-se a tão-somente reconhecer direitos mínimos de tutela a seus falantes e raramente patrocinando seu ensino público nas comunidades onde ainda se mantêm ativas, a experiência histórica da língua basca e de seu marco normativo dentro do Estado Espanhol traz lições importantes a serem aprendidas.

Referências bibliográficas

COUNIDADE FORAL DE NAVARRA. Ley Foral del Vascuense. Ley Foral 18/86. Promulgada el 15 de diciembre de 1986.

ESPAÑA. Constitución Española. Promulgada el 29 de diciembre de 1978.

_____. Tribunal Constitucional de España. Sentencia 82/1986. Sentencia 117/1994. Acervo de jurisprudência disponível para consulta em: <www.tribunalconstitucional.es>. Acessado em: nov.2011.

_____. Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Sentencia R.2591. Sentencia R.1956. Acervo de jurisprudência disponível para consulta em: <www.justizia.net>. Acessado em: nov.2011.

EUSKO JAURLARITZA – GOBIERNO VASCO. Ley de Normalización del Euskera. Ley 10/82, de 24 de noviembre de 1982.

_____. *Marco legal de los derechos lingüísticos*. Fecha de la última modificación: 11/12/2006. Disponível em: <www.euskara.euskadi.net>. Acessado em: nov.2011.

FRANCE. Loi Toubon. Loi n. 94-665 du 4 août 1994.

Revista Eletrônica OAB Joinville
ISSN 2178-8693

A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO QUE RECONHECE A INCONSTITUCIONALIDADE E A AÇÃO DE REPETIÇÃO DO INDÉBITO TRIBUTÁRIO: CRÔNICA DE UMA MORTE ANUNCIADA.

THIAGO DE OLIVEIRA VARGAS. Especialista em Direito Tributário. Advogado em Joinville/SC.

RESUMO

Trata o artigo ora apresentado de uma abordagem crítica acerca da banalização do manejo da (controvertida) técnica da modulação dos efeitos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, sobretudo quanto aos possíveis reflexos que seu uso indiscriminado pode trazer, de forma genérica, ao Direito Tributário e, de forma específica, à Ação de Repetição do Indébito Tributário.
O tema é relevante na medida em que a Ação de Repetição de Indébito Tributário leva em conta, como é cediço, o passado, ou seja, o quanto foi recolhido indevidamente pelo contribuinte ao erário sendo importante analisar os efeitos que uma modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal pode causar no tocante ao direito de o contribuinte ver-se ressarcido do que indevidamente recolheu ao Estado.
Nesse sentido, far-se-á uma breve introdução para, posteriormente, abordar de forma crítica o tema e, ao final, apresentar-se a conclusão.
Para se alcançar o objetivo proposto, utilizar-se-á, dentre outras, a técnica da pesquisa bibliográfica estando as fontes de pesquisa indicadas em notas de rodapé dispostas ao longo do texto.

Palavras-chave: Constituição Federal. Ação de Repetição do Indébito. Decisão. Modulação. Efeitos.

SUMÁRIO

1. Introdução – 2. Da banalização da utilização da técnica da modulação de efeitos: uma crítica necessária – 3. Conclusão[1]

1 – Introdução

O presente artigo visa analisar, no âmbito do direito tributário, em especial da *Ação de Repetição do Indébito*, as consequências da aplicação, pelo Supremo Tribunal Federal, da conhecida técnica da modulação dos efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade de leis e atos normativos, prevista no artigo 27 da Lei n° 9.868, de 10 de novembro de 1999.

[1] Referências bibliográficas ao longo do texto.

Não será objeto de nossa atenção, contudo, a aferição da constitucionalidade desta previsão normativa, limitando-nos a discutir suas implicações práticas no dia a dia forense, sobretudo em demandas tributárias que impliquem, considerando a declaração de inconstitucionalidade, o possível direito de os cidadãos-contribuintes verem-se ressarcidos daquilo que indevidamente carrearam aos cofres públicos.

Há que se registrar, por necessário, que já existem duas ADI's[2] tramitando no Supremo Tribunal Federal cujo objeto é, precisamente, a aferição da compatibilidade vertical do artigo 27 da Lei n° 9.868/99 com a Constituição Federal.

Desta forma, considerando a presunção de constitucionalidade das leis, assim como a aplicação corrente da técnica da modulação de efeitos pelo Supremo Tribunal Federal, cabe-nos, a partir de agora, ainda que de forma meteórica, analisar algumas das implicações de tal instituto no âmbito da *Ação de Repetição do Indébito Tributário*.

É o que se passa a fazer sem, no entanto, ter-se a pretensão de esgotar o tema.

2. Da banalização da utilização da técnica da modulação de efeitos: uma crítica necessária.

Tem-se tornado frequente a invocação pelos representantes judiciais da Fazenda Pública, do disposto no artigo 27 da Lei n° 9.868/99 quando vislumbram – e até mesmo não vislumbrando – a concreta possibilidade de o Supremo Tribunal Federal reconhecer a inconstitucionalidade de leis e atos normativos de que possa resultar a possibilidade de os cidadãos-contribuintes pleitearem, no futuro, por intermédio da *Ação de Repetição do Indébito*, a restituição (ou compensação) dos tributos que lhes foram indevidamente exigidos.

Tal pleito, muitas vezes, é formulado até por meio de embargos de declaração, mesmo sem ter havido prévio requerimento e, noutras, já houve pedido de modulação dos efeitos da decisão da tribuna, quando o representante da fazenda pública visualizou o provável desfecho desfavorável da demanda objetiva, vale dizer, a declaração da inconstitucionalidade.

[2] ADI n° 2.154 e ADI n° 2.258.

Denota-se, assim, que a técnica da modulação dos efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade vem sendo banalizada em sua utilização, como se fosse a regra, e não a exceção.

Ora, é sabido que no controle direto ou abstrato de constitucionalidade vige a regra segundo a qual os efeitos da decisão que reconhece a incompatibilidade vertical dos atos (legislativos ou normativos) com a Constituição Federal são *ex tunc*, ou seja, retroativos à data de sua edição vez que nulos e destituídos de qualquer carga de eficácia jurídica.

Inexorável, portanto, que a modulação de tais efeitos é exceção, cujo reconhecimento encontra-se estampado no próprio artigo 27 da Lei n° 9.868/99 que porta a seguinte redação:

> Art. 27 – Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Percebe-se, assim, que a modulação dos efeitos é técnica a ser utilizada apenas em casos excepcionais e por meio de quórum qualificado, sendo a regra a atribuição de efeitos *ex tunc* à decisão que reconhece a inconstitucionalidade de leis e atos normativos.

Nesse sentido, o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

> "[...] CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE - PROCEDÊNCIA DA PECHA DE INCONSTITUCIONAL - EFEITO - TERMO INICIAL - REGRA X EXCEÇÃO. A ordem natural das coisas direciona no sentido de ter-se como regra a retroação da eficácia do acórdão declaratório constitutivo negativo à data da integração da lei proclamada inconstitucional, no arcabouço normativo, correndo à conta da exceção a fixação de termo inicial distinto. EMBARGOS DECLARATÓRIOS - OMISSÃO - FIXAÇÃO DO TERMO INICIAL DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - RETROATIVIDADE TOTAL. Inexistindo pleito de fixação de termo inicial diverso, não se pode alegar omissão relativamente ao acórdão por meio do qual se concluiu pelo conflito do ato normativo autônomo abstrato com a Carta da República, fulminando-o desde a vigência. MUNICÍPIOS - PARTICIPAÇÃO NA ARRECADAÇÃO DO IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS - INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL - ALCANCE DA DECLARAÇÃO. A ofensa frontal da lei do Estado à Constituição Federal

> implicou, no julgamento ocorrido, o afastamento retroativo à data do surgimento de eficácia do ato impugnado." [3]
>
> "CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IPTU DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. PROGRESSIVIDADE ANTERIOR À EC 29/2000. TAXA DE COLETA DE LIXO E LIMPEZA PÚBLICA - TCLLP E TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA - TIP. EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO CONTROLE DIFUSO. I - A atribuição de efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade, dado o seu caráter excepcional, somente tem cabimento quando o tribunal manifesta-se expressamente sobre o tema, observando-se a exigência de quorum qualificado previsto em lei. II - Agravo não provido"**.**[4]
>
> "Embargos de declaração: pretensão incabível de incidência, no caso, do art. 27 da LADIn. Sobre a aplicação do art. 27 da LADIn – admitida por ora a sua constitucionalidade – não está o Tribunal compelido a manifestar-se em cada caso: se silenciou a respeito, entende-se que a declaração de inconstitucionalidade, como é regra geral, gera efeitos ex tunc, desde a vigência da lei inválida." [5]

Inconteste, desta feita, ser a modulação dos efeitos técnica excepcional cuja utilização deve atender aos pressupostos encerrados no artigo 27 da Lei n° 9.868/99, assim como obedecer ao quórum qualificado nele previsto.

Não sendo o caso, ou mesmo silenciando o Supremo Tribunal Federal a respeito, incide a regra, ou seja, retroação dos efeitos.

Em matéria tributária essa análise se torna deveras importante, sobretudo tendo em conta que o *princípio da estrita legalidade* (art. 150, I, da CR/88) guia o exercício da tributação pelos entes políticos dela investidos sendo, igualmente, limite a tal exercício por se consubstanciar direito fundamental dos cidadãos-contribuintes, integrante do núcleo imutável da Carta da República a teor do que dispõe seu artigo 60, IV, §4°.[6]

Desta forma, apenas lei compatível com a Constituição Federal poderá, validamente, cumprir o postulado constitucional da estrita legalidade, haja vista que esta compatibilidade é que lhe emprestará fundamento de validade e carga de eficácia produtora de efeitos no mundo jurídico em que inserida.

---

[3] STF, Tribunal Pleno, ADI 2.728-ED/AM, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 05/10/07.

[4] STF, Primeira Turma, AI 457.766-AgR/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ de 11/05/07.
[5] STF, Tribunal Pleno, ADI 2.996-ED/SC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 16/03/07.

[6] Nesse sentido: ADI nº 939-2/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ de 18/03/2004, p. 5.165.

Não havendo referida compatibilidade e a lei será írrita, não produzindo efeitos válidos eis que ausente seu próprio fundamento de validade, a saber: a conformidade com a Constituição Federal.

Desta maneira, um tributo eventualmente instituído com base em lei posteriormente declarada inconstitucional será como se inexistente fosse, sendo, portanto, medida de rigor a restituição dos valores que indevidamente foram carreados aos cofres públicos.

