



ANO 2 - NÚMERO 1 - ABRIL 2017

REVISTA JURÍDICA
DA ESCOLA
SUPERIOR
DE ADVOCACIA
DA OAB-PR





ANO 2 - NÚMERO 1 - ABRIL 2017

REVISTA JURÍDICA
DA ESCOLA
SUPERIOR
DE ADVOCACIA
DA OAB-PR



EXPEDIENTE:

Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR

A Revista Jurídica da Escola Superior da advocacia do Paraná tem por objetivo publicar a produção intelectual doutrinária de interesse prático do Advogado.

Periodicidade: quadrimestral.

Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Paraná

Diretoria OAB/PR – Gestão 2016-2018

Jose Augusto Araújo de Noronha (Presidente)

Airton Martins Molina (Vice-Presidente)

Marilena Indira Winter (Secretária-Geral)

Alexandre Hellender de Quadros (Secretário-Geral Adjunto)

Fabiano Augusto Piazza Baracat (Tesoureiro)

Escola Superior de Advocacia

Graciela I. Marins (Coordenadora Geral da ESA-PR)

Coordenadores Científicos

Fernando Previdi Motta

Graciela I. Marins

Conselho Editorial

Alexandre Barbosa da Silva

Carlos Eduardo Manfredini Hapner

Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk

Claudionor Siqueira Benite

Daniel Ferreira

Eduardo Talamini

João Bosco Lee

José Affonso Dallegrave Neto

Leila Cuellar

Lucia Maria Beloni Correa Dias

Marilena I. Winter

Rafael Munhoz de Mello

Rogéria Dotti

Sandro Gilbert Martins

Editor

Ernani Buchmann

Revisão

Ernani Buchmann, Fernando Previdi Motta e Graciela I. Marins

Diagramação

André Bichels

Endereço postal

Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Paraná

Escola Superior de Advocacia

Rua Brasilino Moura, 253 – Ahú

80.540-340 – Curitiba - Paraná

Distribuição:

Gratuita

Catálogo da Publicação na Fonte
Bibliotecária: Rosilaine Ap. Pereira CRB-9/1448
Ordem dos Advogados do Brasil. Seção do Paraná

R454 Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR / Ordem dos Advogados do Brasil. Seção do Paraná; Escola Superior de Advocacia; Coordenação Científica de Fernando Previdi Motta, Graciela I. Marins -- v.2, n.1 (abr. 2017) -- Curitiba: OABPR, 2017. 412 p.

Quadrimestral

Endereço eletrônico <http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/>

ISSN: 2525-6483 - (Versão eletrônica)

ISSN: 2525-5770 – (Versão impressa)

v.1, n.1 (2016)

1. Direito. 2. Artigos jurídicos. I. Escola Superior de Advocacia (ESA). II. Ordem dos Advogados do Brasil. Seção do Paraná

CDD: 340.05

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito 340

2. Direito – periódicos 340.05

Índice

| | |
|---|------------|
| Palavra do Presidente | 7 |
| Apresentação..... | 9 |
| | |
| Doutrina..... | 12 |
| Ônus da prova à luz do novo CPC..... | 13 |
| José Affonso Dallegrove Neto | |
| O novo paradigma da responsabilização penal da pessoa jurídica por crime ambiental | 47 |
| Roy Reis Friede | |
| Acesso (e descesso) à justiça e assédio processual | 70 |
| Eduardo Cambi & Matheus Gomes Camacho | |
| O momento desafiador da mediação familiar: a audiência. breves recomendações | 106 |
| Waldyr Grisard Filho | |
| Aspectos da medida assecuratória de sequestro no contexto do estado democrático de direito | 129 |
| Dean Fabio Bueno de Almeida | |
| Aspectos gerais da Síndrome de Burnout como acidente de trabalho | 182 |
| Ricardo Antonio Berbetz | |

| | |
|--|------------|
| O sistema penitenciário brasileiro e sua possível privatização..... | 209 |
| Maria Helena Blasius Cwiertnia | |
| A questão médica e a responsabilidade civil pela perda de uma chance | 259 |
| Luciana de Campos Cheres | |
| Responsabilidade civil no setor aéreo: caso fortuito e força maior como excludentes no contrato de transporte aéreo nacional de passageiros | 321 |
| Raphael Guilherme Faria & Fernanda Schaefer Rivabem | |
| Jurisprudência em destaque..... | 374 |
| RE 574.706/PR: Exclusão do ICMS das bases de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e da COFINS..... | 375 |
| Smith Barreni | |

PALAVRA DO PRESIDENTE

Qualidade que se renova

Quando iniciamos a publicação da Revista da ESA Paraná, em 2016, sabíamos estar plantando em campo fértil. Uma revista em formato ‘livro’, com lombada quadrada, trazendo aspectos inovadores da prática e da doutrina do Direito, teria seu lugar como referência a advogados, magistrados e membros do Ministério Público.

Com efeito, as inovações trazidas pela tecnologia, os novos hábitos adquiridos pela população – e os males que eles podem causar –, os conceitos fundamentados na igualdade de gênero e na diversidade sexual, a defesa do cidadão perante o Estado e tantas outras alterações na nossa rotina, ganharam legislação própria. Mais ainda: geraram interpretações originais, alavancaram novos ramos do Direito e formas inéditas de exercer a profissão.

Tão grande foi a repercussão que o Conselho Editorial passou a receber trabalhos de fôlego, abordando diferentes áreas do vasto espectro enfeixado pelo uni-

verso jurídico. A seleção para os artigos e ensaios que comporiam o segundo número já obrigou a Comissão a um amplo debate.

Fato é que já estamos lançando a terceira edição da Revista, com obras assinado por autores de proa na área jurídica, o que garante mais um conteúdo sólido e robusto.

A Revista da ESA é sua, um material de consulta valioso e permanente para a atividade jurídica. É mais um presente da OAB para os advogados e advogadas paranaenses.

José Augusto Araújo de Noronha

Presidente da OAB Paraná

APRESENTAÇÃO

Neste mês de abril de 2017, apresentamos a 3ª edição da Revista Jurídica da Escola Superior da Advocacia da OAB-PR que, assim como ocorre desde o lançamento do primeiro volume, está disponível em versão eletrônica e gratuita, no site da OAB-PR.

O objetivo maior deste projeto continua presente: contribuir para o aprimoramento cultural da classe jurídica. Acreditamos no idealismo da leitura para a construção de cidadãos conscientes e sensíveis às causas da sociedade, em que pesem os desafios contemporâneos desta era.

A Revista Jurídica da Escola Superior da Advocacia da OAB-PR, um periódico totalmente voltado à advocacia, continua nesta 3ª edição com o propósito de disponibilizar doutrina jurídica especializada de interesse prático-teórico do advogado, oferecendo acesso livre ao seu conteúdo para fins acadêmicos, para o magistério jurídico e, especialmente, para o uso profissional do advogado.

Trazemos a nossos leitores, nesta edição, artigos que abordam os clássicos direitos processual civil e processual penal brasileiro, textos que abordam responsabilidade civil e direito do trabalho, além de artigos de notória atualidade, tratando da mediação familiar, da responsabilidade penal da pessoa jurídica por crime ambiental e da grave crise do sistema penitenciário brasileiro. A seção de jurisprudência comentada analisa recentíssima decisão do Supremo Tribunal Federal, em outro caso que revela a necessidade urgente de reforma do sistema tributário brasileiro, que tantas dúvidas e discussões tem causado nas últimas décadas.

Seguindo critério adotado na edição anterior, dentro dos limites de páginas deste periódico, foi conciliada a oferta de artigos escritos por juristas de alto renome, com a oportunidade oferecida a novos juristas de talento, que enviaram seus artigos para publicação em nossa revista. A todos esses profissionais, fazemos um agradecimento especial.

A Coordenação Científica agradece, mais uma vez, a todo o apoio prestado pela Diretoria da OAB-PR, colaboradores da ESA-PR e por aqueles que contribuíram para o êxito desta publicação, inclusive as manifestações de estímulo trazidas pela comunidade jurídica, que com muita deferência comentou as duas primeiras edições da nossa revista.

Esperamos, com esta 3ª edição, continuar contribuindo com todos os advogados e juristas que tenham acesso à revista e, principalmente, que este volume seja um instrumento importante para o aprimoramento profissional e para a reflexão crítica da nobre arte das ciências jurídicas.

Fernando Previdi Motta

Graciela I. Marins

Coordenadores Científicos

DOUTRINA

ÔNUS DA PROVA À LUZ DO NOVO CPC

José Affonso Dallegave Neto

Advogado, Mestre e Doutor pela UFPR; Pós-doutorando pela Universidade de Lisboa (UNL); Professor da ESA - Escola Superior da Advocacia, da Escola Judicial da Magistratura Trabalhista do Paraná, e do Programa de Pós-graduação da PUCPR

1. Direito fundamental de prova

Quando se fala em produção de prova em juízo, está-se referindo à formação do convencimento por parte do juiz acerca da existência de fatos relevantes do processo¹. Não por acaso que o art. 369 do novo CPC² assegura às partes o direito de provar “a verdade dos fatos” em que se funda a pretensão (pedido ou defesa), objetivando “influir eficazmente na convicção do juiz”.

1 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002. v. 3, p. 109.

2 Art. 369 do CPC/2015: *As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.*

Com efeito, o destinatário direto e principal da prova é sempre o julgador. Todavia, as partes também são destinatárias da prova, e assim não apenas quando visam resultados futuros (vg: procedimento judicial prévio ou cautelar), mas como interessadas no reconhecimento jurisprudencial de seus direitos. Pode-se dizer que até mesmo a sociedade é destinatária indireta da prova que levará o (in)deferimento da sua pretensão material. Não por acaso que o Fórum Permanente de Processo Civil, FPPC de Salvador, editou o Enunciado n. 50, assim:

“Os destinatários da prova são aqueles que poderão fazer uso, sejam juízes, partes ou demais interessados, não sendo a única função influir eficazmente na convicção do juiz.”

O tema ganha relevo em tempos de aplicação da nova teoria dos precedentes, introduzida pelo CPC/15, onde a *ratio decidendi* integrará um catálogo disponível para ser utilizado em casos futuros análogos.

A propósito do novo paradigma que busca a *unidade do direito* por intermédio da atribuição de força à jurisprudência uniforme das Cortes de Justiça (TRF, TJ e TRT) e dos precedentes das Cortes Supremas (STF, STJ e TST), cabe observar que novo CPC continua a adotar *técnicas repressivas* para atingir a unidade do direito (a exemplo do recurso extraordinário, recurso de revista, embargos de divergência para SDI) e uniformizar a sua aplicação (a exemplo do recurso ordinário, agravo de instrumento e agravo interno).

A novidade introduzida pelo CPC/15 reside justamente em aliar a tradicional técnica repressiva com o alargamento da função das Cortes Supremas e das Cortes de Justiça. Daniel Mitidiero observa o novo viés adotado pelo CPC/15:

“Nada obstante, o que sobressai da sua leitura é o dever de as Cortes Supremas outorgarem unidade ao direito a fim de que a ordem jurídica passe a ser segura e capaz de prover liberdade e igualdade de todos perante o direito (art. 926), sendo instrumento para tanto o precedente (art. 927). Avulta da sua leitura ainda o dever de as Cortes de Justiça uniformizarem a interpretação de questões relevantes (art. 947) e repetidas (arts. 976 a 987), sendo instrumento para tanto a jurisprudência. Em ambos os casos, precedente e jurisprudência poderão ser objeto de súmulas (art. 926, parágrafos 1º e 2º). Além disso, manteve e ampliou os poderes do relator para estimular a adesão aos precedentes e à jurisprudência (art. 932)”³.

