

UMA REFLEXÃO ACERCA DA VIABILIDADE E DA APLICAÇÃO DA IDEIA DO “HOMEM DE DILIGÊNCIA MÉDIA” NAS FUNDAMENTAÇÕES JUDICIAIS

Raphael Fraemam Braga Viana¹; Leônio José Alves da Silva²

¹Estudante do Curso de Direito – CCJ – UFPE; E-mail: raphaelfraemam@hotmail.com,

²Docente/pesquisador do Depto de Teoria Geral do Direito e Direito privado – CCJ – UFPE. E-mail: leonioalves@bol.com.br.

Sumário: Inúmeras decisões judiciais são fundamentadas com base numa analogia fática representada pela ideia de “homem médio”. Para julgar uma demanda, existem vários casos em que um magistrado reconstrói a imagem dos fatos narrados pelas partes e, ao fazê-la, realiza uma comparação entre as ações realizadas pelas partes, dentro do caso concreto, com as prováveis condutas que seriam realizadas pelo “homem de diligência mediana”, numa situação similar. Essa postura está amplamente difundida na jurisprudência brasileira, na doutrina e também em diversos dispositivos do ordenamento jurídico. Assim sendo, esta pesquisa almeja, basicamente, verificar a viabilidade da fundamentação das decisões judiciais que se baseiam na figura do “homem médio” no sentido de averiguar se existe uniformidade de critérios e também para buscar melhores soluções que garantam uma maior justeza das sentenças, bem como segurança jurídica nas demandas judiciais.

Palavras-chave: doutrina; homem médio; jurisprudência; segurança jurídica

INTRODUÇÃO

Inúmeras decisões judiciais são realizadas com base numa analogia fática e determinadas por uma ideia não jurídica, mas social, a ideia de “homem médio” ou “homem de diligência mediana”. Para julgar uma demanda, um juiz precisa reconstruir a imagem dos fatos narrados pelo indivíduo que pleiteia a proteção de seu direito e, ao realizar essa reconstrução, o nobre julgador, em inúmeras hipóteses, termina por realizar uma comparação. A comparação das ações realizadas pelos indivíduos no caso concreto com as prováveis ações que seriam realizadas pelo “homem médio” numa situação idêntica.

Essa ideia do “homem de diligência mediana” não está enraizada apenas na jurisprudência brasileira, ela também está amplamente perpetrada em inúmeras regras normativas. Principalmente nas regras caracterizadas por “cláusulas gerais”, em que é possibilitado ao magistrado analisar mais detidamente o caso concreto e ter uma maior liberdade para decidir levando em conta as peculiaridades do caso.

Essa noção do homem de diligência comum, apesar de amplamente difundida no campo do direito é, inúmeras vezes, interpretada de maneira equivocada. Isto porque ainda existe uma grande dificuldade por parte dos juristas de se chegar a um consenso acerca do que seria o homem médio e quais seriam os seus atos. É necessário questionar se é possível chegar, de fato, a um consenso acerca das atitudes desse sujeito fictício e refletir, portanto, acerca da viabilidade da aplicação e fundamentação de tal conceito nas fundamentações judiciais.

MATERIAIS E MÉTODOS

Os materiais utilizados para elaboração dessa pesquisa consistiram, basicamente, em pesquisas documentais em fontes tradicionais como livros e artigos; em legislações,

selecionando dispositivos do Código Civil, do Código Penal e da Lei das Sociedades Anônimas; em precedentes judiciais colhidos aleatoriamente para entender como está a situação da jurisprudência sobre o tema em mais de um ramo do direito; mas também em fontes informais tais como as entrevistas com acadêmicos do direito, da psicologia e da sociologia com o objetivo de ter uma visão sociológica e psicológica sobre o tema para compará-las com a visão jurídica. Todavia, vale salientar que assim como em todas as outras fontes, essas últimas foram analisadas criticamente quanto a sua relevância para a explanação deste trabalho.