Até mesmo porque sendo o tributo *ex legis* não poderia o cidadão-contribuinte negar-se a pagá-lo, por mais que discordasse de sua cobrança, aliando-se a tal fato a presunção de constitucionalidade de que são portadores as leis e os atos normativos.

Declarada a inconstitucionalidade, contudo, da lei que dava suporte de validade ao tributo, de rigor possibilitar aos cidadãos-contribuintes que o pagaram – até porque não tinham escolha – a restituição de tais valores, sob pena de enriquecimento ilícito do Estado e, igualmente, utilização do tributo com efeito de confisco, algo vedado pela Carta da República em seu artigo 150, IV.

Tal dever se impõe, até mesmo, por conta do *principio da moralidade administrativa*, disposto no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal.

Entendimento diverso acabaria por autorizar o Estado a contornar os postulados antes indicados, num claro drible das garantias constitucionais dos cidadãos-contribuintes, pois, bastaria que o Poder Legislativo ou, como é mais comum nos dias correntes, o Poder Executivo por intermédio das famigeradas Medidas Provisórias, instituir um tributo em descompasso com a Constituição Federal, cobrando-o, muitas vezes, por longo período de tempo e, posteriormente, caso houvesse a interposição de Ação Direita de Inconstitucionalidade – ADI, quando o Supremo Tribunal Federal reconhecesse o vício que inquinava aquela legislação, bastaria requerer a "modulação dos efeitos da decisão" para garantir a cobrança até então feita, assim como os recursos financeiros carreados.

Garantir-se-ia, com isso, o confisco da propriedade do cidadão-contribuinte; a quebra do princípio da moralidade administrativa, derivada do enriquecimento ilícito do Estado, bem como a violação do princípio da estrita legalidade tributária, pois, se a lei e/ou a medida provisória que instituiu o tributo foi declarada inconstitucional em sede de ADI,

forçoso concluir que os valores recebidos a título destes tributos o foram sem lei que os houvesse validamente instituído.

Caminhando no mesmo sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ao analisar o tema e suas possíveis consequências, em especial no campo tributário, de forma enfática averbou: [7]

> "Seria preciso não conhecer o Brasil para supor motivada por questões de alta indagação científica essa proposta. Conhecendo-o, fácil é descobrir o que têm em mente os proponentes dessa 'nulidade' ou 'anulação' diferida. É sempre o ângulo governamental. Com base nessa regra, toda vez que um tributo correr o risco de ser julgado inconstitucional – e essas coisas se sabem com antecedência em Brasília – invocando o pesado ônus da devolução do já recebido, o Poder Público pleiteará que a eficácia da decisão seja a partir do trânsito em julgado. Assim, não terá de devolver o já recebido [...]"

Não é preciso dizer mais para se aferir a impossibilidade jurídico-constitucional de se aceitar tamanho desrespeito à Constituição Federal, bem assim aos postulados que guarnecem o patrimônio dos cidadãos-contribuintes contra as investidas arbitrárias do Estado.

Deste modo, será por meio da *Ação de Repetição de Indébito* que o cidadão-contribuinte poderá reaver aquilo que indevidamente lhe fora exigido pelo Estado, nos termos do artigo 165 e 168 do Código Tributário Nacional.

O que equivale a dizer: poderá o cidadão-contribuinte, considerando a regra vigente no que toca à declaração de inconstitucionalidade das leis e atos normativos, ou seja, efeitos *ex tunc* ou retroativos, requerer, para o prazo não atingido pela prescrição, todos os valores pagos ao Estado decorrentes da cobrança do tributo cuja lei fora posteriormente reconhecida inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato de constitucionalidade.

Essa a regra que deve imperar.

Do contrário, ao tornar regra a modulação dos efeitos da decisão e abrir-se-á a cancela para, além das violações constitucionais já antes referidas, a completa inocuidade da *Ação de Repetição de Indébito*, sobretudo ao se chancelar que os efeitos da decisão sejam sempre prospectivos à sua prolação.

---

[7] FERREIRA FILHO, M. G. **Curso de direito constitucional.** Rio de Janeiro: Saraiva, 1996, p. 14.

Com efeito, em assim sendo, não teria sentido a existência deste importante instrumento jurídico-processual, vez que os efeitos da decisão seriam, no mais das vezes, como a prática cotidiana o tem demonstrado, *prospectivos*, não alcançando, assim, o tempo pretérito em que a lei ou o ato normativo esteve vigente.

Não nos parece, contudo, ser esta possibilidade compatível com ditames encartados na Carta da República que salvaguarda, a toda evidência, o patrimônio do cidadão-contribuinte, dado o elenco de direitos e garantias naquela previstos no que toca ao exercício da atividade tributacional por parte do Estado.

3. Conclusão

Dado o exposto, percebe-se que hoje existe uma tendência de banalizar o uso da técnica da modulação dos efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade de leis e atos normativos, especialmente quando se trata de matéria tributária, recorrendo os eminentes representantes da Fazenda Pública à invocação do artigo 27 da Lei n° 9.868/99 como regra, de forma usual.

A modulação dos efeitos, contudo, é exceção, sendo seu uso também excepcional sob pena de se chancelar a utilização do tributo como forma de confiscar, à sorrelfa, a propriedade do cidadão-contribuinte, assim como validar a transgressão dos princípios da estrita legalidade tributária e da moralidade pública ao se permitir o enriquecimento ilícito por parte do Estado.

Há que se atentar para a regra, ou seja, efeitos *ex tunc* e não para a exceção, modulação dos efeitos, em especial os prospectivos, sob pena de assistirmos ao ocaso tácito da *Ação de Repetição do Indébito* a qual, se assim for, não terá mais serventia prática alguma.

Devemos, portanto, lutar para que não assistamos à *crônica de uma morte anunciada*, tal qual obra com o mesmo título de Gabriel García Márquez,[8] devendo esta tarefa ser confiada, sobretudo, mas não exclusivamente, ao Supremo Tribunal Federal, guardião mor da Constituição Federal.

[8] GARCÍA MÁRQUEZ, Gabriel. **Crônica de uma morte anunciada**. Tradução de Remy Gorga, filho. 34 ed. Rio de Janeiro: Record, 2006.

Revista Eletrônica OAB Joinville
ISSN 2178-8693

AÇÃO ORDINÁRIA (PROCEDIMENTO COMUM ORDINÁRIO) Nº 5002783-25.2010.404.7001/PR

AUTOR : ERICA PEDRÃO DE BRITO
ADVOGADO : SAVIO ITHAMAR DE QUEIROZ TURRA
RÉU : FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI
PERITO : ALCINDO CERCI NETO
: ALCINDO CERCI NETO

SENTENÇA

1. RELATÓRIO

Trata-se de Ação Ordinária, com pedido de antecipação de tutela, movida por **Erica Pedrão de Brito,** em face a **Fundação Nacional do Índio - FUNAI**, pretendendo recebimento de indenização por danos materiais, morais e estético, bem como lucro cessantes.

Aduz a autora que sofreu acidente na data de 06.02.2010, quando passava pela sede da FUNAI na cidade de Londrina, sendo que seu veículo foi alvo de apedrejamento por parte de indígenas que se encontravam no local, realizando manifestação.

Sustenta que, na oportunidade, foi gravemente atingida na cabeça por uma pedra de grande porte, o que lhe gerou danos físicos, estéticos e materiais. Afirma ter sofrido afundamento de crânio, cujas conseqüências perduram até o presente, além de ter sua rotina alterada de forma abrupta.

Relata que, dada a gravidade de seus ferimentos, permaneceu vários dias internada em Unidade de Terapia Intensiva, e que, após a saída do hospital, passou a depender de terceiros para realizar movimentos básicos, haja vista a lesão ter causado danos que dificultam seus movimentos, tanto dos membros superiores como dos inferiores.

Assevera ter sofrido alterações em sua vida social e profissional, já que antes do acidente trabalhava e estudava, o que não se mostra mais possível, dependendo, para sobrevivência, apenas de benefício do INSS.

Narra que, para ficar mais próxima do local onde faz as atividades de fisioterapia, teve de se mudar, o que causou transtornos com o contrato de locação. Detalha seus gastos e invoca o dano moral, caracterizado *'pela profunda frustração dos seus sonhos e pela dor psicológica e emocional de ver suas economias reduzidas, além de toda sorte de problemas físicos e familiares advindos'*.

Pediu a antecipação de tutela e bateu pela procedência do pedido.

Com a inicial vieram os documentos dos eventos 1 e 2.

Em cumprimento às determinações judiciais (eventos 4 e 8), a parte autora emendou a inicial (eventos 6 e 10).

O despacho do evento 13 determinou a intimação da parte autora para que apresentasse, no prazo de 10 (dez) dias, declaração de próprio punho de que não possui condições de arcar com as custas processuais e os honorários advocatícios, ou procuração com poderes especiais para que o benefício da justiça gratuita pudesse ser requerido diretamente por seu advogado, o que restou cumprido no evento 15.

A decisão do evento 19 indeferiu a antecipação de tutela requerida, sob o argumento de que não havia prova inequívoca do direito alegado a respaldar a antecipação dos efeitos da tutela pretendida, asseverando que a lide versa sobre dever de indenizar imputado à Ré, afigurando-se imprescindível a ampla dilação probatória.

No evento 22 a parte autora requereu a produção de prova testemunhal e perícia técnica.

No evento 23 a parte autora distribuiu Agravo de Instrumento, o qual foi convertido em Agravo Retido.

A parte autora juntou fotografias no evento 29.

A FUNAI apresentou defesa no evento 30, alegando, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva, o que fez por meio da informação n° 168/PGF/PFE/CAC-FUNAI/2010.

Quanto ao mérito, alegou que as manifestações ocorridas em frente à sede da FUNAI em Londrina eram públicas e notórias, tendo sido alvo de grande veiculação na mídia. Em sendo assim, os ataques teriam se dado em legítima defesa, para evitar atropelamento dos que ali estavam, dado que o veículo onde estava a autora ignorou as barreiras existentes no local. Invocou o art. 188 do Código Civil.

Sustenta que não houve arremesso de nenhum objeto contra os ocupantes do veículo, mas tão somente contra o próprio veículo, o que caracterizaria que o ferimento ocorrido foi decorrente de uma fatalidade.

Aduz que teria sido a autora quem teria dado causa a situação de risco/perigo e ressaltou o art. 929 do CC. Pugna pelo reconhecimento da culpa recíproca da autora.

Destaca o direito de reunião, contemplado pela Constituição Federal em seu artigo 5°, inciso XVI, e o art. 215, §1° que garante o direito à manifestações culturais.

Refuta a alegação de responsabilidade objetiva e diz ser a comprovação da culpa essencial.