Considerando ser o êxito da produção da prova que levará o reconhecimento da pretensão, a sua importância salta aos olhos. Por tais razões, a prova constitui ao mesmo tempo um direito e uma garantia fundamental decorrente do devido processo legal (*due process of law*), o qual assegura o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF⁴). Com efeito, a produção da prova inde-

3 MITIDIERO, Daniel. Precedentes: Da persuasão à vinculação. SP: Editora Revista dos Tribunais. 2016, pág. 85.

4 Art. 5º, LIV: - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem

pende de requerimento das partes na petição inicial ou contestação⁵. Ao juiz caberá propiciar não só a ciência da prova, mas a manifestação efetiva do *ex-adverso*, sob pena de nulidade processual.

A prova é sempre das alegações dos fatos e não da norma legal, até porque o direito cabe ao juiz conhecer (*iura novit curia*)⁶. Com base no regramento processual e na melhor doutrina sobre o tema, é possível apontar três classes (cumulativas) de fatos sujeitos à prova judicial:

- fatos *controvertidos*, aqueles afirmados por uma parte e contestados especificamente pela outra,

o devido processo legal;

Art. 5º, LV: aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

5 Nesse sentido é a dicção do Art. 852-H, CLT: “Todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento, *ainda que não requeridas previamente*”.

6 Ao julgador cabe conhecer o direito federal, devendo o direito estadual, municipal ou estrangeiro ser provado pela parte interessada nos termos do art. 376 do CPC/15. É verdade que são raros os direitos trabalhistas oriundos de normas que não sejam da União Federal, uma vez que é ela quem detém a competência privativa para legislar sobre direito do trabalho, nos termos do art. 22 da CF. Contudo, é possível em alguns casos especiais que uma norma municipal irradie efeitos sobre o contrato de trabalho. Um exemplo disso é a previsão de feriado previsto em lei municipal para efeitos de RSR ou mesmo, na órbita processual, para efeitos de comprovação de prorrogação de prazo recursal por parte do recorrente interessado. A propósito deste casuísmo, invoque-se a Súmula n. 385 do TST: “Cabe à parte comprovar, quando da interposição do recurso, a existência de feriado local ou de dia útil em que não haja expediente forense, que justifique a prorrogação do prazo recursal”.

dentro da chamada *litiscontestatio*⁷ (arts. 341 e 374 do CPC/15);

- fatos *relevantes* ao deslinde dos pedidos, prescindindo de prova os fatos notórios (art. 374, CPC/15);

- fatos *determinados*, aqueles identificados no tempo e no espaço, não se concebendo prova sobre fatos genéricos, vez que nem mesmo o pedido poderá ser indeterminado (art. 324 do CPC⁸).

O sistema processual pátrio, em matéria de prova, adota o Princípio do Convencimento Motivado nos Autos, também chamado de Princípio da Persuasão Racional. Assim, ao magistrado cabe formar o seu convencimento com esteio nos elementos que constam dos autos, cabendo invocar aqui a parêmia *quod non est in actis nos est in mundo* (o que não consta nos autos não consta no mundo). Aludida premissa restou acolhida pelo Código de Processo Civil anterior (art. 131, CPC/73) e também no atual:

Art. 371, CPC/15: O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que

7 “LITISCONTESTATIO. LIMITES DE SENTENÇA. A *litiscontestatio* é formada pela postulação contida na petição inicial e na defesa, não podendo o Juiz apreciar questão nela não suscitada, ao menos sem violar os arts. 128 e 460, do CPC/73, e, em última medida, o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF/88).” (TRT 5ª R.; RO 84400-21.2009.5.05.0016; Primeira Turma; Relª Desª Marama dos Santos Carneiro; DEJTBA 25.1.2011)

8 Art. 324, CPC/15: O pedido deve ser determinado. § 1º É lícito, porém, formular pedido genérico; I – nas ações universais, se o autor não puder individualizar os bens demandados; II – quando não for possível determinar, desde logo, as consequências do ato ou do fato; III – quando a determinação do objeto ou do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu. § 2º O disposto neste artigo aplica-se à reconvenção.

a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

Conforme se demonstrará a seguir, houve sutil alteração acerca da redução da amplitude do convencimento do julgador na apreciação da prova, a partir do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15).

2. Redução do poder de convencimento do julgador no CPC/15

O sistema processual pátrio, em matéria de prova, adotava o Princípio do Livre Convencimento Motivado nos Autos. Assim, com espeque no art. 131 do CPC/73, ao magistrado caberia formar o seu convencimento, de *forma livre e pessoal*, mas desde que com fundamento nos elementos dos autos.

Com o advento do novo CPC, a redação sofreu alteração, eliminando-se a expressão “livremente” (*apreciará livremente a prova*)⁹. Para boa parte dos juízes e da doutrina nada restou alterado, vez que o livre convencimento motivado remanesce, conforme atestam as regras dos arts. 371 e 372 do CPC/2015, no sentido de que “o juiz apreciará a prova atribuindo-lhe o valor que entender adequado (ora, isso não é livremente?)”, questiona Fernando Gajardoni¹⁰.

9 Art. 131, CPC/73: O juiz apreciará *livremente a prova*, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

10 Nesse sentido escreveu Fernando da Fonseca Gajardoni, professor

Em sentido oposto, outro segmento doutrinário no qual filiamos, sustenta que, ao se retirar do ordenamento processual a expressão “o juiz apreciará *livremente* a prova”, reduziu-se a amplitude do poder de convencimento do julgador. A propósito, Delfino e Lopes, apoiados na doutrina de Lênio Streck, observam com acerto:

‘A verdade é que o “princípio” do livre convencimento motivado não se sustenta em um sistema normativo como o novo CPC, que aposta suas fichas no contraditório como garantia de influência e não surpresa e, por isso, alimenta esforços para se ajustar ao paradigma da intersubjetividade, em que o processo é encarado como um *locus* normativamente condutor de uma comunidade de trabalho na qual todos os sujeitos processuais atuam em viés interdependente e auxiliar, com responsabilidade na construção e efetivação dos provimentos judiciais. O que se quer do juiz não é que se torne *simples estátua na proa do navio* (ou um *robô*), em recuo ao liberalismo processual, mas sim que assuma definitivamente sua *responsabilidade política*. Suas pré-compreensões, seu pensar individual ou sua consciência não interessam aos jurisdicionados. Pertencem a ele e interessam a si próprio e àqueles com quem convive ou que com

de Direito Processual Civil e Arbitragem da FDRP-USP: o autor acrescenta: “Diversamente do almejado por alguns “hermeneutas” do Novo Código, o CPC/2015 não “coisificou” ou “robotizou” o julgador, tolhendo qualquer espaço de liberdade decisória. Além da autonomia na valoração motivada da prova, mesmo em matéria de interpretação do Direito há espaço para a liberdade de convicção”. Fonte: <http://jota.info/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc>

ele pretendam coexistir. A jurisdição tem por escopo resolver conflitos conforme o direito, a surgir da interpretação das leis, dos princípios constitucionais, dos regulamentos e dos precedentes com DNA constitucional¹¹.

De nossa parte, cabe registrar que o problema está em distinguir duas expressões sutis, porém diversas. Uma coisa era a previsão legal para o juiz apreciar *livremente* a prova (art. 131, CPC/73). Até aqui havia liberdade para decisões exageradamente subjetivas como esta prolatada pelo STJ:

“Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim.” (Min. Humberto Barros do STJ)¹².

11 In: *A expulsão do livre convencimento motivado do Novo CPC e os motivos pelos quais a razão está com os hermeneutas*. Fonte: <http://justificando.com/2015/04/13/a-expulsao-do-livre-convencimento-motivado-do-novo-cpc-e-os-motivos-pelos-quais-a-razao-esta-com-os-hermeneutas/>

12 Retirado do artigo, cuja fonte está em <http://justificando.com/2015/04/13/a-expulsao-do-livre-convencimento-motivado-do-novo-cpc-e-os-motivos-pelos-quais-a-razao-esta-com-os-hermeneutas/>

Situação diversa decorre da nova previsão que retirou a expressão “livremente”, reduzindo-se assim o amplo poder discricionário do julgador na valoração da prova. Doravante, o juiz deverá apreciar as provas constantes dos autos e, ao atribuir maior valor a uma em detrimento de outra, fundamentar sua posição com a conjugação de todos os elementos dos autos (§ 3º do art. 489, CPC¹³).

Mencione-se exemplo recorrente do juiz que considera a prova testemunhal do reclamante em detrimento daquela produzida pelo reclamado (ou vice versa). Neste caso, o julgador deverá fundamentar seu convencimento, mas não de forma livre ou por exclusiva convicção pessoal. Caberá, pois, apontar as eventuais fragilidades e contradições da prova que rejeitou em confronto com os demais elementos que prevaleceram em sua convicção pessoal. Vale dizer, não se admite mais a valoração feita por simples subjetivismo do juiz (solipsismo)¹⁴, cabendo aqui a lembrança da célebre expressão de Ben-

com/2015/04/13/a-expulsao-do-livre-convencimento-motivado-do-novo-cpc-e-os-motivos-pelos-quais-a-razao-esta-com-os-hermeneutas/

13 Art. 489, CPC/15: São elementos essenciais da sentença: (...) § 3º^A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

14 Decisões solipsistas, como esta, ofendem a nova ordem processual: *“Inadmissível em nosso sistema jurídico se apresenta a determinação ao julgador para que dê realce a esta ou aquela prova em detrimento de outra. O princípio do livre convencimento motivado apenas reclama do juiz que fundamente sua decisão, em face dos elementos dos autos e do ordenamento jurídico.”* (STJ - RESP nº 400977/PE, 4ª T, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, D.J. 03.06.02).

than: “a arte do processo não é essencialmente outra coisa senão a arte de administrar as provas”¹⁵.

Além da já mencionada máxima *quod non est in actis non est in mundo*, é preciso invocar o princípio do dispositivo, o qual impõe à parte interessada o ônus de provar os fatos alegados. Com efeito, ao autor caberá demonstrar os fatos constitutivos e, ao réu, os impeditivos, modificativos e extintivos do direito em disputa (art. 818 da CLT combinado com o art. 373 do CPC)¹⁶.

3. Distribuição estática e dinâmica do ônus da prova

No terreno das provas produzidas em juízo há uma aparente contradição (antinomia) entre a garantia de imparcialidade do julgador e o princípio de proteção ao empregado. Não se negue que o processo é um instrumento de atuação do direito material. Logo, sendo a pretensão de natureza trabalhista, não há como negar que nela se encontra arraigada a tutela do trabalhador demandante. Por outro lado, ambas as partes têm direito ao chamado juiz natural (art. 5º, XXXVII), o qual pressupõe a imparcialidade do julgador.

Com efeito, pode-se concluir que a proteção ao empregado se espraia no campo processual, tendo como limi-

15 BENTHAN, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*. E. Dumont (org.). Trad: Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: Valletta, 1971, v. 01.

16 Registre-se que pelo novo CPC, esta distribuição estática da lei acerca do ônus da prova pode ser modificada diante de peculiaridades da causa relacionadas à chamada prova diabólica ou impossível, conforme regula os § 1º e 2º do art. 373.

te a imparcialidade do magistrado. Vale dizer: o juiz não poderá ser tendencioso, mas apenas tuitivo no limite da estrita aplicação da lei material e seus princípios. O tratamento formal dispensado pelo magistrado às partes deve ser igualitário (art. 139, I, CPC¹⁷), exceto nas situações em que o próprio legislador conferiu tutela ao demandante hipossuficiente como, por exemplo, nas presunções (Súmula n. 212, TST¹⁸) ou na inversão do ônus da prova (art. 373, § 1º, CPC¹⁹ e Súmula n. 338, TST²⁰).