Através da comparação e análise dos dados coletados, almejou-se verificar a viabilidade, as dificuldades e os problemas da fundamentação de decisões judiciais com base na ideia do homem médio. Por se tratar de um conceito aberto e indeterminado que, devido ao seu alto grau de abstração, a utilização do “homem de diligência mediana” dá uma ampla margem de escolha ao magistrado ao utilizá-lo, o que, se não forem tomadas as devidas precauções, pode acarretar em eventuais vícios em decisões judiciais. Após o levantamento de todos os dados em um único conjunto, fez-se um balanço dos principais problemas na utilização desta linha argumentativa e buscou-se encontrar as melhores soluções para saná-los.

RESULTADOS

Através da pesquisa, foi possível verificar, a partir da análise jurisprudencial, que em pouquíssimos casos o magistrado se utiliza da perícia para analisar o comportamento em questão e para dar sustentação à fundamentação da decisão com a ideia de homem médio. A maior parte dos precedentes que se utilizam de perícias são do ramo do direito penal e, mais especificamente, tratam de crimes contra a fé pública. Acerca dos precedentes colhidos que tratam do direito civil e de direito do consumidor, também foi possível perceber que a maioria das hipóteses trata de indenização por danos morais. Também identificou-se precedentes que, numa situação análoga, um se utilizou da perícia e o outro não, bem como precedentes com resultados contraditórios

Acerca da análise doutrinária, percebeu-se que os doutrinadores tendem a se comportar de maneira padronizada quando interpretam determinado dispositivo no ordenamento jurídico que trabalhe com a ideia de homem de diligência média. Além disso, também existiram variações de acordo com o ramo do direito que foi analisado.

Sobre as entrevistas com os acadêmicos da sociologia do direito, psicologia e da sociologia, foi possível aferir diferentes perspectivas a partir de cada uma dessas ciências humanas. Por exemplo, a psicologia possui uma preocupação muito maior com a casuística, diferentemente da sociologia que tem uma tendência de analisar as decisões judiciais levando em consideração também as variáveis que interferiram e interferem na vida do magistrado no momento que ele irá decidir um caso, por fim a sociologia jurídica se mostrou um importante caminho para verificar não só com mais detalhes a situação jurídica acerca da questão da fundamentação do homem médio nas decisões judiciais, mas também para indicar prováveis soluções para uma maior uniformidade e segurança jurídica.

DISCUSSÃO

De acordo com a análise jurisprudencial aqui realizada verificou-se que a fundamentação de decisões judiciais com base no homem médio possui uma fraca sustentação, visto que, na maioria das situações, o magistrado não se utiliza de perícias para analisar o comportamento posto em questão no caso concreto. Isto se torna perigoso ao ponto de que foi possível encontrar decisões conflitantes, com situações semelhantes e resultados opostos. Porém, é bem verdade que a perícia está normalmente presente nos precedentes de direito penal, mais especificamente nas situações de crime contra a fé pública.

Por meio da análise doutrinária, apesar de termos restringido o campo pesquisado apenas aos ramos de direito civil, empresarial e penal, infere-se que os manuais de direito, em sua maioria, não são suficientemente qualificados para tratar de situações acerca do homem mediano. Isto porque, principalmente no campo de direito civil e de direito penal, a doutrina majoritária se utiliza de conceitos rasos e superficiais. Além disso, é incapaz de preparar um jurista para aferir, em uma situação prática, quais seriam os critérios a serem utilizados para detectar o que seria um comportamento que fugiria do “padrão mediano”. O campo empresarial surpreendeu por ser uma exceção, posto que boa parte da doutrina traz exemplos e fundamentos acerca da maneira que poderia ser analisado o comportamento e as tomadas de decisões de um “administrador de diligência mediana”.