Por fim, assevera não haver dano moral ante a inexistência de nexo causal, *'colocando dúvidas na efetiva existência de abalo psicológico na intensidade sustentada na exordial'*.

Pugna pela razoabilidade quando da fixação de eventual indenização e afirma não terem sido comprovados os demais danos e verbas pleiteadas.

No evento 32 a parte autora apresentou réplica à contestação.

A audiência de instrução realizou-se no dia 12.04.2011, com termo anexado ao evento 59.

A decisão do evento 60 indeferiu a antecipação de tutela requerida em audiência, além de nomear perito para a realização de exame pericial.

Nos eventos 65 e 66 a parte autora apresentou quesitos ao perito, enquanto a parte ré o fez no evento 67.

No evento 71 foi marcada a perícia e o laudo pericial foi anexado ao evento 80.

Manifestação da parte autora quanto ao laudo pericial no evento 83, e da FUNAI no evento 86.

Intimada para apresentação de alegações finais (evento 89), a parte autora o fez no evento 94, enquanto a FUNAI apresentou alegações finais remissivas (evento 96).

Os autos foram registrados para sentença.

É o relatório. Decido.

2. FUNDAMENTAÇÃO

Oportunamente, observo que o feito foi processado com observância do contraditório e da ampla defesa, inexistindo situação que possa levar prejuízo aos princípios do devido processo legal.

Ilegitimidade da FUNAI

A FUNAI aduziu que não tem legitimidade passiva para a demanda, argumentando que os índios possuem capacidade civil plena, de maneira que não pode responder por seus atos, mormente porque não houve participação de prepostos ou agentes seus nos fatos narrados na petição inicial.

A legitimidade passiva da ré certamente não decorre da participação de seus agentes no evento descrito na inicial, mas provém do seu dever de tutela sobre as comunidade indígenas imputada inicialmente à União e exercida através de órgão federal, a FUNAI, nos termos do art. 7º §2º da Lei nº 6.001, de 1973, também chamada de Estatuto do Índio. Além disso, em relação à FUNAI, não houve alteração produzida pela Constituição Federal de 1988 nesse ponto, pois o fato de ter conferido capacidade processual aos índios e suas comunidades não exclui a tutela exercida pela referida fundação.

A título de esclarecimento, é de se observar que o artigo 232 da Constituição Federal dispõe que os índios possuem legitimidade 'apenas para demandarem ativamente' em juízo: '*Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo*'.

A esse respeito, aliás, o Juiz Eustáquio Silveira, relator do Agravo de Instrumento (AG) nº 9601011820, assim afirmou: *'(...) não podem os índios, suas comunidades ou organizações serem acionados em juízo, porquanto não detêm legitimação passiva para tal. Ingressar em Juízo significa propor a ação, na qualidade de autor, e não defender-se na condição de réu*' (TRF 1ª REGIÃO, AG 9601011820, Processo 9601011820/DF, DJ de 9/6/2000, p. 17, Relator JUIZ EUSTAQUIO SILVEIRA).

Por oportuno, quanto à responsabilidade da Fundação Nacional do Índio (FUNAI) pelos eventuais danos causados a terceiros pelos indígenas, saliento que a jurisprudência é pacífica sobre o tema:

CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. LESÕES CORPORAIS PRATICADAS POR INDIGENAS. RESPONSABILIDADE CIVIL DA FUNAI. 1. ***A FUNAI é responsável, na qualidade de tutora, pelos danos materiais e morais praticados a terceiros por silvícolas não integrados à comunhão nacional. Caso em que componentes de comunidade silvícola agrediram (lesionando gravemente) motorista que atropelou criança indígena em rodovia que***

atravessa aldeamento. *2. Recurso e remessa oficial improvidos. (TRF4, 3a TURMA, Rel. PAULO AFONSO BRUM VAZ, DJ 17/01/2001 PÁGINA: 415)*

ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO. INVASÃO DE FAZENDA PELOS ÍNDIOS KAIAPÓS. RESPONSABILIDADE DA FUNAI. PARCELAS INDENIZATÓRIAS.
1. A FUNAI deve suportar indenização pelos danos causados por índios sob sua tutela, que invadem fazenda de propriedade particular e destroem casa, cerca e pastagem, e matam animais.
(...).
(TRF/1ªR, REO 199801000508038, Rel. JUIZ SAULO JOSÉ CASALI BAHIA, DJ 04/06/2001, p. 174)

DANOS CAUSADOS POR INDÍGENAS A TERCEIROS QUE PESCAVAM EM RIO QUE SERVE DE DIVISA NATURAL ENTRE A RESERVA E OS TERRENOS PARTICULARES. RESPONSABILIDADE CIVIL DA FUNAI. DANO MATERIAL DECORRENTE DA APREENSÃO DE BENS MÓVEIS PELOS INDÍGENAS. DANO MORAL. IMPROCEDÊNCIA. ***1. A FUNAI responde civilmente pelos danos causados por grupo de índios a terceiros, ainda que nenhum dos servidores dela participe do ato (Carta Magna, art. 37, § 6º), uma vez que compete a ela a tutela e a proteção das comunidades indígenas (Carta Magna, art. 231; Lei 5.371/67), sendo responsável pelos danos decorrentes de sua omissão na tutela respectiva, tendo, portanto, legitimidade passiva, no caso (C.P.C., art. 267, VI).*** *Precedentes desta Corte. 2. Direito ao ressarcimento relativo ao valor dos bens apreendidos pelos indígenas e não devolvidos aos proprietários. 3. Inexistência de prova de que o derrame sofrido (31/07/1995) por um dos autores decorreu direta e imediatamente da abordagem dos indígenas (21/07/1995), ocorrida na selva. 4. Inocorrência de dano moral, uma vez que não restou comprovado que os autores foram submetidos ao constrangimento de terem ficado sob a mira de armas de fogo portadas pelos indígenas, bem como porque o fato de terem tido seus rostos pintados por uma índia com tinta de Urucum não caracteriza dano moral. 5. Apelação da FUNAI e remessa obrigatória, providas em parte. Apelação dos autores não provida(TRF1, 6a T. Rel. JUIZ FEDERAL LEÃO APARECIDO ALVES (CONV.), DJ DATA:26/06/2006 PAGINA:33)*

DANOS MORAIS E MATERIAIS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ADMINISTRATIVO. DANOS CAUSADOS POR ÍNDIOS. RESPONSABILIDADE DA FUNAI. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DA UNIAO. OCORRENCIA DA PRESCRIÇAO QUINQUENAL. DECRETO 20.910/1932. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. 1. Não prospera a alegação de legitimidade passiva da União. Assim como assevera a sentença do juízo 'a quo', a FUNAI, como fundação pública, é entidade da administração indireta que detém personalidade jurídica própria e, havendo condenação, arcará com a indenização respectiva sem que haja interferência da União. ***Portanto, a FUNAI, como órgão competente de assistência aos silvícolas, é que deve responder por eventual dano causado pelos mesmos.***
(...)
(TRF/1ªR, AC 200636000172846, Rel. JUIZ FEDERAL AVIO MOZAR JOSE FERRAZ DE NOVAES, e-DJF1 31/07/2008, p. 314)

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MATERIAIS E MORAIS. INVASÃO DE PROPRIEDADE POR ÍNDIOS. PRELIMINAR. NULIDADE DA SENTENÇA. ILEGITIMIDADE DA FUNAI. NÃO ACOLHIMENTO. LEGITIMIDADE ATIVA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. - Não há qualquer vício na sentença apontada pela apelante, uma vez que apenas fez referência à prova testemunhal quanto a fatos alegados pelas demandantes, sem qualquer impugnação das requeridas. ***- A FUNAI é parte legítima para responder a presente ação, porquanto é representante dos índios, cabendo-lhe à assistência ao índio, conforme dispõe o art. 34 da Lei nº 6.001/73****. - A responsabilidade da FUNAI pelos fatos*

referidos no feito exsurge da demarcação de terras por ela efetivada, cabendo reconhecer a sua culpa in vigilando pelas invasões promovidas pela população indígena. - O quantum indenizatório mostra-se razoável e acolhendo parcialmente o pedido das autoras. (TRF4, APELAÇÃO CIVEL, 2004.04.01.042213-9, Terceira Turma, Relator Vânia Hack de Almeida, DJ 15/02/2006)

Assim, não merece ser acolhida a preliminar em comento.

MÉRITO

Da responsabilidade civil: aspectos teóricos

O instituto jurídico da responsabilidade civil é amplo e não é exclusivo do Direito Civil, pois está inserido no corpo da Teoria Geral do Direito. Assim, são necessárias adaptações conforme aplicado no Direito Público ou Privado, porém sempre mantendo a sua unidade jurídica.

A responsabilidade civil, em sentido lato, consiste na obrigação de alguém reparar um dano sofrido por outrem. Sua principal consequência prática é a obrigação de indenizar - do latim semi-erudito *indemne,* sem dano - os prejuízos decorrentes de sua conduta.

A finalidade da responsabilidade civil é o restabelecimento do equilíbrio violado pelo dano. Em virtude disso, há no ordenamento jurídico brasileiro a responsabilidade civil decorrente da idéia do ato ilícito, bem como do ressarcimento de prejuízos quando não se cogita da ilicitude da ação do agente ou até da ocorrência de ato ilícito, o que se garante pela Teoria do Risco, tendo em vista a idéia de reparação ser mais ampla do que meramente o ato ilícito.

O princípio que sustenta a responsabilidade civil contemporânea é o da reposição do prejudicado ao estado anterior. Nesse contexto, a responsabilidade civil possui dupla função na esfera jurídica do prejudicado: a) mantenedora da segurança jurídica em relação ao lesado; b) sanção civil de natureza compensatória.

Conforme artigo 186 do Código Civil de 2002 existe um dever legal de não lesar, com a correlata obrigação de indenizar sempre que, por meio de um comportamento contrário àquele dever, se cause algum prejuízo injusto a outrem. O *caput* do artigo 927 do mesmo Código fixa a regra geral para a indenização, prevendo a responsabilidade objetiva e a teoria do risco da atividade no seu parágrafo primeiro, vinculando-a aos casos enumerados em lei, bem como, de forma genérica, aos prejuízos originários da prática de uma atividade que naturalmente envolva riscos. Esta mitigação é denominada teoria do risco da atividade. O parágrafo em questão prevê a mesma regra aplicada no art. 14 do CDC, estabelecendo a responsabilidade civil quando os riscos de provocar dano são inerentes à atividade desenvolvida ou quando há expressa previsão legal

A responsabilidade civil pode ser classificada sob vários enfoques: a natureza do direito violado; segundo o agente e de acordo com o fundamento. Na primeira hipótese, conforme divisão clássica da doutrina brasileira, a responsabilidade civil pode ser: a) contratual, decorrente do descumprimento de cláusula pactuada ou do abuso na sua prática, caracterizando a conduta danosa do agente, independente das demais características dos negócios, sejam eles tácitos, particulares ou não-solenes; b) extracontratual ou aquiliana, decorrente do descumprimento de todas as demais obrigações, oriundas de fonte legal ou social, ou seja, envolvendo respeito aos direitos alheios legalmente previstos.