17 Art. 139, CPC/15: O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento;

18 Súmula n. 212: “O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado”.

19 Art. 373 do CPC/15: O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

20 Súmula n. 338: I — “É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário. II — A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário. III — Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir”.

Sobre este tema, impende transcrever a atenta advertência de Estêvão Mallet que denuncia o anacronismo da concepção de neutralidade do julgador e da noção de igualdade meramente formal que vulnera o pronunciamento jurisdicional efetivo:

“A ideia de dever o PROCESSO PERMANECER NEUTRO (INDIFERENTE À CONDIÇÃO PECULIAR DOS LITIGANTES) NÃO SE SUSTENTA E CONTRASTA COM O RECONHECIMENTO, HOJE PACÍFICO, DA INSUFICIÊNCIA DA IGUALDADE MERAMENTE FORMAL PARA UM PRONUNCIAMENTO JURISDICIONAL EFETIVO E PACIFICADOR COM JUSTIÇA. TODAVIA, AO REVÉS, A LEGISLAÇÃO PROCESSUAL DO TRABALHO BRASILEIRA ACHA-SE AINDA PRESA A TAL CONCEPÇÃO. DISSO RESULTA O AGRAVAMENTO, NO PLANO PROCESSUAL, DAS DESIGUALDADES JÁ EXISTENTES NO PLANO MATERIAL, COM SENSÍVEL DISCRIMINAÇÃO DO LITIGANTE DOTADO DE MENOR CAPACIDADE ECONÔMICA. HÁ QUE SE REFORMULAR TANTO O PENSAMENTO QUANTO A ESTRUTURA DO PROCESSO DO TRABALHO, DE MODO A COMBATER ESSA DISCRIMINAÇÃO, INDESEJÁVEL SOB QUALQUER PRISMA QUE SE QUEIRA ADOTAR. TRATA-SE, NO FUNDO, NÃO DE MERA FACULDADE, MAS DE AUTÊNTICO DEVER IMPOSTO AO LEGISLADOR, COMO RESULTA DO JÁ CITADO ART.

Na mesma toada crítica, no sentido de conciliar os princípios da imparcialidade do juiz e da proteção axiológica do demandante, Julio César Bebber assevera com precisão:

“A imparcialidade que se exige do juiz é objetiva (CPC/73, arts. 134 e 135; CLT, art. 801), e não subjetiva, podendo ser resumida na ausência de interesse particular na causa. Imparcialidade não significa indiferença axiológica, e juiz imparcial não é sinônimo de juiz insensível ou inerte, mas sim, de juiz que dirige o processo sem interesse pessoal. É juiz comprometido com os ideais de justiça; juiz que não se deixa influenciar por fatores estranhos aos seus conhecimentos jurídicos, e dá ao caso o desfecho que corresponde ao que é justo.”²²

Com efeito, ao fixar o *onus probandi*, o magistrado deve ater-se à regra de distribuição prevista no art. 818 da CLT e art. 373 do CPC, sendo do autor o encargo dos fatos constitutivos, e do réu os fatos impeditivos, modificativos e extintivos. Ao perpassar essa regra distributiva, caberá delimitar os já mencionados fatos que não dependem de prova (arts. 341 e 374 do CPC) e o cabimento do princípio da aptidão da prova.

21 MALLETT, Estêvão. Discriminação e processo do trabalho. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (coords.). *Discriminação e processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2000. p. 159.

22 BEBBER, Júlio César. *Princípios do processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997. p. 445. Registre-se que os mencionados artigos 134 e 135 do CPC/73 hoje equivalem aos artigos 144 e 145 do CPC/15, respectivamente.

Segundo Manoel Antônio Teixeira Filho, pelo princípio da aptidão para a prova, competirá ao julgador verificar, em concreto, “quem estava *apto a produzir a prova*, segundo os meios e condições de que realmente dispunha, pouco importando que se trate de prova positiva ou negativa ou de que o interesse fosse desta ou daquela parte”²³.

No processo trabalhista, em se tratando de produção de prova documental, como, por exemplo, a de comprovar o fornecimento de EPI (equipamento de proteção individual), geralmente a aptidão é do empregador que tem o dever de guardar a documentação da empresa, nos termos da legislação vigente, em especial as NRs do TEM (Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho e Emprego).

EPI. ÔNUS DA PROVA. Cabe à empresa demonstrar, não só o fornecimento do equipamento de proteção individual, mas também que sua efetiva utilização ocorreu com a eficiência desejada, ou seja, eliminou o agente de risco ou reduziu seus efeitos a patamares inofensivos. Nesse sentido a Súmula nº 289 do TST. (TRT 5ª R.; RecOrd 0000251-60.2013.5.05.0531; 1ª. Turma; Rel. Des. Edilton Meireles de Oliveira Santos; DEJTBA 27/01/2016)

Diante desses referidos princípios (aptidão da prova e tutela ao demandante hipossuficiente), exsurge importante

23 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *A prova no processo do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 1997. p. 118.

segmento da jurisprudência que pugna, com acerto, pela *inversão do ônus da prova* no campo das ações de indenização por acidente do trabalho:

DOENÇA OCUPACIONAL. ÔNUS DA PROVA DA CULPA. ATRIBUIÇÃO AO EMPREGADOR. **Impossível atribuir-se ao reclamante o ônus da prova referente à culpabilidade do empregador. Não dispõe o trabalhador da aptidão necessária** para produzir a prova nesse sentido, pois é o empregador que dispõe dos meios necessários para demonstrar que não contribuiu para a nocividade do ambiente laboral. Tratando-se de doença profissional é o empregador o único habilitado para demonstrar que todas as medidas de segurança implementadas foram suficientes e adequadas para neutralizar os riscos ambientais respectivos. (TRT 13ª R.; RO 0130613-20.2015.5.13.0027; Segunda Turma; Rel. Des. Wolney de Macedo Cordeiro; DEJTPB 04/11/2016; Pág. 12)

Em igual sentido vem se posicionando o Colendo Tribunal Superior do Trabalho

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. É da reclamada o ônus de provar que adotou as medidas de segurança necessárias à saúde do trabalhador. Trata-se de hipótese em que a regra geral de distribuição do ônus da prova deve ser revista, tendo em vista que uma das partes tem melhores condições de provar em juízo a existência ou inexistência dos fatos controvertidos. Considerando a impossibilidade de o empregado produzir a prova e, em contraparti-

da, a maior aptidão do empregador em produzi-la em razão do poder de direção e de fiscalização da relação de emprego, conclui-se ser deste último o ônus de provar que cumpriu rigorosamente as normas de segurança e medicina do trabalho.” (TST; RR 270376-18.2010.5.05.0000; 3ª. Turma; Rel. Min. Horácio Raymundo de Senna Pires; DEJT 2.9.2011; p. 1129)²⁴

Não se ignore, pois, o já mencionado princípio do positivo que atribui à parte interessada o ônus de provar os fatos alegados (art. 818 da CLT combinado com o art. 373 do CPC/15). Em que pese a força desses argumentos, que consagraram a teoria da distribuição estática do ônus da prova, a moderna concepção de processo atribui poderes mais amplos para o julgador (art. 139, IV e VI, CPC²⁵), mormente para prestigiar a efetividade dos direitos em disputa.

24 Em igual sentido assinale a ementa do TRT da 3ª Região: “ACIDENTE DE TRABALHO TÍPICO. CUMPRIMENTO DAS NORMAS DE SEGURANÇA DO TRABALHO. APTIDÃO PARA A PROVA. Havendo indícios de que os procedimentos adotados na empresa não foram suficientes para resguardar a integridade física do reclamante, compete ao reclamado, que detém maior aptidão para tanto, comprovar a efetiva adoção das medidas de segurança previstas na legislação para elidir a culpa pelo acidente de trabalho típico constatado nos autos”. (TRT 3ª R.; RO 859/2008-145-03-00.7; Relª Juíza Conv. Gisele de Cassia V. Dias Macedo; DJEMG 30.3.2009)

25 Art. 139, CPC/15: O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária; (...) VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;

Com efeito, a distribuição do *onus probandi* deixa de ser rígida e generalizada para se tornar dinâmica, com a possibilidade de inversão do critério legal diante de causas peculiares ou presunções legais, consoante dispõe expressamente o novo Código de Processo Civil:

Art. 373 do CPC/15: O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Assim, pode-se dizer que há três critérios para a distribuição dinâmica do ônus da prova: a) o casuístico: de

acordo com a maior facilidade ou dificuldade da prova (§ 1º); b) o da paridade de armas das partes, desde que não caracterize imposição de *prova diabólica* (§ 2º); c) o da convenção das partes (§ 3º).

Não há dúvida de que as novas regras, previstas nos aludidos parágrafos 1º e 2º, aplicam-se em cheio ao processo do trabalho, não se podendo dizer o mesmo da regra do parágrafo 3º. O próprio TST, ao publicar a Instrução Normativa n. 39 (de 15/03/2016), deixou isso claro em seu art. 3º, VII e art. 2º, VII, respectivamente.

4. Critérios para inversão do onus probandi

A inversão do ônus da prova no processo do trabalho pode ser sistematizada a partir de dois critérios profícuos:

- por presunção²⁶, a exemplo da Súmula 338 do TST²⁷ (que atribui o ônus ao empregador com mais de dez empregados a prova da jornada, implicando presunção *juris*

26 “Presunção é um processo racional do intelecto, pelo qual do conhecimento de um fato infere-se com razoável probabilidade a existência de outro ou o estado de uma pessoa ou coisa”. DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. Vol. III, 2ª Edição. Página 113.

27 **Súmula nº 338 do TST:** I - Ê ônus do empregador que conta com mais de 10 empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário. (...) III - Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir.

tantum de veracidade do horário de trabalho da inicial, no caso de injustificada inércia ou de demonstração por horários uniformes)²⁸;

- por atribuição do juiz: nos casos previstos em lei (vg.. a juntada dos recibos pelo empregador, conforme art. 464 da CLT²⁹) ou em causas peculiares em que o encargo se torna impossível ou excessivamente difícil à parte (a exemplo do demandante hipossuficiente em alegações verossímeis).

O juiz do trabalho deve ter prontidão para inverter o ônus da prova no caso de verossimilhança da alegação do trabalhador, vez que este demandante é, ao mesmo tempo, hipossuficiente, do ponto de vista econômico, e vulnerável do ponto de vista contratual. Observe-se que se trata do mesmo silogismo aplicado aos demandantes consumidores, *ex vi* do art. 6º, VIII, do CDC (Lei 8078/90). Nessa mesma linha dialética assevera Júlio Bebber: “não é lícito

28 Registre-se outro exemplo nessa mesma esteira: “RUPTURA CONTRATUAL. ÔNUS DA PROVA. PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DA RELAÇÃO DE EMPREGO. Ocorre que, diante do princípio da continuidade da relação de emprego, incumbe à empresa o ônus de demonstrar que o término do contrato de trabalho se deu por vontade do trabalhador. Isso porque existe presunção relativa de que o empregado deseja continuar trabalhando, posto que esse é o meio de prover o seu próprio sustento e o da família. Como bem pontuou a sentença, no entanto, não há nos autos nenhuma prova nesse sentido”. (TRT 7ª R.; RO 0000740-66.2014.5.07.0027; Terceira Turma; Rel. Des. Plauto Carneiro Porto; DEJTCE 03/10/2016; Pág. 235)

29 Art. 464 - O pagamento do salário deverá ser efetuado contra recibo, assinado pelo empregado; em se tratando de analfabeto, mediante sua impressão digital, ou, não sendo esta possível, a seu rogo.

ao juiz dizer que há verossimilhança ou que reconhece a hipossuficiência, mas que, mesmo assim, não irá inverter o ônus da prova”³⁰.