Através das entrevistas com acadêmicos da psicologia, sociologia e sociologia jurídica foi possível averiguar que a ideia do “homem médio” é pouco utilizada nos ramos da psicologia e da sociologia, apesar de serem duas ciências que lidam diretamente com comportamentos humanos. Em relação à psicologia, é pacífico que o psicólogo, salvo situações excepcionais, não trabalha com um “padrão universal de comportamento”, mas sim precipuamente com uma análise casuística e considerando o histórico de vida do indivíduo para, apenas dessa maneira, verificar se determinado comportamento em determinada situação, de uma pessoa específica, pode ser considerado “normal” ou não. Sobre a sociologia, conclui-se que normas com uma tendência de abrir mais espaço para interpretações mais variadas e subjetivas, são frutos de uma questão de necessidade e da tradição jurídica brasileira por conta do viés histórico do país. Além disso, a origem do magistrado, a partir das variáveis econômicas, políticas e culturais que interferem em sua vida poderia mudar substancialmente a interpretação dada pelo julgador que se encontra perante uma norma com um grande grau de amplitude e abstração. Logo, não seria possível conceber a figura do homem médio, presente nas decisões judiciais, sem considerar esses fatores, salvo situações excepcionais. Por fim, concluímos que a atuação da sociologia jurídica seria bastante importante dentro desta temática, pois, através dela, seria possível encontrar uma melhor solução para compatibilizar o casuismo das decisões judiciais que se fundamentam no “homem de diligência mediana” e a força que estão ganhando os precedentes judiciais dentro do processo civil.

CONCLUSÕES

Através dessa pesquisa, foi possível inferir que a utilização da figura do homem médio, como um critério para viabilizar a fundamentação de decisões judiciais, é muito subjetiva e está longe de uma uniformização, fato que prejudica e ameaça a segurança jurídica. Embora seja amplamente utilizada em praticamente todas as áreas do direito, percebe-se, na realidade, que o magistrado possui grande liberdade para verificar se determinada conduta se enquadra ou não no “comportamento padrão” esperado do homem de diligência mediana.

Uma das maiores dificuldades deste trabalho foi a grande abrangência do tema e também do campo de pesquisa (análise jurisprudencial, doutrinária e as entrevistas com acadêmicos de outras áreas das ciências humanas). Por conta disto, para a obtenção de melhores resultados, recomendo a continuidade dos estudos deste tema em trabalhos futuros com o campo de pesquisa mais restrito, a exemplo de uma pesquisa especificamente sobre uma análise jurisprudencial da figura do homem médio nos crimes de moeda falsa ou sobre critérios objetivos para analisar as tomadas de decisões de um “administrador de diligência mediana”.

Os resultados e conclusões do estudo são importantes para comprovar que o homem de diligência média, apesar de ser amplamente utilizado pelos juristas, é pouquíssimo estudado e aprofundado em todas as áreas do direito. Isso prejudica a segurança jurídica e

pode colocar em xeque as decisões judiciais que se utilizam desta fundamentação, pelo alto grau de abstração que é dado ao magistrado no momento de decidir.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao CNPq e a UFPE, por terem viabilizado o presente trabalho, bem como ao professor orientador Leônio Alves pela oportunidade de conhecer a pesquisa dentro da graduação.

REFERÊNCIAS

- BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo Ltda., 1953.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto Bitencourt. **Tratado de Direito Penal: parte especial**. vol. 4. São Paulo: Editora Saraiva., 2008.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. vol. 3. São Paulo: Editora Saraiva., 2008.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito Civil: parte geral**. vol. 1. 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. vol. 2. 16 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.
- GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Vol. I. 19 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: parte geral**. vol. I. 10 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.
- GRANT, Carolina. **A manipulação discursiva e a figura do “homem médio” no direito penal**. *Revista de Ciências Penais*, vol. 11. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- JESUS, Damásio de. **Direito Penal: parte especial**. vol. 4. 16 ed. São Paulo: Editora Saraiva 2008.
- LÔBO, Paulo. **Direito Civil: parte geral**. vol. 1. 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.
- MAMEDE, Gladston. **Manual de Direito Empresarial**. 5 ed. São Paulo: Editora Atlas., 2010.
- MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**. 34 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense., 2011.
- MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano da validade**. 11 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. vol. I. 24 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. vol. 3. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais., 2010.
- RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito Empresarial Esquematizado**. 4 ed. São Paulo: Editora Método., 2014.
- REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. vol. II. 29 ed. São Paulo: Editora Saraiva., 2012.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1999.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. vol. I. 11 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.