No tocante ao agente, a responsabilidade civil poderá ser: a) direta, proveniente de ato do próprio responsável; b) indireta, decorrente de ato de terceiro, vinculado ao agente ou de fato de animal ou coisa inanimada sob sua guarda. Em relação ao seu fundamento, poderá ser: a) responsabilidade subjetiva: presente sempre o pressuposto culpa ou dolo. Para sua caracterização devem coexistir os seguintes elementos: a conduta, o dano, a culpa e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano; b) responsabilidade objetiva: não há a necessidade da prova da culpa. Basta haver dano, conduta e nexo causal entre o prejuízo sofrido e a ação do agente. A responsabilidade está calcada no risco assumido pelo agente causador do dano, em razão de sua atividade.

Portanto, para configurar-se a responsabilidade civil exigem-se os seguintes elementos: a) conduta do apontado como responsável, culposa, em sentido lato, no caso de responsabilidade aquiliana simples; b) que tenha havido prejuízo; e c) que haja um nexo que ligue aquela conduta a esse dano. Tratando-se de responsabilização objetiva, prescinde-se do requisito de culpa, bastando que a conduta, por si só, tenha levado aos prejuízos alegados e provados pelo lesado. Assim, os elementos constitutivos da responsabilidade civil são a ação ou omissão do agente, o elemento subjetivo, o nexo causal e o dano.

No que tange à ação ou omissão do agente, exige-se um certo comportamento daquele a quem se pretende imputar o dever de reparar o dano. O elemento subjetivo é a culpa, sendo esta a inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar. É necessário, então, para que o dano seja indenizável, que resulte de certo comportamento ou omissão do causador do dano. A evidência deve ser consistente, de elevada probabilidade, não bastando uma suposição qualquer, baseada em hipóteses.

Para a caracterização da responsabilidade civil é imprescindível a prova da culpa, exceto quando houver disposição legal permitindo a responsabilização objetiva. Contudo, a responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexo causal. Se a vítima, que experimentou um dano, não identificar o nexo causal que leva o ato danoso ao responsável, não há falar em responsabilidade civil.

O nexo causal é a relação de causalidade entre um determinado ato ou omissão do agente e o dano sofrido, sendo pressuposto absoluto da obrigação

de indenizar. Pode-se compreender o nexo como *conditio sine qua non* para a ocorrência do fato, determinando a verdadeira causa do prejuízo e viabilizando a imputabilidade. O nexo causal possui dupla função, conforme leciona Gisela Sampaio Cruz: 'por um lado, permite determinar a quem se deve atribuir um resultado danoso, por outro, é indispensável na verificação da extensão do dano a se indenizar, pois serve como medida da indenização (CRUZ, Gisela Sampaio da. O problema do nexo causal na responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 22).

Dos danos materiais e morais

O dano é um dos pressupostos da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual. Só haverá responsabilidade civil se houver um dano a reparar. O dano que enseja o pagamento de uma indenização pode ser patrimonial ou moral. Segundo Matos Antunes Varela:

(...) dano é a perda in natura que o lesado sofreu, em conseqüência de certos fatos, nos interesses (materiais, espirituais ou morais) que o direito violado ou a norma infringida visam tutelar. É a lesão causada no interesse juridicamente tutelado, que reveste as mais das vezes a forma de destruição, subtração ou deterioração de certa coisa, material ou incorpórea. É a morte ou são os ferimentos causados à vítima; é a perda ou afetação do seu bom nome ou reputação, são os estragos causados no veículo, as fendas abertas no edifício pela explosão; a destruição ou apropriação de coisas alheias, etc.(...). (VARELA, Matos Antunes. Das Obrigações em Geral. 10. ed. Vol. I, Coimbra: Almedina, 2003, p. 592).

Portanto, o dano material ou patrimonial é uma lesão concreta que afeta um interesse relativo ao patrimônio da vítima. É aquele suscetível de avaliação pecuniária, que incide sobre interesses de natureza material ou econômica e, portanto, reflete-se no patrimônio do lesado. Os danos morais, por sua vez, 'se traduzem em turbações de ânimo, em reações desagradáveis, desconfortáveis, ou constrangedoras, ou outras nesse nível, produzidas na esfera do lesado (BITAR, Carlos Alberto. Reparação civil por danos morais. 2ª ed. São Paulo: RT, 1993, n. 5, p. 31).

Ensina o Professor Antônio Chaves acerca do conceito de dano moral: '*Dano moral é a dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado sem repercussão patrimonial. Seja a dor física - dor-sensação como a denominava Carpenter - nascida de uma lesão material; seja a dor moral - dor-sentimento - de causa material*' (ANTONIO CHAVES, in Tratado de Direito Civil, p. 607).

Os danos materiais geralmente são divididos em duas espécies: os danos emergentes e os lucros cessantes (esta é a posição do Código Civil de 2002). Os primeiros são representados pela diminuição patrimonial e compreendem a perda ou diminuição de valores já existentes no patrimônio do lesado. São de fácil constatação, bastando confrontar a diferença do valor do patrimônio da vítima não fosse a ocorrência do dano.

Os lucros cessantes, por sua vez, dizem respeito a frustração da expectativa de ganho, ou seja, referem-se aos benefícios que o lesado deixou de obter em consequência da lesão, isto é, ao acréscimo patrimonial frustrado. Eles pressupõem que o lesado tinha no momento da lesão a titularidade de uma situação jurídica que, mantendo-se, lhe daria direito a um ganho.

A diferença fundamental entre os danos materiais e morais é que na reparação do dano moral o dinheiro não tem função de equivalência, como ocorre no dano material, ou seja, o dano moral corresponde a toda lesão causada pelo fato lesivo a interesses não patrimoniais de uma pessoa física ou jurídica.

Somente depois da Constituição Federal de 1988 que se consagrou o princípio geral que pôs fim às vacilações e resistências dos tribunais quanto ao direito à indenização por danos morais, porquanto o inc. X do art. 5.º, dispõe: '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 razão dessa construção constitucional, atualmente está pacificada a ampla reparação de todo e qualquer dano civil, no campo patrimonial ou na esfera da personalidade da vítima. Inclusive, um mesmo fato poder ensejar dano material e dano moral. O STJ tratou especificamente da questão no enunciado da Súmula nº 37: 'São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato'.

Desse modo, o dano moral é passível de indenização. Conforme preconiza Clayton Reis, não se pode negar a reparação dos danos morais, seja qual for o fundamento, pois isso implica negar a existência de um patrimônio ideal das pessoas, ou, pelo menos, nega-se todos os seres humanos são detentores de valores espirituais (REIS, Clayton. Dano moral. 4. ed. atual. e ampl. RJ: Forense, 1995, p. 87).

O dano moral surge, pois, quando o amor próprio da vítima é efetivamente afetado ou quando a imagem que os demais têm sobre ela é modificada indelevelmente. A jurisprudência dos tribunais está repleta de vários exemplos de dano moral: é a dor pela morte de um filho, causada por outrem; a prisão injusta e ilegal; a humilhação e o desconforto produzidos pela publicação de uma notícia injuriosa; o constrangimento e a aflição gerados pela indevida inscrição do nome de um consumidor nos órgãos de proteção ao crédito etc.

Segundo a jurisprudência, a indenização por danos morais trata-se de uma recompensa pelo desconforto, pelo desagrado, pelos efeitos do gravame suportado, mas que não deve chegar a importar em um prêmio indevido ao ofendido (STJ - REsp 169867 - Rel. Min. Cesar Asfor Rocha - DJU de 19.03.2001 - p. 112), ou seja, repudia-se que a indenização paga a título de ressarcimento pelo dano moral acabe gerando enriquecimento sem causa ou injustificado da parte atingida pelo ato ilícito.

Assim, a reparação por danos morais não tem natureza de recomposição patrimonial, mas compensatória. Objetiva reparar prejuízo advindo de um sentimento de frustração decorrente da privação de um interesse juridicamente tutelado. Conclui-se, portanto, que a reparação por dano moral tem duas funções essenciais: ensejar à vítima uma sensação de conforto e segurança, neutralizadora da sua angústia e dos incômodos decorrentes do fato danoso, bem como a função punitiva e premonitória, que visa coibir o agente de praticar novamente o dano.

Do Dano Estético

De início, necessário que se diga que é possível cumular o recebimento de indenização por danos morais e por danos estéticos. Isso porque o dano moral decorre do sofrimento experimentado pela vítima em razão do evento danoso, enquanto que o dano estético advém de uma alteração da aparência para pior. Assim caminham a doutrina e a jurisprudência:

(...) todo dano estético, na sua amplitude conceitual, representa um dano moral, devendo como tal ser indenizado; mas o dano moral conseqüente das lesões à integridade físico-psíquica do ofendido não se exaure nas repercussões do dano estético vinculado à deformidade permanente (CHALI, Yussef Said. Dano moral. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.256)

CIVIL E PROCESSUAL. INDENIZAÇÃO. ACIDENTE. AMPUTAÇÃO. PARTE DISTAL DO PÉ DIREITO. DANO ESTÉTICO. CÓDIGO CIVIL DE 1916, ART. 1.538. EXEGESE. INCLUSÃO COMO DANO MORAL. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO. CONDIÇÕES AUSENTES. REVISÃO DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA N. 7-STJ. VEDAÇÃO.
I. As questões federais não enfrentadas pelo Tribunal estadual recebem o óbice das Súmulas n. 282 e 356 do C. STF, não podendo, por falta de prequestionamento, ser debatidas no âmbito do recurso especial.
II. Podem cumular-se danos estético e moral quando possível identificar claramente as condições justificadoras de cada espécie.
III. Importando a amputação traumática do pé em lesão que afeta a estética do ser humano, há que ser valorada para fins de indenização, ainda que possa ser deferida englobadamente com o dano moral.
IV. Sucumbentes as partes em parcelas equivalentes, consistente na exata metade dos pedidos formulados, dá-se o decaimento recíproco.
V. Recurso especial conhecido em parte e provido.
(STJ; Quarta Turma; Resp 705457/SP; Data do Julgamento: 02/08/2007; DJ 27.08.2007, p. 260; Relator Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR)

Outrossim, para que seja indenizado o dano estético, é imprescindível a ocorrência de deformidade aparente e aferível de imediato, de modo a causar constrangimento que influencie negativamente na convivência social da vítima. Ademais, a lesão deve ser irreparável e permanente, pois, se passível de correção, subsume-se na indenização por dano material decorrente de cirurgia e/ou tratamentos corretivos.