Já vimos pela redação do art. 373, § 1º, do CPC, que a decisão de inversão do *onus probandi* há que ser fundamentada. Resta saber em que momento isso deverá ocorrer no processo do trabalho. Para tanto importa distinguir o *direito de produzir a prova* com o chamado ônus da prova. O primeiro, como visto, constitui direito fundamental das partes, enquanto que o *onus probandi* é o “*encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo*”³¹.

Observa-se que ônus é diferente de dever, pois o dever (ao contrário do ônus) há de ser cumprido, sob pena de sanção jurídica. O ônus é mera condição para obter certa vantagem. O dever vincula e obriga; ao passo que a tentativa de desincumbência do ônus é mera faculdade da parte na busca da satisfação de um interesse.

O ônus da prova é do tipo *imperfeito* (ao contrário do ônus de recorrer de uma sentença³²), vez que o encargo

30 BEBBER, Julio César. Provas no novo CPC e o Processo do Trabalho. In: Coleção Repercussões do novo CPC. Vol. 4 – Processo do Trabalho, 2ª edição: Revista, ampliada e atualizada. Autores: Cláudio Brandão e Estêvão Mallet. Salvador: Jus Podium, 2016, pág. 310.

31 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. III, 2ª Edição. Página 71.

32 O ônus de recorrer de uma sentença desfavorável é do tipo *perfeito*,

que lhe é inerente pode ser desincumbido por atos praticados pelo *ex-adverso*. Sendo mais preciso: o autor pode se desincumbir do ônus de provar o fato constitutivo que lhe incumbia por meio da prova produzida pelo próprio réu. Da mesma forma o réu, em relação a um fato extintivo, pode se beneficiar da prova produzida pelo autor. A isso se denomina ônus do tipo imperfeito. Ao juiz caberá apreciar “a prova constante dos autos, *independentemente do sujeito que a tiver promovido*”, consoante redação expressa do art. 371 do CPC.

Feitas essas distinções, cabe identificar qual o momento em que o juiz deverá fixar o encargo probatório de cada parte. Não se negue que a teoria do ônus da prova consiste, a rigor, em normas de julgamento, as quais serão aplicadas no caso de ausência de produção de provas. Com efeito, o julgador irá formar o seu convencimento de acordo com as provas constantes dos autos (art. 371, CPC), independente de quem as produziu³³. Caso ninguém as tenha produzido, o prejuízo recairá à parte que detinha

vez que somente o titular pode dele se desincumbir, sendo vedada a *reformatio in pejus*.

33 O ônus da prova é sempre um “ônus processual imperfeito”, tendo em vista a possibilidade de ele se desincumbir com a prova produzida pela parte *ex-adversa*. A fim de distinguir o conceito de “ônus imperfeito” do de “ônus perfeito”, registre-se que neste (ao contrário daquele) exige-se da própria parte a iniciativa para dele se desincumbir, a exemplo do que acontece com o ônus de recorrer sempre que a parte interessada pretenda a reforma do julgado *a quo*, não podendo, para tanto, beneficiar-se do recurso da parte *ex-adversa* para alcançar tal desiderato, uma vez que ao tribunal não cabe a reforma em prejuízo do próprio recorrente (*non reformatio in pejus*).

o respectivo ônus. Assim, somente quando restar ausente qualquer prova nos autos, ou quando for ela insuficiente, é que o julgador aplicará as regras de distribuição do ônus, indeferindo ou acolhendo o pedido. Diante disso, é comum dizer que a teoria do ônus da prova é antes a *teoria das consequências da prova frustrada*.

Não obstante, a *fixação* do ônus da prova e a possibilidade de sua inversão (art. 373, CPC) constitui regra de procedimento do juiz. Conforme dispõe o art. 357 do CPC, o juiz deve, em *decisão de saneamento e de organização do processo*, definir a distribuição do ônus da prova (inciso III) e delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito (inciso IV). O § 3º, do mesmo art. 357 do CPC, completa dizendo que “se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações”.

Ora, no processo trabalho não existe a figura da *decisão de saneamento* com a mesma formalidade do processo civil. Contudo, aquela conversa entre o juiz e as partes (na verdade com os advogados das partes), antes do início da audiência de instrução, não deixa de ser um ato de saneamento do processo. Com efeito, será neste momento de interlocução que o juiz decidirá, com sucinta fundamentação, acerca da inversão (ou não) do ônus estático da prova, *ex vi* do art. 373 e art. 357, § 3º, ambos do CPC.

Não se olvide a atual feição da teoria geral do processo, introduzida pelo novo CPC (Lei 13.105/15), que prestigia o maior debate democrático na arena processual, impondo ao juiz a observância dos valores e das normas fundamentais da Constituição Federal (art. 1º, CPC)³⁴; do contraditório amplo (art. 10, CPC e art. 5º, LV, CF)³⁵, da colaboração e cooperação dos sujeitos do processo (art. 6º, CPC³⁶), incluindo-se os órgãos judicantes nacionais (art. 67, CPC³⁷) e internacionais (art. 26, CPC³⁸); da possibilidade de chamar para o debate outros entes na qualidade de *amicus curie* (art.

34 Art. 1º CPC/15: O processo civil será *ordenado, disciplinado e interpretado* conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

35 Art. 10, CPC/15: O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Art. 5, LV, CF: aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

36 Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

37 Art. 67. Aos órgãos do Poder Judiciário, estadual ou federal, especializado ou comum, em todas as instâncias e graus de jurisdição, inclusive aos tribunais superiores, incumbe o dever de recíproca cooperação, por meio de seus magistrados e servidores.

38 Art. 26. A cooperação jurídica internacional será regida por tratado de que o Brasil faz parte e observará: I - o respeito às garantias do devido processo legal no Estado requerente; (...IV - a espontaneidade na transmissão de informações a autoridades estrangeiras.

138, CPC³⁹), além de proibir qualquer decisão surpresa (art. 9º, CPC⁴⁰)

Com base nesses critérios objetivos e proficientes, o julgador deverá inverter o ônus da prova sempre que tal procedimento for necessário para atender o escopo de efetividade do processo e dos direitos fundamentais do demandante vulnerável. A propósito, Otávio Constantino apresenta escorreita senda a ser trilhada pelo magistrado:

“Ao nosso ver, a fixação do ônus da prova deve percorrer o seguinte caminho: primeiramente, analisam-se as hipóteses do CPC, que trata dos fatos que não dependem de prova, em especial no que se refere às presunções. Se os fatos não dependem de prova, a questão é encerrada antes mesmo de se cogitar o ônus da prova. Na sequência, verificam-se as questões ligadas ao princípio da aptidão para a prova, o qual estabelece que a prova deverá ser produzida pela parte que se encontra em melhores (ou exclusivas) condições para produzi-la, podendo se manifestar de duas diferentes formas:

39 Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

40 Art. 9º CPC – “Não se proferirá decisão contra uma das partes *sem que ela seja previamente ouvida*”. Registre-se que, por força da IN 39/TST, o art. 9º, do CPC/15, aplica-se ao processo do trabalho, esclarecendo que não se considera *decisão surpresa* a que as partes tinham obrigação de prever, a exemplo das condições da ação, pressupostos processuais e do recurso.

a) pela exibição de documentos e coisas, hipótese em que o empregado poderá se desincumbir de seus fatos constitutivos por meio da prova que se encontra em poder do empregador, enquadrando-se neste conceito a pré-constituição da prova;

b) pela inversão do ônus da prova propriamente dito, ocasião na qual o empregador réu será compelido a produzir prova que ainda não exista.”⁴¹

O Processo do Trabalho é terreno fértil para essa nova tendência de efetividade, seja porque os direitos trabalhistas *sub judice* se enquadram como *direitos sociais e fundamentais*, seja pela liberdade que o legislador conferiu ao magistrado ao editar o art. 765 da CLT:

“Art. 765. Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas.”

Sobre o tema, assinale a atenta observação de Mauro Schiavi:

“Com efeito, há muito o juiz deixou de ser um convidado de pedra na relação jurídica processual. Na moderna teoria geral do processo, ao juiz cabe ze-

41 CONSTANTINO, Otávio Augusto. O ônus da prova no processo do trabalho. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GUNTHER, Luiz Eduardo; POMBO, Sérgio Luiz da Rocha (coords.). *Direito do trabalho: reflexões atuais*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 707.

lar pela dignidade do processo, pela busca da verdade real e por uma ordem jurídica justa.

Isso não significa dizer que o juiz está desconsiderando o princípio do dispositivo, ou as regras do ônus da prova previstas nos artigos da CLT e do CPC, ou ao princípio de igualdade de tratamento às partes, (deveras) está apenas garantindo a dignidade da justiça, da aplicação justa e equânime da lei e uma ordem jurídica justa. O entendimento acima ganha corpo no Direito Processual do Trabalho, que tem o princípio do inquisitivo no que tange à iniciativa probatória do juiz (art. 765 da CLT)⁴².

Observa-se que o TST está sensível a essa tendência reforçada pelo CPC de 2015:

INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DA JORNADA DECLINADA NA INICIAL. **SÚMULA 338, TST.** (...) IV. De todo modo, constata-se que o TRT de origem não violou o preceito normativo invocado pela agravante (artigo 818 da CLT), não apenas porque lhe deu a devida e escorreita aplicação jurídica, sob o prisma do ônus subjetivo da prova, mas, sobretudo, por ter se valido precipuamente do princípio da persuasão racional do juiz, o qual se caracteriza pela liberdade conferida ao magistrado para valorar o conteúdo probatório carreado aos autos, em observância ao artigo 371 do CPC/2015 e sempre nos limites das provas produzidas, valendo salien-

42 SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008. p. 473.

tar que a declaração de inidoneidade dos cartões não se deveu exclusivamente ao fato de eles estarem desordenados, mas por muitos serem ilegíveis ou conterem marcação britânica. (TST; AIRR 0000710-67.2015.5.21.0007; 5ª Turma; Rel. Min. Antônio Barros Levenhagen; DEJT 11/11/2016; Pág. 1433)

A amplitude do poder probatório do magistrado trabalhista ganha relevo quando se está diante de uma ação indenizatória decorrente de acidente, doença, assédio ou qualquer ofensa a um direito de personalidade. É que nessas demandas estão em jogo dois elementos cardeais: um de ordem material, qual seja a efetividade dos direitos fundamentais (art. 5º, X, da CF); outro de ordem processual, qual seja a previsão de arbitramento por parte do julgador (art. 509, I, CPC⁴³)

5. Ônus da prova na responsabilidade contratual

Em se tratando de danos oriundos da responsabilidade civil contratual, o *onus probandi* varia conforme o tipo de inexecução. Assim, quando for incidente sobre obrigação de *resultado*, haverá presunção de culpa do agente, dispensando a prova por parte da vítima⁴⁴. Quando o dano

43 Art. 509, CPC/15: Quando a sentença condenar ao pagamento de quantia ilíquida, proceder-se-á à sua liquidação, a requerimento do credor ou do devedor: I - por arbitramento, quando determinado pela sentença, convencionado pelas partes ou exigido pela natureza do objeto da liquidação; (equivalente ao art. 475-C, II, do CPC/73).

44 Nesse sentido decidiu recentemente o TST: “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO”

decorrer da inexecução de uma obrigação de *meio*, a vítima terá, a rigor, de comprovar o ato culposo do agente.

Ocorre que há certas obrigações patronais de meio que estão catalogadas na lei, a exemplo do art. 157, incisos I a III da CLT:

“Cabe às empresas:

I — cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho;

II — instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais;

III — adotar as medidas que se tornem exigíveis, em virtude das disposições deste Capítulo, determinando as obras e reparos que, em qualquer local de trabalho, se façam necessárias.”

Com efeito, eventual acidente do trabalho decorrente do não cumprimento de normas de segurança e prevenção caracterizará inexecução de obrigação legal e contratual. O ônus da prova será invertido nessas situações, seja pela aplicação do princípio da aptidão para a prova, seja porque a obrigação estava revestida de força legal, seja porque a inexecução contratual importa presunção de culpa do agente.

RAÇÃO. CONDOTA CULPOSA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. Incabíveis os embargos de declaração quando a parte não demonstra nenhum dos vícios previstos nos artigos 897-A da CLT e 1022 do CPC/2015”. (TST; ED-RR 0001326-36.2012.5.03.0011; Quinta Turma; Rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos; DEJT 30/09/16; Pág. 1671)

“Nos termos do art. 389 do CC/02, na responsabilidade contratual, para obter reparação por perdas e danos, o contratante não precisa demonstrar a culpa do inadimplente, bastando a prova de descumprimento do contrato. Dessa forma, nos acidentes de trabalho, cabe ao empregador provar que cumpriu seu dever contratual de preservação da integridade física do empregado, respeitando às normas de segurança e medicina do trabalho. Em outras palavras, fica estabelecida a presunção relativa de culpa do empregador.” (STJ, Resp n. 1.067.738, relatora para o Acórdão: Min. Nancy Andrighi, DJU 25.6.2009)

Nesse sentido é a correta ilação de Raimundo Simão de Melo:

“O empregador, no caso de acidente decorrente de condição insegura, deverá, para se isentar da condenação, comprovar que cumpriu as obrigações contratuais no que diz respeito às normas de segurança e medicina do trabalho, pois na *responsabilidade contratual*, que é o caso, a culpa é presumida, porque há um dever positivo de adimplemento do objeto do contrato.”⁴⁵

Como se vê, em se tratando de obrigações legais em tema de segurança e medicina do trabalho, ainda que enquadradas como *obrigações de meio*, o ônus da prova será invertido, recaindo-o sobre o empregador. Ao empregado (vítima do sinistro) caberá apontar os descumprimentos legais, além

45 MELO, Raimundo Simão de. Responsabilidade objetiva e inversão da prova nos acidentes de trabalho. *Revista LTr*, n. 70-01, p. 29, jan. 2006.

de requerer que o empregador seja intimado a demonstrar em juízo o seu cumprimento. Vale dizer, ao empregado cabe requerer a juntada de documentos relativos a:

- EPIs — Equipamentos de Proteção Individual (previstos na NR-6);
- PPRA — Programa de Prevenção de Riscos Ambientais (previsto na NR-9);
- PCMSO — Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional (NR-7).

Todos os requerimentos deverão ser deferidos sob as cominações do art. 399 do CPC⁴⁶. O empregador, para elidir sua responsabilidade, deverá comprovar que observou o seu dever geral de cautela e que cumpriu integralmente as normas de saúde e segurança.

DOENÇA OCUPACIONAL. (...) a empresa não trouxe aos autos o PPRA e o PCMSO, tampouco o termo de entrega e fiscalização dos EPIs, o que denota violação ao seu dever geral de cautela, por omissão do dever de vigilância, proteção à saúde e à integridade física dos trabalhadores, imposto pelo art. 7º, XXII, da CF/88 e art. 157 da CLT. Presentes o dano (patologia diagnosticada), o nexo de concausalidade (conclusão da perícia) e a culpa (negligência) do empregador, resta configurada sua responsabilidade pela doença ocupacional. (TRT 11ª R.; RO 0001764-65.2015.5.11.0001; 3ª Turma; Rel. Des. José Dantas de Góes; DOJTAM 17/10/2016; Pág. 513).

46 Antigo art. 359 do CPC/73.

José Cairo Júnior corrobora essa inferência ao asseverar que o empregador, para se eximir da responsabilidade, deverá “provar que adotou todas as medidas preventivas estabelecidas pela norma protetiva laboral ou que o evento danoso foi decorrente de culpa exclusiva da vítima”⁴⁷. Em igual sentido caminha a atenta jurisprudência do STJ acerca do tema:

“Em princípio, cuidando-se de acidente de trabalho, *basta ao empregado a prova do nexo causal entre o exercício da atividade laboral e o evento danoso, cabendo ao empregador, em contrapartida, demonstrar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, qual seja, a inexistência de culpa integral sua ou a existência de culpa concorrente da vítima, esta também admitida pela Turma como circunstância eventualmente atenuadora da responsabilidade civil*” (STJ, 4ª T., REsp n. 621.825/MG, Aldir Passarinho Júnior, DJ 12/12/05).

Da mesma forma, a jurisprudência trabalhista vem observando a escorreta distribuição do ônus da prova nas ações indenizatórias:

“ACIDENTE DE TRABALHO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA CONTRA A EMPRESA. Nos acidentes de trabalho, cabe ao empregador comprovar o cumprimento do dever contratual de preservação da integridade física do empregado, respeitando as normas de segurança e medicina do trabalho, estabelecendo-se a presunção relativa de culpa da

47 CAIRO JÚNIOR, José. *O acidente do trabalho e a responsabilidade civil do empregador*. São Paulo: LTr, 2003. p. 88.

empresa (Precedente STJ, Resp 1.067.378-GO). Tratando-se de acidente ocorrido com o trabalhador em atividade de risco, inverte-se o ônus da prova contra a empregadora, a quem incumbe demonstrar de forma concreta a adoção de todas as medidas preventivas contra a ocorrência do acidente, pois nessa hipótese, e pela própria função do trabalhador (eletricista), a culpa empresarial é presumida.” (TRT 24ª R.; RO 69700-45.2009.5.24.0005; 2ª Turma; Rel. Des. Francisco das C. Lima Filho; DEJT-MS 31.08.2010; p. 11).

Por fim, registre-se que o chamado solidarismo constitucional, previsto nos arts. 3º, III, e 170, III, ambos da Constituição Federal, reforça o alargamento dos casos de responsabilidade objetiva, da presunção de culpa e da inversão do ônus da prova.

Referências bibliográficas:

BENTHAN, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*. E. Dumont (org.). Trad: Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: Valletta, 1971, v. 01.

BEBBER, Júlio César. *Princípios do processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997.

BEBBER, Julio César. *Provas no novo CPC e o Processo do Trabalho*. In: Coleção Repercussões do novo CPC. Vol. 4 – Processo do Trabalho, 2ª edição: Revista, ampliada e atualizada. Autores: Cláudio Brandão e Estêvão Mallet. Salvador: Jus Podium, 2016, pág. 310.

CAIRO JÚNIOR, José. *O acidente do trabalho e a responsabilidade civil do empregador*. São Paulo: LTr, 2003.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. Campinas: Bookseller, vol. 3, 2002.

CONSTANTINO, Otávio Augusto. *O ônus da prova no processo do trabalho*. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GUNTHER, Luiz Eduardo; POMBO, Sérgio Luiz da Rocha (coords.). *Direito do trabalho: reflexões atuais*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 707.

DELFINO, Lúcio. LOPES, Ziel Ferreira. *A expulsão do livre convencimento motivado do Novo CPC: por que a razão está com os hermeneutas?* Acesso em 09/12/2016. Fonte: <http://www.luciodelfino.com.br/enviados/201641922535.pdf>

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. III, 2ª Edição. SP: Malheiros, 2002.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Livre convencimento motivado não acabou no novo CPC*. Fonte: <http://jota.info/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc>. Acesso em 09/12/16.

MALLET, Estêvão. *Discriminação e processo do trabalho*. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (coords.). *Discriminação e processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2000.

MELO, Raimundo Simão de. Responsabilidade objetiva e inversão da prova nos acidentes de trabalho. Revista LTr, n. 70-01, p. 29, jan. 2006.

MITIDIERO, Daniel. Precedentes: Da persuasão à vinculação. SP: Editora Revista dos Tribunais. 2016.

SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *A prova no processo do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 1997. p. 118.

O NOVO PARADIGMA DA RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA PESSOA JURÍDICA POR CRIME AMBIENTAL

Roy Reis Friede

Doutor em Direito Político pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil
e-mail: reisfriede@hotmail.com

Resumo: O presente estudo objetiva analisar os contornos de recente e paradigmática decisão proferida por uma das Turmas do Supremo Tribunal Federal sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica (art. 225, § 3º, da CRFB) por crimes contra o meio ambiente e suas implicações. A teoria da dupla imputação, até o momento adotada pelo STJ (e posta em destaque pelo STF), volta a ser debatida visando à efetiva punição de pessoas jurídicas (justamente as que mais degradam o meio ambiente), mas que restam impunes diante do eventual trancamento da ação penal ajuizada em relação aos dirigentes. Tal decisão (relativa ao Recurso Extraordinário nº 548.181/PR) e objeto deste artigo difere da jurisprudência pacificada até então

no STJ, podendo vir a ser um novo paradigma para a matéria a partir de agora.

Palavras-chave: Meio ambiente; Crime ambiental; Responsabilidade penal da pessoa jurídica; Supremo Tribunal Federal.

1. Introdução

O tratamento constitucional concedido à temática ambiental, conforme Prado (2011), é uma tendência exclusiva das constituições contemporâneas, elaboradas com reflexão e consciência, buscando dar respostas à complexa equação entre desenvolvimento e preservação do planeta. Tal consciência, por óbvio, inspirou e inspira não apenas o Legislador, mas, igualmente, o Poder Judiciário quando da apreciação dos frequentes conflitos intersubjetivos relativos à matéria. Milaré (2011, p. 88) afirma que a inserção da temática ambiental na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) configura um marco histórico de indiscutível valor, constituindo-se num dos mais significativos trabalhos da Constituinte.

Tal Carta dedicou um extenso segmento (Capítulo VI - Do Meio Ambiente, Título VIII - Da Ordem Social) inteiramente destinado a assegurar a proteção do meio ambiente, conforme previsão contida no art. 225, em que preceitua o direito de todos os brasileiros ao ambiente ecologicamente equilibrado, considerando-o bem de uso comum do

povo. O mesmo artigo também é enfático ao determinar que cumpre ao poder público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações (BRASIL, 1988).

O art. 225 da CRFB acolheu, nitidamente, o denominado princípio da responsabilidade intergeracional, na medida em que o Constituinte não apenas se preocupou com a preservação do direito ao meio ambiente equilibrado para a geração presente, mas, igualmente, para as futuras. Trata-se de regra reveladora de indiscutível carga ética, uma vez que a Lei Maior, pensando no futuro, determina providências a serem tomadas pelo Poder Público (leia-se, o Estado) já no presente.

Ademais, consagrou-se, no mesmo dispositivo, o princípio do desenvolvimento sustentável, estabelecido pelo “Princípio 4” da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, aprovada pela Conferência das Nações Unidas, realizada em junho de 1992 na cidade de mesmo nome, assim transcrito: “para alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental constituirá parte integrante do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada isoladamente deste” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1992).