Da responsabilidade civil no caso concreto

A presente ação busca o ressarcimento dos danos materiais, morais e estéticos sofridos pela autora Erica Pedrão de Brito. Consoante alegado na petição inicial e comprovado pela prova produzida nos autos, a autora sofreu um grave acidente na data de 06.02.2010, quando passava pela sede da FUNAI na cidade de Londrina, sendo que seu veículo foi alvo de apedrejamento por parte de indígenas que se encontravam no local, realizando manifestação contra o Decreto Federal 3056/2010, que determinou a extinção das representações da FUNAI no Estado do Paraná. **Os fatos foram amplamente noticiados pela imprensa (evento1 - OUT40; evento 30 - OUT4, OUT5, OUT6, OUT7 E OUT8).**

A pedrada que sofreu causou-lhe afundamento de crânio, tendo permanecido vários dias internada em Unidade de Terapia Intensiva, e as consequências e sequelas perduram até hoje, pois sua rotina foi severamente alterada e ainda necessita de realizar cirurgias para reparar a calota craniana.

O que se discute nos autos é a conduta alegadamente ilícita dos índios que, com o pretexto de protestar contra o Decreto Federal 3056/2010, que determinou a extinção das representações da FUNAI no Estado do Paraná, acabou por ocasionar os danos referidos na inicial, dos quais a autora pretende ser ressarcida.

In casu, não se trata de responsabilidade objetiva da administração, fundada no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, mas de responsabilidade por fato de terceiro, decorrente de *culpa in vigilando*, sendo que os fatos devem ser interpretados à luz do Código Civil, que disciplina em seu artigo 932, inciso II, a responsabilidade dos tutores sobre atos de seus tutelados.

Neste sentido, *mutatis mutandis*:

ADMINISTRATIVO. INVASÃO DE SILVÍCOLAS. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. AÇÃO ORDINÁRIA. PROCEDÊNCIA PARCIAL. Entendida ilícita a conduta dos indígenas e responsáveis como tutoras a União e a FUNAI, é indiscutível o ressarcimento dos prejuízos experimentados pelos autores. Responsabilidade civil por fato de terceiro, regida pelo CC/16, e não responsabilidade objetiva da administração, fundada no artigo 37, § 6º, da CR/88. Indenização por danos materiais e por danos morais.
(TRF/4ªR, APELREEX 200204010072193, Rel. VALDEMAR CAPELETTI, D.E. 27/10/2008)

A FUNAI, como tutora dos silvícolas, deixou de tomar as cautelas para que fatos como o narrado na inicial não ocorressem. É óbvio que diante da notória revolta dos indígenas contra o Decreto Federal 3056/2010, que determinou a extinção das representações da FUNAI no Estado do Paraná, deveria a ré estar mais atenta para impedir que seus tutelados cometessem atos ilícitos.

Imperioso ressaltar que a ação de reintegração de posse intentada pela FUNAI, autos nº 0000694-17.2010.404.7001, que tramitou neste Juízo, não a exime de responsabilidade, pelo contrário, diante dos comandos taxativos da decisão liminar, proferida pelo Dr. Alexei Alves Ribeiro, caberia à FUNAI redobrar as cautelas para evitar danos, não só ao patrimônio público, mas também aos particulares.

Com feito, restou consignado em referida decisão: ***Ressalvo que esta liminar não impede que os indígenas promovam manifestações em frente ao prédio da FUNAI, contanto que não se impeça o trânsito de servidores e particulares, não haja ameaças à integridade de outrem e não se produzam danos a patrimônio público ou particular***. (evento 30, DECLIM2)

Ora, apesar de ter determinado a reintegração de posse do prédio onde funcionava o escritório da FUNAI em Londrina, o direito de manifestação foi assegurado pelo Juízo, desde que de forma pacífica e ordeira. Portanto, à FUNAI caberia tomar as diligências necessárias para que o direito de protestar de seus tutelados - repise-se, contra a extinção das representações da própria FUNAI no Estado do Paraná-, ocorresse de maneira pacífica.

Era exigível da FUNAI que tomasse todas as medidas necessárias a fim de evitar o bloqueio da via pública e que atos de violência fossem praticados pelos indígenas, não só por meio de seus próprios funcionários, que deveriam controlar os ânimos de seus tutelados, mas também comunicando-se as autoridades policiais e de trânsito competentes de que estava ocorrendo os protestos no local, evitando-se a consumação de danos a terceiros, com base num dever de previsão acurada, de redobrada cautela.

No entanto, nenhuma dessas providências foi adotada pela FUNAI, conforme se aquilata dos depoimentos prestados pelas testemunhas ouvidas em juízo, sob o crivo do contraditório (termo de audiência do evento 59).

Nesse sentido, EUGENIO SILVA NETTO afirmou:

que após uma hora do acidente da autora, o depoente passou no local; que se recorda de uma barricada e de uma manifestação de índios no local; que avistou paus e pedras no local; que quando passou do local desconhecia o acidente da autora; que estava muito escuro no momento e quando avistou a barricada já não deu mais tempo de frear; que ele passou por cima da barricada, estourando seus pneus e batendo o pára-choque; que quando parou o carro foi cercado pelos indígenas; que o depoente tirou a perna para fora do veículo mas foi cercado e seu carro começou a ser atacado; que quando ouviu a batida no para brisas traseiro retornou para dentro do veiculo engatou a primeira e saiu do local, mesmo com os pneus furados; que se dirigiu para casa e ligou para a polícia; que fez boletim de ocorrência; que a polícia militar comentou com o depoente que outras pessoas que passavam no local já haviam sido agredidas, dentre elas a autora*;[...] Dada a palavra ao(à) Procurador(a) do(a) Autor(a), às suas perguntas respondeu:* ***que não havia nenhum tipo de sinalização oficial no local, como cones e cavaletes; que não era possível visualizar pessoas no local, pois estes se encontravam perto de árvores, em um local escuro, na calçada; que é um local com muitas***

árvores e pouca iluminação; que a barricada era feita de paus e pedras; que não era possível visualizar à distância; que não se recorda exatamente onde era o escritório da FUNAI, mas pode afirmar que a manifestação se encontrava uma quadra à frente do estacionamento da Garcia; que apenas viu que os índios portavam pedras e paus, não viu nenhum tipo arma com eles; que no dia seguinte ao acidente ainda havia manifestação no local, mas os carros estavam trafegando normalmente; que no dia seguinte também não havia força policial no local.

Por sua vez, LEILA AUGUSTA THEODORO MILAN respondeu:

que no dia do acidente ela estava junto com a autora em um jantar da turma da faculdade; que o namorado da autora ligou para o namorado da depoente informando do acidente; que foram ao local do acidente depois da ligação; que quando chegaram, o Siate já estava no local e a depoente acompanhou a autora dentro da ambulância até o hospital Evangélico; que ficou no hospital até o namorado da Autora chegar; que quando o namorado da autora chegou ao Hospital a depoente e seu namorado foram embora; que quando passaram pelo local do acidente, na avenida, não havia mais nenhum índio ou policiais; que a autora estava sendo atendida em um posto de gasolina um pouco à frente; que conheceu a autora na faculdade e às vezes faziam trabalhos juntas; que visita continuamente a autora e pode presenciar as dificuldades diárias desta; que a autora tinha independência financeira mas hoje depende do INSS; que quando foi visitar a autora a tia dela que auxiliava; 'que a autora teve a vida interrompida'; que a autora não voltou a estudar, tampouco trabalhar; que a depoente se forma esse ano; que era pra autora se formar junto com ela. *Dada a palavra ao(à) Procurador(a) do(a) Autor(a), às suas perguntas respondeu:* ***que já não havia nenhum tipo de barricada no local do acidente quando a depoente passou por lá; que a autora estava dentro da ambulância e gritava de dor; que não era possível visualizar a extensão dos danos do ferimento devido ao cabelo; que havia muito sangue; que a autora apenas falava o nome do namorado e pedia por ajuda; que a depoente tentou falar com a autora mas esta não estava consciente; que não sabe informar se a autora consegue se manter com o valor recebido do INSS; que tem conhecimento de que a autora tem dificuldades para andar e precisa de ajuda para suas necessidades básicas; que depois do acidente a autora não saiu mais com o pessoal da faculdade; que alguns colegas da faculdade foram visitá-la em sua casa; que é arriscado o contato com pessoas por causada lesão na cabeça.***

Já CLEBER EMANUEL LOURENÇO afirmou:

que na noite do acidente o depoente estava trabalhando na Viação Garcia, que é próxima à manifestação; que é porteiro noturno da viação Garcia; que não presenciou o momento exato do acidente; que os índios estavam fazendo um bloqueio na Av. com pedaços de meio-fio, pedras e paus; que ora eles deixavam carros passarem e ora não deixavam; que em algum momento percebeu que vários índios correram para o local; que não tinha visão clara do acidente, pois sua guarita ficava a 100 mts. do local; que apenas viu o momento que retiraram a autora do local para ser atendida, no posto, pelo Siate; que o protesto já vinha acontecendo, em torno de uma semana; que muitos que passavam durante a madrugada não viam os bloqueios na Av. e passavam por cima; que do local de seu trabalho o depoente visualizava os índios batendo nos carros; que o protesto continuou nos dois dias seguintes; que de manhã do segundo dia ao acidente, um ônibus veio buscar os índios; que o ônibus não tinha nenhuma indicação; que não havia nenhuma fiscalização no local dos protestos, nem polícia, nem CMTU; que não tinha sinalização; que não viu se havia funcionários da FUNAI no local.

Considerando que esta fundação pública não adotou as medidas necessárias para garantir que os indígenas protestassem de maneira pacífica e

ordeira em frente ao seu escritório, contra o fechamento da sua representação, imperativo reconhecer a responsabilidade da FUNAI pelos atos ilícitos causados por seus tutelados.

Registre-se que não se está diante de hipótese de legítima defesa, pois não houve injusta agressão por parte da autora, mas o simples exercício do direito de ir e vir. Mesmo que se cogitasse de injusta agressão, não teria havido, por parte dos índios, o uso moderado dos meios necessários para repeli-la, de maneira que não afastaria a responsabilidade civil.