Diante desse quadro de tutela constitucional, e sendo o Supremo Tribunal Federal o guardião do Texto Magno, incumbe-lhe conferir àquela que é considerada a principal regra destinada à proteção jurídica do meio ambiente, qual

seja, o art. 225 da CRFB, uma interpretação que garanta tão relevante direito, caracterizado, segundo pacífica posição doutrinária (MUKAI, 2002, p. 6), por sua natureza difusa e de terceira geração.

Nessa linha de raciocínio, Antunes (2011) aduz que a jurisprudência tem um papel relevantíssimo na proteção (sob os aspectos penal, civil, administrativo, etc.) do meio ambiente, pois se trata da aplicação concreta das normas jurídicas. O papel da jurisprudência, ainda seguindo o estudioso, avulta no Direito Ambiental, na medida em que as matérias são decididas na base do caso a caso, pois muito raramente se pode tratar de uma “repetição” de ações ambientais, “visto que as circunstâncias particulares de cada hipótese tendem a não se reproduzir” (ANTUNES, 2011, p. 23). Por outro lado, ainda que a produção legislativa cresça em velocidade exponencial, ela não tem capacidade de dar conta das diferentes situações que surgem no dia a dia, o que revela a importância da jurisprudência ambiental.

Tal relevância diagnosticada por Antunes pode ser constatada a partir do que restou decidido pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do RE nº 548.181/PR (BRASIL, 2013), relatado pela ministra Rosa Weber, *decisum* em que se discutiu, como questão central, a tese do condicionamento da responsabilização penal da pessoa jurídica à simultânea identificação e persecução penal da pessoa física responsável pelo ente moral (teoria da dupla imputação), assunto

que, à luz do art. 225, § 3º, da CRFB, demanda mesmo uma posição da Suprema Corte brasileira.

2. Desenvolvimento

Quanto ao tema sob exame, é preciso anotar que antes do advento da Carta Constitucional de 1988, era pacífico, pelo menos para a doutrina nacional, que o Direito Penal apenas cuidava de comportamentos humanos. Na ocasião, não se concebia qualquer possibilidade de vir a pessoa jurídica figurar como sujeito ativo de condutas delituosas. Atualmente, tendo em vista o disposto no art. 225, § 3º, da CRFB, e mesmo diante da regulamentação estabelecida pela Lei nº 9.605/98, Lei dos Crimes Ambientais, o assunto ainda comporta alguma controvérsia, sobretudo no plano doutrinário, motivo pelo qual entendemos pertinente, como providência inaugural, apresentar os principais argumentos contrários e favoráveis à responsabilização penal da pessoa jurídica por eventual prática de crime ambiental.

Boschi (2006, p. 135), por exemplo, chega a afirmar que o Constituinte, ao construir o art. 225, § 3º, da CRFB, ao que tudo indica, em momento algum pretendeu quebrar o princípio segundo o qual a responsabilidade penal é, essencialmente, inerente à pessoa humana.

Dotti assevera que uma correta interpretação a respeito do art. 225, § 3º, da CRFB permite concluir “que tanto a pessoa física como a jurídica podem responder nas ordens civil, administrativa e tributária pelos seus

atos” (DOTTI, 2001, p. 150); no entanto, segundo o citado autor, a responsabilidade de índole penal continua sendo de natureza humana.

Segundo um dos argumentos esposados pela tese contrária, a impossibilidade de uma pessoa jurídica vir a delinquir (*societas delinquere non potest*) reside no fato de o ente moral não possuir consciência e vontade, sendo ela uma abstração, vale dizer, uma ficção legal (teoria da ficção jurídica), não possuindo, por via de consequência, capacidade de ação (em sentido amplo). Seguindo nessa linha de raciocínio, a corrente contrária invoca, ainda, a vedação constitucional da responsabilidade penal objetiva, ou seja, que inadmita possa alguém vir a ser penalmente responsabilizado sem que tenha atuado dolosa ou culposamente. Assim, tendo em vista a impossibilidade de uma pessoa jurídica agir (ou deixar de agir) com dolo ou culpa, parte da doutrina penalista⁴⁸ rejeita-lhe, mesmo diante do quadro legal estabelecido pela Lei nº 9.605/98, a condição de sujeito ativo de crime ambiental.

Da mesma forma, afirma-se que a pessoa jurídica não possui imputabilidade, isto é, capacidade de entendimento e/ou autodeterminação. Ainda no segmento discordante

48 À guisa de exemplo, cite-se, por todos, a posição de Bitencourt (2011, p. 274-276), contrária à responsabilidade penal da pessoa jurídica: “No Brasil, a obscura previsão do art. 225, § 3º, da Constituição Federal, relativamente ao meio ambiente, tem levado alguns penalistas a sustentarem, equivocadamente, que a Carta Magna consagrou a responsabilidade penal da pessoa jurídica. No entanto, a responsabilidade penal ainda se encontra limitada à responsabilidade subjetiva e individual”.

quanto à responsabilização penal do ente moral, aduz-se que a pena criminal, por ser pessoal, não cumpre qualquer finalidade em relação às pessoas jurídicas.

Assevera-se, outrossim, que o Direito Penal somente deve intervir diante da constatação de que outros ramos do Direito são insuficientes para a proteção do bem jurídico; no caso em foco, o bem ambiental. Enfim, aduz-se que, em se tratando de pessoa jurídica, o Direito Administrativo já possui instrumentos capazes de regular e coibir eventuais danos infligidos ao meio ambiente. Diz-se, ademais, que as sanções penais (previstas nos arts. 21, 22 e 23 da Lei nº 9.605/98⁴⁹) aplicáveis às pessoas jurídicas são, na sua grande maioria, de caráter administrativo, evidenciando a

49 Art. 21. As penas aplicáveis isoladas, cumulativa ou alternativamente às pessoas jurídicas, de acordo com o disposto no art. 3º, são: I - multa; II - restritivas de direitos; III - prestação de serviços à comunidade.

Art. 22. As penas restritivas de direitos da pessoa jurídica são: I - suspensão parcial ou total de atividades; II - interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade; III - proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações.

§ 1º A suspensão de atividades será aplicada quando estas não estiverem obedecendo às disposições legais ou regulamentares, relativas à proteção do meio ambiente.

§ 2º A interdição será aplicada quando o estabelecimento, obra ou atividade estiver funcionando sem a devida autorização, ou em desacordo com a concedida, ou com violação de disposição legal ou regulamentar.

§ 3º A proibição de contratar com o Poder Público e dele obter subsídios, subvenções ou doações não poderá exceder o prazo de dez anos.

Art. 23. A prestação de serviços à comunidade pela pessoa jurídica consistirá em: I - custeio de programas e de projetos ambientais; II - execução de obras de recuperação de áreas degradadas; III - manutenção de espaços públicos; IV - contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas. (BRASIL, 1998).

desnecessidade de se lançar mão do Direito Penal, ramo sabidamente subsidiário.

Não obstante, o segmento doutrinário favorável à responsabilização penal (*societas delinquere potest*) preconiza que as pessoas jurídicas não são mera ficção legal, mas, sim, entes de existência real (teoria da realidade), sendo dotadas, portanto, de capacidade e vontade próprias. Nesse diapasão argumentativo, afirma-se que o princípio da culpabilidade, quando inerente à pessoa jurídica, não apresenta os mesmos contornos exigidos para a pessoa física (culpabilidade individual clássica). Segundo tal ótica, em se tratando de ente moral, a culpabilidade deve ser analisada sob o prisma social. Assim, por exemplo, ao descumprir regras relativas à preservação ambiental, gerando resultados lesivos ao meio ambiente e à sociedade, a culpabilidade social da pessoa jurídica resta configurada, podendo, então, ser criminalmente punida. Logo, de acordo com esse raciocínio, uma indústria química pode vir a ser penalmente responsabilizada por ter poluído um rio, uma vez que a exploração da atividade econômica impõe-lhe a observância dos princípios estabelecidos na Carta Constitucional.

Ademais, argumenta-se que a previsão contida no art. 225, § 3º, da CRFB reflete uma tendência observada nos ordenamentos modernos, qual seja, a extensão da responsabilização penal às pessoas jurídicas, não raro utilizadas como forma de encobrir certas práticas delituosas.

Apesar do debate (ainda) travado no plano doutrinário, a jurisprudência brasileira reconheceu a perfeita aplicabilidade do disposto no art. 225, § 3º, da CRFB, consoante o previsto no art. 3º da Lei nº 9.605/98:

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato. (BRASIL, 1998).

Desdobrando-se o dispositivo legal anterior, nota-se que o legislador ordinário, ao regulamentar o art. 225, § 3º, da CRFB, exigiu, para tanto, dois requisitos, a saber:

a) que a infração penal (ambiental) seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado;

b) que a infração penal (ambiental) seja cometida no interesse ou benefício do ente moral.

O Superior Tribunal de Justiça, interpretando o art. 225, § 3º, da CRFB, c/c art. 3º da Lei nº 9.605/98, firmou a posição retratada no Recurso Especial nº 610.114/RN, Quinta Turma, relator o ministro Gilson Dipp, julgado em 17.11.2005, ora sintetizada:

I. A Lei ambiental, regulamentando preceito constitucional, passou a prever, de forma inequívoca, a possibilidade de penalização criminal das pessoas jurídicas por danos ao meio ambiente. [...]

III. A responsabilização penal da pessoa jurídica pela prática de delitos ambientais advém de uma escolha política, como forma não apenas de punição das condutas lesivas ao meio ambiente, mas como forma mesmo de prevenção geral e especial.

IV. A imputação penal às pessoas jurídicas encontra barreiras na suposta incapacidade de praticarem uma ação de relevância penal, de serem culpáveis e de sofrerem penalidades.

V. Se a pessoa jurídica tem existência própria no ordenamento jurídico e pratica atos no meio social através da atuação de seus administradores, poderá vir a praticar condutas típicas e, portanto, ser passível de responsabilização penal.

VI. A culpabilidade, no conceito moderno, é a responsabilidade social, e a culpabilidade da pessoa jurídica, neste contexto, limita-se à vontade do seu administrador ao agir em seu nome e proveito.

VII. A pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral.

VIII. De qualquer modo, a pessoa jurídica deve ser beneficiária direta ou indiretamente pela conduta praticada por decisão do seu representante legal ou contratual ou de seu órgão colegiado. [...]

X. Não há ofensa ao princípio constitucional de que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado...”, pois é incontroversa a existência de duas pessoas distintas: uma física - que de qualquer forma contribui para a prática do delito - e uma jurídica, cada qual recebendo a punição de forma individualizada, decorrente de sua atividade lesiva. [...]

XIII. A pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral.

XIV. A atuação do colegiado em nome e proveito da pessoa jurídica é a própria vontade da empresa.

XV. A ausência de identificação das pessoas físicas que, atuando em nome e proveito da pessoa jurídica, participaram do evento delituoso, inviabiliza o recebimento da exordial acusatória.

XVI. Recurso desprovido. (BRASIL, 2005).

E tudo caminhava exatamente como estabelecido no julgado acima, parecendo mesmo que a questão encontrava-se absolutamente superada, até que a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, apreciando o Recurso Extraordinário nº 548.181/PR (BRASIL, 2013), relatado pela ministra Rosa Weber, julgado em 6 de agosto de 2013, trouxe à tona a questão (de indiscutível fundo constitucional) relativa à possibilidade de haver (ou não) condenação de uma pessoa jurídica pela prática de delito ambiental, mesmo diante da absolvição da pessoa física detentora de cargo de direção inerente à ela.