Não há falar, ademais, que o evento teria decorrido de culpa exclusiva da vítima, pois 'insistiu em passar pela avenida', 'voltando de um 'churrasco em pleno sábado de madrugada', como se o direito de ir e vir fosse condicionado a horários, nem de culpa exclusiva de seu companheiro, que é tão vítima quanto a autora.

O fato dos protestos terem sido noticiados pela mídia não significa que fosse de 'pleno conhecimento de toda a população' e mesmo que fosse de conhecimento da autora, o que não é o caso, como afirmou em seu depoimento pessoal, ela tinha o direito de trafegar pela via pública sem ser covardemente atacada pelos indígenas.

Não incide, destarte, a excludente de responsabilidade prevista no artigos 188, II, 929 e 930, todos do Código Civil. Logo, a responsabilidade da FUNAI nos eventos danos é irrefutável.

Dos danos morais no caso concreto

A falta de cautelas acima indicada acarretou à autora Erica Pedrão de Brito danos morais, havendo, destarte, nexo causal entre a conduta omissiva da FUNAI e o abalo moral suportado pela vítima.

De acordo com o laudo pericial (evento 80):

Em decorrência de tal agressão sofrida pela autora restaram sequelas importantes:

- Distúrbios graves de marcha
- Distúrbios moderados de equilíbrio
- Distúrbios de raciocínio médios
- Afundamento craniano com perda óssea

A autora foi submetida a diversos tratamentos cirúrgicos e reabilitadores e atualmente possui seqüelas funcionais graves e importantes tanto de origem motora como cognitivas. O ***nexo causal*** *é claro, ou seja, os documentos médicos apensados aos autos eletrônicos e citados no item 08 do HISTÓRICO mostram as lesões decorrentes da agressão, o tratamento médico e tem relação perfeita com as cicatrizes e seqüelas ora encontradas.* ***Todas as condutas médicas realizadas foram adequadas e dentro da doutrina. Não há qualquer indício de doença neurológica pré-existente.*** *(negrito no original)*

Com efeito, a dor física e os transtornos suportados pela autora foram de elevado grau. A autora, em um primeiro momento, permaneceu vários dias interna em Unidade de Terapia Intensiva, por conta do afundamento de crânio. Necessitou de realização de cirurgia craniana e já foi tratada cirurgicamente por quatro ocasiões e ainda se encontra em tratamento médico e reabilitação de fisioterapia. Teve seqüelas neurológicas importantes que consistem em perda parcial de movimentos do lado esquerdo do corpo, não possuindo movimentos de mão esquerda com leve atrofia e perda de equilíbrio, sem contar em danos estéticos, que serão sopesados separadamente. Passou a depender de terceiros para realizar movimentos básicos, tendo permanecido acamada por muito tempo. Ademais, a autora tinha uma vida profissional e social que foram interrompidas pelo acidente, tendo que rescindir o contrato com a Faculdade Arthur Thomas, onde frequentava o curso de administração e seu convívio social é limitado, já que a lesão na cabeça a impede de se expor, sob pena de sofrer danos irreversíveis. Atualmente, ainda encontra-se em tratamento médico com acompanhamento com neurocirurgião e tem quatro procedimentos reparadores programados nos próximo meses.

A propósito, segue informação do Perito Judicial (evento 80):

d) Sofrimento físico padecido
Em relação ao quantum doloris (incapacidade temporária), as lesões e seqüelas causaram sofrimento físico em grau importante - grau 6 (escala de 1 a 7), em razão da extensão e do tempo de internamento ou tratamento médico, surgimento de complicações - tempo de recuperarão das lesões, internamento em unidade de terapia intensiva e a realização de procedimentos cirúrgicos múltiplos, tempo de afastamento do trabalho e parcial restabelecimento funcional.

De acordo com o exposto, e o que pôde ser constatado pessoalmente por este magistrado em contato pessoal com a autora, por ocasião da audiência, é evidente que a autora sofreu abalo moral de gravidade considerável, merecedor de qualificação como dano moral.

No que tange à quantificação dos danos morais o Superior Tribunal de Justiça recomenda que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível sócio-econômico do lesado e, ainda, ao porte econômico dos réus, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso (STJ. REsp214.381-MG, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira - DJ 29.11.1999, p. 360; REsp 713228/PB, Relator Min. Jorge Scartezzini, DJ 23.05.05, p. 305).

Tratando-se de danos morais, Luiz Antonio Rizzato Nunes - inspirado na doutrina e na jurisprudência, mas levando principalmente em consideração os princípios constitucionais que garantem a inviolabilidade da dignidade da pessoa humana, além de outros - entende ser possível, para tanto,

fixar alguns parâmetros, a serem levados em consideração (Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 62): a) a natureza específica da ofensa sofrida; b) a intensidade real, concreta, efetiva do sofrimento do ofendido; c) a repercussão da ofensa no meio social em que vive o ofendido e também sua posição social; d) a existência de dolo por parte do ofensor, na prática do ato danoso, e o grau de sua culpa; e) a situação econômica do ofensor; f) a posição social do ofendido; g) a capacidade e a possibilidade real e efetiva de o ofensor voltar a praticar e/ou vir a ser responsabilizado pelo mesmo fato danoso; h) a prática anterior do ofensor relativa ao mesmo fato danoso, ou seja, se ele já cometeu a mesma falha; i) as práticas atenuantes realizadas pelo ofensor visando diminuir a dor do ofendido.

Desse modo, considerando os fatos comprovados nos autos e as circunstâncias do caso concreto, mormente o grau de culpa da ré e a ausência culpa da autora, entendo que é razoável e proporcional conceder a título de dano moral a quantia pleiteada na inicial no importe de **R$ 350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais)**.

Este valor não é excessivo para a ré, e, ao mesmo tempo, parece ser suficiente para uma compensação em favor da autora. Tal valor também não causará nenhum enriquecimento extraordinário à autora.

Referido valor deverá ser pago com correção monetária, a contar da data desta sentença, com base no INPC (Índice Nacional de Preços ao Consumidor), conforme a Tabela da Justiça Federal para débitos judiciais não tributários. Devem incidir, ainda, juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, (Código Civil, arts. 405 e 406), a partir do evento danoso, a teor da Súmula nº 54 do STJ: '*Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual*'.

Dos danos estéticos no caso concreto

Com relação a esse tópico, o perito judicial asseverou (laudo pericial - evento 80):

c) Do dano Estético
A avaliação do dano estético atualmente se baseia em critérios definidos e que levem a transtornos da vida pessoal e individual. A vida de relação se define como a diminuição dos prazeres e que leva a redução das atividades que se praticava nas horas de lazer anteriormente a lesão. A vida afetiva familiar consiste na avaliação do dano dentro da convivência no contexto familiar. A redução ou diminuição em realizar atividades de aprendizagem e de formação também deve ser avaliada quanto ao dano estético. Outro fator de importância é a avaliação da vida sexual.
Os parâmetros de avaliação mais utilizados são: a extensão, e localização das cicatrizes e seus efeitos sobre a personalidade e a idade, sexo e estado anterior. As mãos e as pernas em mulheres são consideradas regiões visíveis e que trazem transtornos pessoais maiores às mulheres.

As cicatrizes descritas no caso específico da autora (fotografia 1-3) caracterizam dano estético, em grau grave (ou em grau 5 de uma escala de 1-5), isto é, são alterações visíveis que alteram a expressividade do sujeito, em virtude da sua extensão e vulto, sendo consideradas vexativas, e que podem inibir a convivência em sociedade. ***Assim as lesões cicatriciais associadas ao quadro de deformidade permanente do membro inferior direito e superior direito, geram na autora um DANO ESTÉTICO DE GRAU GRAVE*** *(sublinhado e negrito no original; notas de rodapé suprimidas)*

Nesse diapasão, resta comprovado que a autora sofreu danos estéticos, porquanto as lesões oriundas do evento danoso são aparentes e prejudiciais ao convívio da autora em sociedade.

Assim, procede a pretensão indenizatória em virtude de danos estéticos sofridos, devidamente comprovados nos autos.

Entendo que é razoável e proporcional conceder a título de danos estéticos a quantia pleiteada na inicial no importe de **R$ 100.000,00 (cem mil reais).** Referido valor deverá ser pago com correção monetária, a contar da data desta sentença, com base no INPC (Índice Nacional de Preços ao Consumidor), conforme a Tabela da Justiça Federal para débitos judiciais não tributários. Devem incidir, ainda, juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, (Código Civil, arts. 405 e 406), a partir do evento danoso, a teor da Súmula nº 54 do STJ: '*Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual*'.

Dos danos materiais no caso concreto

Requerer a autora, também, a condenação da FUNAI ao pagamento de danos materiais e lucros cessantes. Afirma que, após o acidente, a autora foi obrigada a realizar despesas com medicamentos e serviços que atingem a cifra de R$ 1.305,13. Além disso, sustenta que, em decorrência do acidente, parou de trabalhar e receber o seu salário, no valor bruto de R$1.500,00, passando a receber o benefício de auxílio-doença do INSS no valor de R$ 869,00, o que implicou numa redução de R$ 631,00, que deve ser indenizado na proporção da redução mensal, até a que a promovente volte a exercer suas atividades normais.

O pedido, neste ponto, vem assim redigido (evento 10):

'b) seja o pedido ora posto julgado ***PROCEDENTE*** *para condenar o promovido a solver, [...] e* ***R$1.305,13 (mil trezentos e cinco reais e treze centavos); Lucros cessantes, no valor de R$ 631,00 (seiscentos e trinta e um reais) mensais, referente à diferença entre o valor que a promovente recebia na empresa em que trabalhava e o benefício atualmente pago pelo INSS em prazo a ser estimado por esse r. Juízo, levando-se em conta o período em que a promovente ficar afastada do trabalho, a ser pago pelo promovido,*** *valores que deverão ser acrescidos da correção monetária e juros de mora, até a data da sua efetiva liquidação, acaso não solvida a obrigação na expedição da decisão, bem como a recepção do pedido de antecipação de tutela, na forma requerida, para o fito de determinar ao promovido que pague mensalmente a diferença entre o valor que a promovente recebia na empresa em que trabalhava e o valor pago pelo INSS, a título de benefício o qual, conforme já demonstrado, é de* ***R$ 631,00 (seiscentos e trinta e um reais) mensais*** *até o retorno da promovente às suas*

atividades laborais normais, ficando tal antecipação por conta do pedido a título de indenização por lucros cessantes.

c) Requer ainda, no caso da constatação da paralisia permanente da promovente no lado esquerdo do corpo, que a impossibilite de exercer atividades normais, inclusive laborais, seja o promovido compelido a pagar indenização mensal à promovente pelo período de vida útil que a promovente teria em condições normais de saúde, em valor e período a ser arbitrado por esse r. Juízo.

De acordo com laudo do perito judicial (evento 80):

a) Do dano Funcional
A autora apresenta sequelas graves decorrentes da alegada agressão física e que no momento estão consolidadas e estabilizadas sendo improvável evoluções positivas ou melhora significantes.
Como seqüela motora apresenta perda superior a 60% das funções de membro inferior esquerdo e em torno de 50% de membro superior esquerdo, que se associados aos transtornos de calota craniana e cognitivos leves, perfazem uma redução funcional superior a 65% da capacidade genérica do corpo. Isso gera uma debilidade da função do membro inferior esquerdo e membro superior direito.

b) Do dano laborativo
Considerando o dano biológico aferido e a profissão da autora de auxiliar/assistente administrativo, consideramos que a mesma encontra-se ***INCAPAZ DE FORMA TOTAL E PERMANENTE*** *para atividades de trabalho genéricas. Atualmente já é possível verificar que não há chance de recuperação que mude seu 'status' laborativo pelo qual fixamos a DII na data da perícia médica. (sublinhado e negrito no original).*

O STJ tem admitido seja estabelecida pensão mensal vitalícia em favor de pessoa que tiver sido vítima de lesão permanente, se ela tiver ficado impossibilitada de trabalhar ou se o seu valor, como profissional, tiver diminuído em razão do dano (REsp 347.978, DJ de 10.6.2002, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar; REsp 327.718, DJ 12.8.2002, rel. Min. Sálvio de Figueiredo; REsp. 183.508/RJ, DJ 14.10.2002, rel. Min. Sálvio de Figueiredo).

Embora a autora esteja recebendo benefício previdenciário - que, obviamente, não recebia antes do incidente, forte é a jurisprudência do STJ no sentido de que o benefício previdenciário e a pensão civil possuem naturezas e fundamentos distintos (REsp n. 133.527/RJ, 4ª Turma, Rel. Min.Barros Monteiro, unânime, DJ de 24.02.2003 e REsp n. 41.614/SP, 4ª Turma, Rel. Min.Aldir Passarinho Junior, unânime, DJ de 11.12.2000).

Assim, nos termos art. 950 do CC/02, deve a FUNAI pagar à Erica Pedrão de Brito, a título de pensão vitalícia, considerando o valor do salário que percebia à época do acidente (R$ 1.500,00 - evento 1, COMP.15, pg. 4/8; COMP.16), bem como a gravidade do dano e a impossibilidade de reingresso da autora no mercado de trabalho, a quantia de 03 salários mínimos mensais, a contar da data do evento (06.02.2010), até o fim de sua vida.

Destaco que não há ilegalidade na fixação da pensão no valor do salário mínimo, pois o caso dos autos se insere em exceção específica (pensão em decorrência de ato ilícito) sobre a qual já se manifestou o Excelso Supremo Tribunal Federal. Leia-se:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE ACIDENTE DE VEÍCULO. REPARAÇÃO DE GANHOS QUE A VÍTIMA PODERIA AUFERIR. FIXAÇÃO DA PENSÃO COM BASE NO SALARIO MINIMO. ART. 7., INC. IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.
É inaplicável a proibição da vinculação ao salário mínimo, prevista na parte final do art. 7, inc. IV, da Constituição Federal, como base de cálculo e atualização de pensão em ação de indenização por ato ilicito.
Recurso extraordinário não conhecido.
(RE 140940, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/03/1995, DJ 15-09-1995 PP-29513 EMENT VOL-01800-04 PP-00683)

Pelo contrário, recomenda-se a conversão em salários mínimos, servindo como índice para sua correção, em consonância com o enunciado n° 490 da súmula do Supremo Tribunal Federal:

'A pensão correspondente a indenização oriunda de responsabilidade civil deve ser calculada com base no salário-mínimo vigente ao tempo da sentença e ajustar-se-á as variações ulteriores.'

Ressalte-se que a **pensão mensal vitalícia** contempla a indenização relativa a outros **lucros cessantes**.

No que atine aos **danos materiais emergentes,** correspondente ao pedido de ressarcimento das despesas com medicamentos e serviços, os comprovantes e notas fiscais juntados aos autos (evento 01 - COMP19, COMP20, COMP21, COMP22, COMP23, COMP37, COMP 39), comprovam que a autora despendeu a cifra de R$ 1.305,13 (um mil trezentos e cinco reais e treze centavos) a esse respeito, não havendo controvérsia sobre os valores comprovados nos autos, cujo montante deve ser ressarcido pela FUNAI.

A atualização monetária dos referidos danos materiais emergentes deve-se dar desde o respectivo desembolso, com base no INPC (Índice Nacional de Preços ao Consumidor), conforme a Tabela da Justiça Federal para débitos judiciais não tributários, e juros de mora de 1% ao mês.

3. DISPOSITIVO

Ante o exposto, afasto a preliminar, e, no mérito, julgo **PROCEDENTE** o pedido da autora ERICA PEDRÃO DE BRITO para, com base no art. 269, inciso I, do CPC e na fundamentação acima, condenar a ré FUNAI ao pagamento de:

(a) ressarcimento de despesas médicas, no valor de R$ 1.305,13 (um mil trezentos e cinco reais e treze centavos);

(b) pensão vitalícia mensal no valor de 03 salários mínimos, a contar de 06.02.2010, que contempla a indenização relativa aos lucros cessantes, devendo o réu implantar a pensão em folha de pagamento relativamente às prestações futuras;

(c) danos morais, na importância de R$ 350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais);

(d) danos estéticos, na importância de R$ 100.000,00 (cem mil reais).

A correção monetária e os juros seguirão os parâmetros já explicitados na fundamentação.

Da antecipação de tutela

Diante da procedência do pedido resta configurado o fundamento da demanda. O *periculum in mora* decorre dos elevados gastos necessários para compra de medicamentos e demais tratamentos, bem como da diminuição do valor da renda da autora.

Sendo assim, em cognição exauriente, **ANTECIPO OS EFEITOS DA SENTENÇA**, para determinar a ré que, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da intimação desta decisão, passe a pagar a pensão mensal vitalícia à autora Erica Pedrão de Brito, **no valor de 03 salários mínimos**, implantando a pensão em folha de pagamento.

Em caso de descumprimento, incidirá multa diária no valor de R$100,00 (cem reais).

Honorários advocatícios e Custas

Fixo os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) do valor atribuído à condenação, em atenção ao disposto na alínea 'c' do parágrafo 3º e no parágrafo 4º do art. 20 do CPC. Deve ser excluído desta condenação o valor correspondente às parcelas vincendas.

Observe-se, quanto às custas processuais, o disposto no art. 4º, incisos I e II, da Lei nº 9.289/96 - RCJF.

Sentença sujeita ao reexame necessário.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Londrina, 09 de dezembro de 2011.

Revista Eletrônica OAB Joinville
ISSN 2178-8693

Roberto Lima Santos
Juiz Federal Substituto

Documento eletrônico assinado por **Roberto Lima Santos, Juiz Federal Substituto**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico http://www.jfpr.jus.br/gedpro/verifica/verifica.php, mediante o preenchimento do código verificador **5695405v15** e, se solicitado, do código CRC**48FB0B01**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a):	ROBERTO LIMA SANTOS:2457
Nº de Série do Certificado:	10B7694C7A93BF28
Data e Hora:	09/12/2011 13:28:33

Revista Eletrônica OAB Joinville
ISSN 2178-8693

A LITERATURA E O DIREITO: POSSIBILIDADE DE UMA ABORDAGEM TRANSDISCIPLINAR POR MEIO DAS OBRAS "ANTÍGONA", "OS IRMÃOS KARAMÁZOVI" E "O PROCESSO"

VANILDO SELHORST DANIELSKI. Acadêmico do curso de Direito, bolsista de iniciação científica da UNIVILLE.

MSC. MARIA DE LOURDES BELLO ZIMATH. Orientadora, professora do Departamento de Direito da UNIVILLE.

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo apresentar a existência de uma sinergia pouco evidenciada nos estudos das ciências jurídicas, qual seja, a relação entre Direito e Literatura. Parte-se dos pressupostos ditados pelo *Movement Law and Literature* para então extrair, da análise realizada em órbita das obras "Antígona", "Os Irmãos Karamázovi" e "O Processo", os elementos essenciais que iluminam as possibilidades abarcadas pela ligação entre o ramo jurídico e as construções literárias. A metodologia utilizada, de cunho eminentemente bibliográfico, auxilia na percepção sistemática que permeia tal relação. Estabelecendo três eixos de análise que devem nortear os esforços compreensivos das obras literárias, percebendo nelas os traços conducentes à construção de um conhecimento adequado a uma abordagem transdiciplinar – um saber holístico, descompromissado dos padrões rígidos que podem engessar o processo cognitivo -, delimita-se o alcance de tal relação e a maneira pela qual ela pode auxiliar numa nova concepção jurígena acerca da legitimidade das normas e da compreensão do Direito enquanto fenômeno social livremente influenciado. Os resultados apontam para a inequívoca possibilidade de uma leitura jurídica com base nos subsídios literários, de modo a ensejar uma compreensão transdisciplinar que possibilite uma superação dos modelos calcados puramente no legalismo e no positivismo.

Palavras-chave: Direito, Literatura Kafka, Sófocles, Dostoiévski,.

SUMÁRIO

1. Instrudução – 2. Metodologia – 3. O direito e a literatura: elementos sinérgicos identificadores – resultados e discussão – 4. Considerações finais - Referências

1. Introdução

O objetivo que inspira este trabalho é o de apresentar, sucintamente, a possibilidade de uma análise dos fenômenos jurídicos com fulcro nas insuspeitadas possibilidades literárias de que se revestem as obras "Antígona", do grego Sófocles, "Os irmãos Karamázovi", de Dostoiévski, e "O Processo", de Kafka.

Praticamente desapercebida na experiência doutrinária e jurisprudencial brasileira, tal relação parece convenientemente explorada e estimulada pelos adeptos do *Movement Law and Literature*, na cultura jurídica anglo-americana. Este surgiu como uma reação à tradição jurídica de não se utilizar, mesmo que em casos análogos reais, o auxílio de obras literárias para a prolação do *decisum* sobre o caso concreto (SCHWARTZ, 2004). Entretanto, mais que evidenciar a existência teórica, cumpre explorar os instrumentos de que se serve esse liame para gerar mudanças paradigmáticas. As obras dantes citadas são apenas alguns exemplos dentre aqueles que se destacam nessa seara – razão pela qual servem de mote ao presente trabalho. Por meio deles, é possível verificar que a linguagem avulta como fonte de abordagem jurídica que ganha, na ficção, uma via de denúncia e análise social tão profunda e instigante quanto nos mais recomendados tratados filosóficos.