Cumprе registrar que o mencionado *case* submetido ao crivo do STF envolve Denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal do Paraná contra a Petrobras (Petróleo Brasileiro S/A), o Sr. Henri Philippe Reichstul (então Presidente da empresa) e o Sr. Luiz Eduardo Valente Moreira (então Superintendente da Refinaria Presidente Getúlio Vargas), tendo em vista a prática, em tese, do crime ambiental (poluição) previsto no art. 54 da Lei nº 9.605/98.

A peça exordial, recebida pela Justiça Federal em agosto de 2001, relata que em meados de julho de 2000 a primeira denunciada (Petrobrás), ao explorar empreendimento de refino de petróleo na Refinaria Presidente Getúlio Vargas, situada no Município de Araucária/Paraná, juntamente com os denunciados Henri Philippe Reichstul e Luiz Eduardo Valente Moreira, teriam causado a poluição dos rios Barigui e Iguaçu (e respectivas áreas ribeirinhas), por meio do vazamento de aproximadamente quatro milhões de litros de óleo cru, provocando, assim, a mortandade de animais terrestres e da fauna ictiológica, bem como a destruição da flora. Segundo a Denúncia do MPF, apesar de terem colocado em risco o meio ambiente pela exploração e gerenciamento de atividade altamente perigosa, os denunciados teriam se omitido quanto às medidas de cautela que deveriam adotar a fim de prevenir ou minimizar os efeitos danosos decorrentes de eventual falha técnica ou humana.

O denunciado Henri Philippe Reichstul, por meio do *habeas corpus* nº 83.554-6/PR, relatado pelo ministro Gil-

mar Mendes, pleiteou o trancamento da ação penal. Em agosto de 2005, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o dito *habeas*, concedeu a ordem, em acórdão assim ementado:

Habeas Corpus. 2. Responsabilidade penal objetiva. 3. Crime ambiental previsto no art. 2º da Lei nº 9.605/98. 4. Evento danoso: vazamento em um oleoduto da Petrobrás 5. Ausência denexo causal. 6. Responsabilidade pelo dano ao meio ambiente não-atribuível diretamente ao dirigente da Petrobrás. 7. Existência de instâncias gerenciais e de operação para fiscalizar o estado de conservação dos 14 mil quilômetros de oleodutos. 8. Não-configuração de relação de causalidade entre o fato imputado e o suposto agente criminoso. 8. Diferenças entre conduta dos dirigentes da empresa e atividades da própria empresa. 9. Problema da assinalagmaticidade em uma sociedade de risco. 10. Impossibilidade de se atribuir ao indivíduo e à pessoa jurídica os mesmos riscos. 11. Habeas Corpus concedido. (BRASIL, 2005).

Em resumo, nota-se, pela ementa acostada, que a Segunda Turma do STF entendeu não estar devida e suficientemente demonstrado o envolvimento do denunciado Henri Philippe Reichstul na prática delituosa denunciada pelo *Parquet* Federal, registrando, ainda, a necessidade de se identificar os limites da responsabilização penal dos dirigentes de pessoas jurídicas em relação a atos praticados sob o manto da pessoa jurídica, tendo em vista não ser possível atribuir ao indivíduo e

ao ente moral os mesmos riscos inerentes à atividade econômica, problemática que, uma vez detectada pelo ministro Gilmar Mendes, certamente inspirou a decisão proferida no bojo do mencionado *habeas*, bem como a elaboração do presente estudo.

O trecho acima (destacado entre aspas) deixa patente o grande problema (de ordem prática) gerado pela adoção da denominada teoria da dupla imputação, tese que, como vimos, ostenta predominância na jurisprudência do STJ. Ora, condicionar a responsabilização penal da pessoa jurídica à da pessoa física esvazia importante instrumento trazido pela Constituição de 1988, enfraquecendo uma regra (o art. 225, § 3º, da CRFB) destinada à proteção de bens jurídicos dotados de notável envergadura constitucional, cuja efetiva tutela demanda uma repressão completamente específica, sem a qual diversos crimes ambientais permanecerão impunes, sobretudo quando ocorrer aquilo que o ministro Gilmar Mendes apontou quando de seu voto.

Ademais, não há como desconsiderar uma realidade: as maiores agressões ao meio ambiente são perpetradas por pessoas jurídicas, vale dizer, por empresas durante a exploração de atividades econômicas, sendo que a responsabilidade dos dirigentes, alicerçada que está na tradicional teoria do delito, nem sempre se revela configurada, tendo em vista, dentre outros aspectos, a complexidade estrutural típica das grandes empresas.

Igualmente objetivando o trancamento da ação penal que tramitava na Justiça Federal do Paraná, a denunciada Petrobrás impetrou Mandado de Segurança junto ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o qual, por sua vez, proferiu acórdão denegatório, o que ensejou a interposição, pela dita empresa, de Recurso Ordinário ao Superior Tribunal de Justiça. A Sexta Turma do STJ, pelo voto condutor do ministro Hamilton Carvalhido, deu provimento ao Recurso Ordinário interposto pelo referido ente moral e, na mesma ocasião, concedeu *habeas corpus* de ofício, trancando a ação penal relativa ao denunciado Luiz Eduardo Valente Moreira. Diante de tal trancamento quanto às pessoas físicas (Henri Philippe Reichstul e Luiz Eduardo Valente Moreira), a dita Corte, consoante jurisprudência por ela pacificada, entendeu que a ação penal não poderia prosseguir somente contra a pessoa jurídica, determinando, assim, idêntico tratamento quanto ao ente moral, evidenciando a sua predileção pela teoria da dupla imputação. Eis a ementa do *decisum* proferido pelo STJ no recurso ordinário em mandado de segurança nº 16.696/PR, julgado em fevereiro de 2006:

1. Admitida a responsabilização penal da pessoa jurídica, por força de sua previsão constitucional, requisita a *actio poenalis*, para a sua possibilidade, a imputação simultânea da pessoa moral e da pessoa física que, mediata ou imediatamente, no exercício de sua qualidade ou atribuição conferida pelo estatuto social, pratique o fato-crime, atendendo-se, assim, ao princípio do *nullum crimen sine actio humana*.

2. Excluída a imputação aos dirigentes responsáveis pelas condutas incriminadas, o trancamento da ação penal, relativamente à pessoa jurídica, é de rigor.
3. Recurso provido. Ordem de habeas corpus concedida de ofício. (BRASIL, 2006).

Irresignado, o Ministério Público Federal interpôs Recurso Extraordinário (RE nº 548.181/PR) junto ao STF, argumentando, em apertada síntese, que a decisão do STJ, “ao condicionar a persecução penal da pessoa jurídica à da pessoa física responsável individualmente pelos fatos, representaria negativa de vigência ao art. 225, § 3º, da Constituição Federal” (BRASIL, 2013), uma vez que o Texto Magno não prevê tal condicionamento. Não obstante a transcrita posição do Superior Tribunal de Justiça, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, por maioria, conhecendo (em parte) do Recurso Extraordinário interposto pelo MPF, deu-lhe provimento e cassou o acórdão proferido no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 16.696/PR. Para tanto, entendeu que condicionar a persecução penal relativa à pessoa jurídica à concomitante descrição e imputação de uma ação humana individual efetivamente viola a regra insculpida no art. 225, § 3º, da CRFB, cujo teor afirma que as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

O presente julgado, conforme se verifica, difere da jurisprudência pacificada até então no STJ, podendo vir a

ser um novo paradigma para a matéria a partir de agora. De qualquer forma, se a questão inerente à da responsabilização penal da pessoa jurídica já era controvertida no seio doutrinário, mais combustível haverá ante o que restou decidido pela Corte Suprema no bojo do recurso extraordinário nº 548.181/PR.

Diante da atmosfera de riscos na qual vivemos, sobretudo gerados pela atividade econômica de grandes empresas, como soe a acontecer com a exploração de petróleo, distorcer o alcance e o sentido da previsão insculpida no art. 225, § 3º, da CRFB, de modo a albergar a constitucionalmente infundada teoria da dupla imputação, não se apresenta como reflexão lúcida, na medida em que é o Direito Penal, como ocorre com todo e qualquer ramo do Direito, que deve se adaptar ao Texto Maior, e não o contrário. Entendemos que uma correta exegese a ser conferida à regra constitucional em tela não permite outra dedução, a não ser aceitar que as responsabilidades de cada pessoa (física ou jurídica) são absolutamente independentes, sendo certo concluir que a punição (sob o prisma penal) do ente moral não se encontra condicionada à de seus dirigentes, sendo constitucionalmente ilógica a denominada teoria da dupla imputação, cujo resultado prático obsta a efetiva punição das pessoas jurídicas, justamente as que mais degradam o meio ambiente, mas que restam impunes diante do eventual trancamento da ação penal ajuizada em relação aos dirigentes, inviabilizando, assim, em última análise, o propósito exteriorizado pelo Constituinte, e escancara-

damente desvirtuado pelo legislador ordinário quando da elaboração do art. 3º da Lei nº 9.605/98.

Para se romper definitivamente com as amarras que impedem a pretendida responsabilização penal das pessoas jurídicas por crime ambiental é necessário trazer o debate novamente à tona, exatamente o que oportunamente fez a ministra Rosa Weber, que não se limitou a repetir julgados já consolidados na seara jurisprudencial, mas, ao contrário, provocou a jurisdição constitucional (plenária) para tão intrigante questão.

Atento à imperiosa necessidade de se discutir a questão inerente à responsabilidade penal, Dias (2001) já assinalava a necessidade de se debater (e construir), dogmaticamente, a questão da responsabilidade penal da pessoa jurídica:

Aceite, ao lado da responsabilidade penal individual (e não necessariamente a ela subordinado), o princípio da responsabilidade penal dos entes coletivos, torna-se todavia necessário e urgente muito mais sobre ele, sobre a sua desimplicação prático-normativa, sobre as suas relações com a responsabilidade individual, sobre as exigências que dele resultarão no plano do direito a construir). (DIAS, 2001, p. 178-179).

Como se vê, a lúcida contribuição do professor de Coimbra aplica-se no momento atual, quando o Supremo Tribunal Federal, por intermédio do Recurso Extraordinário nº 548.181/PR, mergulha fundo na análise da questão

(e suas implicações jurídico-penais). Conforme seus argumentos: “não vale sequer a pena pensar em assinalar ao direito penal a mínima capacidade de contenção dos mega-riscos próprios da sociedade de risco se, do mesmo passo, se persistir em manter o dogma da individualização da responsabilidade penal” (DIAS, 2001, p. 178-179).

3. Conclusão

O presente julgado, conforme se verifica, difere da jurisprudência pacificada até então no STJ, podendo vir a ser um novo paradigma para a matéria a partir de agora. De qualquer forma, se a questão inerente à da responsabilização penal da pessoa jurídica já era controvertida no seio doutrinário, mais combustível haverá ante o que restou decidido pela Corte Suprema no bojo do recurso extraordinário nº 548.181/PR.

O aporte jurisprudencial trazido à reflexão exprime o entendimento de uma das Turmas do Supremo Tribunal Federal sobre a questão inerente à responsabilidade penal da pessoa jurídica (art. 225, § 3º, da CRFB). De tudo que foi dito, não há como negar que a Constituição Federal de 1988 efetivamente previu, no art. 225, § 3º, a responsabilização penal de uma pessoa jurídica por crime contra o meio ambiente, cuja regulamentação veio à lume a partir da Lei nº 9.605/98, não estando esta, por absoluta coerência lógica, condicionada à simultânea responsabilização da pessoa física dirigente daquela.

Tendo em vista a importância conferida ao bem ambiental pela Carta atual, cremos que a efetiva responsabilização penal do ente moral demanda uma nova arquitetura jurídico-penal, esta voltada especificamente para a responsabilização penal da pessoa jurídica, tudo independente daquela pertinente à pessoa física, razão pela qual a teoria da dupla imputação, até o momento adotada pelo STJ (e posta em destaque pelo STF), merece ser revista, posto que não se encontra albergada pela *mens* constitucional.