2. Metodologia

De cunho essencialmente teórico, o trabalho desenvolveu-se com base em pesquisas bibliográficas de obras que contém, separada ou conjuntamente, reflexões acerca da teoria geral do direito e da arte literária. Essa preponderância da pesquisa bibliográfica fez-se necessária em decorrência do próprio contexto inerente ao resultado almejado, que pretendia demonstrar os resultados laudatórios que se poderiam auferir em favor do estudioso que se debruçasse sobre o tema proposto.

Na análise dos dados apreendidos, foram utilizados os métodos indutivo e dialético. Por sua natureza, são aqueles que mais poderiam se adequar à essência do trabalho, uma vez que a incipiente produção brasílica sobre o tema suscita a necessidade de se extrair dos dados particulares os critérios necessários para definir o alcance da relação enfocada. Nesse sentido, a dialética revelou-se instrumento essencial para o desenvolvimento de profícua pesquisa e delimitação criteriosa da discussão. O método qualitativo também exerceu papel primordial, ao realizar a aproximação precípua entre o sujeito e o objeto cognoscível. Em suma, a análise qualitativa propicia uma abordagem dialética atuante em nível dos significados e das estruturas, compreendendo-se estas últimas como ações humanas objetivadas e, logo, portadoras de significado.

No mais, a pesquisa teve seu curso viabilizado pela utilização dos utensílios indispensáveis à apreensão dos dados, integrando esse conjunto livros, artigos científicos, revistas jurídicas ou literárias, bem como outros instrumentos destinados à apresentação dos resultados

perseguidos e posteriormente alcançados.

3. O direito e a literatura: elementos sinérgicos identificadores – resultados e discussão

A tradição romano-germânica do direito, a qual influenciou, desde os seus primórdios, o corpo normativo brasileiro, deu inegável preponderância à lei positivada, escrita, criada em conformidade com regras pré-estabelecidas e engendrada pelo Estado, sobre o qual pairou a competência legiferante. O monopólio legislativo estatal, instrumentalizado pela deliberação, delimitação e promulgação das leis, com base em competências rigidamente estabelecidas, ganha sentido a partir da necessidade, propugnada pela corrente positivista, de propiciar a criação de ordenamentos jurídicos marcados pela unidade e completude, a qual, entretanto, dificilmente se consegue em face de problemas insítos ao sistema (CARNELUTTI, 1946).

Nessa esteira, a teoria geral do direito passou a elencar aqueles elementos que serviriam de substrato à produção de normas capazes de gerar efeitos concretos, de modo a garantir a unidade do sistema. Como assevera Norberto Bobbio (2001), fontes do direito são os fatos ou atos dos quais o ordenamento jurídico faz depender a produção de normas jurídicas. Obviamente, a literatura não poderia incluir-se entre as fontes formais imediatas que influenciam a edição do direito vigente. Entretanto, nada obsta que a literatura seja entendida como fonte material de direito, pois conforme afirma Maria Helena Diniz (2009), ao filiar-se à teoria egológica de Carlos Cossio, o jurista deve apreciar tanto as fontes materiais quanto as formais do direito – fontes materias entendidas como elementos indicativos da gênese do direito, os quais podem ser inerentes a fatos políticos, éticos, sociológicos etc.

O direito pode, assim, ser livremente influenciado pela arte literária, desde que a influência desta possa contribuir, de algum modo, para a transformação, aprimoramento ou reestudo daquele. Uma ordem social regulamentada pela operação legiferante não é por ela criada, mas tão somente reconhecida – reconhecimento que se dá em face de indícios sociais que o legislador necessariamente observa, ao elaborar certa legislação. Assim, prever que a literatura pode influenciar diretamente é privilegiar o entendimento de que há elementos inerentes à norma jurídica que lhe atestam a legitimidade, a qual não deve ser investigada, segundo pretendeu Kelsen (1984), como produção normativa pura, desvinculada de influências valorativas.

A discussão orbita, portanto, sobre a possibilidade de uma proficiente interação entre estes dois ramos do saber humano. Afinal, o conhecimento que delimita uma situação puramente

teórica, cuja essência não possui o condão de conduzir algum tipo de mudança nos parâmetros costumeiros, é puramente um sistema estéril. Entretanto, não é o que ocorre nesse caso. A literatura pode exercer um papel relevante na análise jurídica, ampliando o alcance de uma interpretação sociológica que privilegia essencialmente a essência subjacente às normas de direito.

O *movement Law and Literature* logrou, em seus estudos, definir três ramos de abordagem literária-jurídica que deveriam permear a análise de obras que se possam prestar ao estudo concomitante do Direito e da Literatura.

Segundo Morawetz (1996), o direito na literatura englobaria as descrições de advogados e instituições jurídicas nos enredos ficcionais. Advogados, promotores, juízes, processos são alocados dentro de histórias próprias, pondo em relevo o conflito entre ordem e caos, o simbolismo no discurso jurídico. Nesse sentido, a obra "O Processo", de Franz Kafka, pode fornecer importantes subsídios. A acusação que paira sobre o acusado Joseph K., o hermetismo de um processo que fere todos os princípios que norteiam o procedimento penal (princípio da legalidade, do juiz natural, da ampla defesa e do contraditório, da publicidade, da anterioridade da lei penal, dentre outros), e a denúncia de um sistema inquisitivo que fere o livre convencimento motivado resultam em situações e frases destituídas de razoabilidade, descortinando um clima de tensão que envolve o protagonista e lhe tira a ação. A indefinição da situação, e a condenação do protagonista à morte, sem que seja explicitado o seu crime e desvendado o mistério que envolve o seu processo, conduz à conclusão de que, na obra, o Estado de Direito rui de maneira tal que, na verdade, o que se tem é um Estado de Não-Direito (MARTINEZ, 2006).

Morawetz ainda explicita a condição imposta pelo direito como literatura. O direito atuaria sobre histórias, reais ou ficcionais, que chegam ao Estado-juiz por meio de uma petição inicial, sobre as quais, depois de conhecidas as alegações das partes, será prolatado certo julgamento. A descoberta dessa condição, bem como a pluralidade de análises desconstituindo a pura racionalidade do direito, o seu legalismo, privilegiando a concepção pós-moderna, busca o encontro do viés literário em questões eminentemente jurídicas.

E, por fim, descortina-se terceiro eixo, que pode ser designado como o direito da literatura. Nesse caso, a realidade jurídica ínsita aos construtos literários serviria de parâmetro para a reforma do Direito vigente na sociedade. O contexto ficcional apresentaria certa conotação

jurígena que, sistematizada, poderia propiciar instigantes modificações na legislação. Nessa esteira, parece inegável o auxílio das obras "Antígona", de Sófocles, e "Os irmãos Karamazovi", de Dostoiévski. Na primeira, a desobediência de Antígona ao decreto injusto, que ordenara que o corpo de seu irmão ficasse exposto aos abutres, propicia a verificação da existência de um direito natural, subjacente à visão da sociedade, que não deve ser ofendido. Essa é a grande tônica de *Antígona*: expressar a essência do sistema jurídico do povo heleno à época de sua escrita, cujo fulcro era a predominância dos dogmas religiosos. O direito antigo não se respaldava na idéia de justiça, e sim na religião, não havia existência jurídica possível fora do âmbito religioso. A imbricação entre religião e direito era inescapável, e não admitia exclusão de um ou de outro (COULANGES, 2001). Já em "Os Irmãos Karamázovi", o contexto social apresentado na obra – a qual gravita em torno de suposto parricídio e intensa discussão religiosa – reflete, de certa maneira, um esvaziamento ético e uma situação de dificuldades que ensejou a Revolução Russa de 1917. Os personagens lá apresentados carregam certas características da anomia (ausência de normas), o que, segundo Rajer (2008), pode facilitar a compreensão dos fenômenos de desregramento e conflitos éticos evidenciados a partir deles.

Assim, parece tangível a possibilidade de mútuo auxílio entre direito e literatura, desde que analisados ambos com base em parâmetros teóricos capazes de obedecer o rigor metodológico.

4. Considerações finais

Evidenciada a relação que traduz o liame entre os conhecimentos literário e jurídico, é possível verificar que a análise de obras literárias específicas, com base nos estudos do *Movement Law and Literature*, pode propiciar a construção de um saber holístico. A união de tais gêneros pode ensejar efetiva aprimoração do direito vigente, com base no espaço social de construção das normas jurígenas, onde ambos atuam, direta ou indiretamente.

In fine, cumpre destacar o papel que a linguagem tem nessa sinergia. Ela é o veículo, o meio, a condição *sine qua non* que permeia a relação aqui enfocada. Oportunas as palavras de Freitas (2002), as quais elucidam a compreensão da linguagem no prisma discutido: "A linguagem como veículo de sentidos. A linguagem como elemento genético desses sentidos. A linguagem como arte de criação de símbolos, como origem e *terminus* de significados. Nenhuma destas acepções nos poderia ser alheia nesta tentativa de perscrutar as relações entre o mundo

jurídico e a linguagem, num longínquo mas presente horizonte de interdisciplinaridade óbvia, mas nem sempre plenamente assumida, quanto ao Direito".

Referências

BOBBIO, Norberto. Teoria da norma jurídica. Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru, SP: EDIPRO, 2001.

CARNELUTTI, F. *Teoria generale del diritto*. 2ª ed., 1946.

COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. Cap. XI – A lei. p. 206-213. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2001.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, volume 1*: teoria geral do direito civil. 26ª Ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed.. Coimbra: Arménio Amado, 1984.

MARTINEZ, Vinício C.. *Estado de Não-Direito:* a negação do Estado de Direito**.** Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1075, 11 jun. 2006. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/8501>. Acesso em: 11 out. 2010.

MORAWETZ, Thomas. *Law and Literature.* In PATTERSON, Dennis (ed.), *A Companion to Philosophy of Legal and Legal Theory.* Malden: Blackwell, 1996.

RAJER, Franco. *Uma "força anômica" na literatura*. Revista Eutomia Ano I – Nº 01 (283-295), jul. 2008. Disponível em: <http://www.eutomia.com.br/volumes/Ano1-Volume1/literatura-artigos/Franco-Rajer-UNICAMP.pdf.>.Acesso em: 30 out. 2010.

SCHWARTZ, Gerrmano. *Direito e Literatura:* proposições iniciais para uma observação de segundo grau do sistema jurídico. In: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, Ano XXI, nº. 96, dezembro de 2004. Porto Alegre, RS. p. 125-139.