Referências

ALVES, E. L. Direito ambiental na sociedade de risco: a hora e a vez da ecopedagogia. Revista Direito Ambiental e Sociedade, Caxias do Sul, v. 1, n. 1, p. 73-94, jan./jun. 2011.

ANTUNES, P. de B. Meio ambiente geral e meio ambiente do trabalho: uma visão sistêmica. São Paulo: LTr, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, parte geral. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

BOSCHI, J. A. P. Das penas e seus critérios de aplicação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil, n. 191-A, Brasília, DF, 5 out. 1988, p. 1. Disponível em: <<http://www.planalto>.

gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 abr. 2016.

_____. Congresso Nacional. Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil, Congresso Nacional, Brasília, DF, 13 fev. 1998, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm>. Acesso em: 26 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n. 83.554-6/PR. Segunda Turma, Relator ministro Gilmar Mendes, Brasília, DF, data de decisão 16 ago. 2005, data de publicação 28 out. 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79398>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 548.181/PR. Primeira Turma, Relatora ministra Rosa Weber, Brasília, DF, data de decisão 14 mai. 2013, data de publicação 19 jun. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=402623>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso ordinário em mandado de segurança n. 16.696/PR. Sexta Turma, Relator ministro Hamilton Carvalhido, Brasília, DF, data de decisão 9 fev. 2006, data de publicação 13 mar. 2006. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/>>

Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=2237356&s-Reg=200301136144&sData=20060313&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 26 abr. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 610.114/RN. Quinta Turma, Relator ministro Gilson Dipp, Brasília, DF, data de decisão 17 nov. 2005, data de publicação 19 dez. 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=1791277&sReg=200302100870&sData=20051219&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 26 abr. 2016.

DIAS, J. de F. Temas básicos da doutrina penal. Coimbra: Coimbra, 2001.

DOTTI, R. A. Incapacidade criminal da pessoa jurídica: uma perspectiva do direito brasileiro. In: PRADO, L. R. (Coord.). Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. São Paulo: RT, 2001. p. 141-180.

KISS, A. Os direitos e interesses das gerações futuras e o princípio da precaução. In: VARELLA, M. D. V.; PLATIAU, A. F. B. Princípio da precaução. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 11-23.

MILARÉ, E. A importância dos estudos de impacto ambiental. In: MILARÉ, E.; MACHADO, P. A. L. (Org.). Doutrinas essenciais: direito ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 4, p. 75-90.

MUKAI, T. Direito ambiental sistematizado. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração do rio de janeiro sobre meio ambiente e desenvolvimento. Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2014.

PRADO, L. R. A tutela constitucional do ambiente no Brasil. In: MILARÉ, E.; MACHADO, P. A. L. (Org.). Doutrinas essenciais: direito ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 4, p. 113-123.

SILVA, J. A. da. Direito ambiental constitucional. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

ACESSO (E DESCCESSO) À JUSTIÇA E ASSÉDIO PROCESSUAL

Eduardo Cambi

Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Pavia. Doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e da Universidade Paranaense (UNIPAR). Promotor de Justiça no Estado do Paraná. Assessor da Procuradoria-Geral de Justiça do Paraná. Coordenador do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (CEAF) do Ministério Público do Paraná. Membro colaborador da Comissão de Direitos Fundamentais do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Coordenador Estadual do Movimento Paraná Sem Corrupção. Coordenador Estadual da Comissão de Prevenção e Controle Social da Rede de Controle da Gestão Pública do Paraná. Diretor Financeiro da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná (FEMPAR). Diretor de Pesquisa do Instituto Paranaense de Direito Processual. Foi assessor de Pesquisa e Política Institucional da Se-

cretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça (2012-2014). E-mail: eduardocambi@hotmail.com

Matheus Gomes Camacho

Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Professor nas Faculdades Integradas de Ourinhos (FIO). Advogado. E-mail: matheus_camacho14@hotmail.com

Resumo: Este trabalho tem como objetivo realizar uma análise do assédio processual enquanto mecanismo que impede o acesso e o descesso à justiça. Por intermédio do método indutivo, a partir da realização de revisão bibliográfica, buscou-se evidenciar a relevância e as consequências oriundas do desrespeito aos direitos de acesso e descesso à justiça, notadamente por meio do assédio processual, com vistas a protelar a entrega da prestação jurisdicional requerida, inserindo essa questão no contexto da sociedade brasileira, marcadamente desigual. Constatou-se, com isso, que o desrespeito à garantia fundamental de acesso à justiça implica, de forma reflexa, a negação dos demais direitos fundamentais dos cidadãos, dado seu caráter instrumental. Em decorrência disso, evidenciou-se que a utilização do assédio processual caracteriza abuso do direito de defesa, contribui para a hipertrofia do Judiciário e impede a tutela efetiva, justa e célere dos direitos lesados ou ameaçados.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Descesso à justiça. Assédio processual.

Sumário: 1. Introdução; 2. Acesso à justiça; 3. Descesso à justiça; 4. Assédio processual; 5. Assédio processual e litigância de má-fé: distinções necessárias; Conclusões; Referências bibliográficas.

1. Introdução

O presente artigo visa a demonstrar como o *assédio processual* tem se afigurado como artifício pernicioso ao acesso e ao descesso à justiça.

É certo que o acesso à justiça é uma garantia fundamental (art. 5º, inc. XXXV) de grande relevância, dada a sua característica instrumental, isto é, por meio dela é que os demais direitos, quando violados, serão tutelados.

Com a Constituição Federal de 1988, ampliaram-se as portas do Judiciário, bem como se assegurou a tutela jurisdicional célere, adequada e efetiva.

O assédio processual se situa dentre as formas de violação da garantia de acesso à justiça. Ele se caracteriza pela *utilização abusiva* do direito da ampla defesa e do contraditório, ao se provocar incidentes manifestamente infundados ou utilizar recursos claramente incabíveis, com o escopo de causar prejuízo à parte adversária, postergando a prestação jurisdicional.

O presente texto procura responder a duas perguntas: 1) Qual a relevância do acesso e descesso à justiça?; 2) Como assédio processual pode obstruir o acesso a uma ordem juridicamente justa?

Tendo essas indagações como base, por intermédio do método dedutivo – partindo de uma revisão bibliográfica sobre o tema – dividiu-se o tema em três eixos. O primeiro deles descreverá o acesso à justiça. O segundo explicitará o descesso à justiça e quais os seus óbices. Por derradeiro, evidenciar-se-á como o assédio processual obstrui a garantia de acesso e descesso à justiça.

2. Acesso à justiça

A garantia constitucional de acesso à justiça está atrelada a construção de mecanismos processuais de efetivação da prestação jurisdicional.

Em uma sociedade marcadamente desigual, como a brasileira, a busca pela efetivação dos direitos fundamentais passa, necessariamente, pela configuração da atuação do Poder Judiciário⁵⁰.

Porém, garantir acesso à justiça é mais amplo que assegurar a necessária intervenção do Poder Judiciário. Conferir aos cidadãos ação para que o Estado-juíz solucione o conflito é apenas uma das técnicas processuais abarcadas

50 LEDESMA, Mário Álvarez. Acceso a la justicia. In: *Revista Urbe at ius*. Ciudad del Mexico, v. 01, n. 13, 2014, p. 8.

pelo artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

O acesso à justiça abrange não só o ingresso *efetivo* ao Judiciário e a entrega de uma qualquer prestação jurisdicional, mas que a resposta seja célere, adequada e efetiva. Também outras formas de solução do litígio, por intermédio de meios alternativos de resolução de conflitos, como a mediação, a conciliação e a justiça restaurativa.

Por tudo isso, o acesso à justiça deve ser concebido como requisito fundamental — o mais básico dos direitos humanos — de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos⁵¹.

Entretanto, ainda que se afirme que o acesso à justiça é uma garantia social básica das sociedades contemporâneas, não se pode olvidar que a completa *igualdade de oportunidades processuais* para todos os litigantes é utópica⁵², pois há diferenças entre as partes que jamais poderão se completamente erradicadas pelo Estado-Juiz. Com efeito, a questão do efetivo acesso à justiça deve se limitar à supressão dos obstáculos indispensáveis à concretização de um processo ético e justo.

A efetividade processual está relacionada com a paridade de armas e o respeito ao devido processo legal, assegurando às partes as mesmas oportunidades de serem

51 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad.: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 5.

52 Idem, p. 6.

ouvidas e de produzirem todas as provas necessárias para influenciar no convencimento judicial.

Desse modo, o acesso à justiça é uma medida assecutoratória dos direitos, já que não basta reconhecê-los e declará-los, sem poder efetivamente garanti-los⁵³.

Entretanto, a concepção do acesso à justiça passou por significativas alterações históricas. Entre os séculos XVIII e XIX, em uma sociedade marcadamente liberal, o acesso à justiça era tido como um direito natural, que prescindia de qualquer atitude ativa do Estado. Acesso à justiça se substanciava em mero direito formal – e não material – de se recorrer ao Judiciário. O Estado mostrava-se passivo quanto à criação de meios para implementação da justiça e para a construção de uma sociedade igualitária, pois os obstáculos econômicos, sociais e culturais não eram considerados na construção de políticas judiciárias integradas, voltadas especialmente à população mais carente. Assim, no sistema do “laissez faire”, a justiça, como outros bens, somente podia ser obtida por aqueles que pudessem arcar com seus custos⁵⁴.

O acesso à justiça se restringia a um mecanismo meramente formal e o Estado permanecia passivo em relação a não efetivação de tal garantia que, por via oblíqua, impedia a concretização dos demais direitos fundamentais violados.

Tal concepção da garantia do acesso à justiça ainda

53 BATISTA, Keila Rodrigues. *Acesso à Justiça: Instrumentos viabilizados*. São Paulo: Letras jurídicas, 2010. p. 26.

54 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Op. cit. p. 4.

provoca a ausência de políticas públicas eficientes para a promoção da assistência jurídica integral, mesmo em países economicamente mais ricos, como são os Estados Unidos⁵⁵.

Todavia, a isonomia meramente formal foi mitigada pelo Estado Social, pós-revolução industrial, para diminuir os abismos sociais existentes. Novos direitos foram criados para tutelar situações jurídicas específicas, com a finalidade de proteção diferenciada de consumidores, locatários, empregados, e determinadas minorias. Nesse contexto, a garantia de acesso efetivo à justiça assumiu enorme relevância na tutela dos direitos fundamentais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido na ausência de mecanismos para sua reivindicação⁵⁶.

No Brasil, a luta pela efetivação da garantia do acesso à justiça foi impulsionada pela filosofia do Estado de Bem Estar Social da segunda metade do século passado. Assim, a Constituição Federal de 1988 ao assegurar expressamente o acesso à justiça e a duração razoável do processo, em

55 *“Equal justice under law” is one of America’s most firmly embedded and widely venerated legal principles. It embellishes courthouses entries, ceremonial occasions, and occasionally even constitutional decisions. But it comes nowhere close to describing the justice system in practice. Millions of Americans lack any access to the system, let alone equal access. An estimated four-fifths of the civil legal needs of poor, and the needs of an estimated two – to three - fifths of middle-income individuals, remain unmet. [...] Unlike most other industrialized nations, the United States recognizes no right to legal assistance for civil matters”* (RHODE, Deborah L. Access to justice. In: *Fordham Law Review*. New York, v. 69, n. 05, abr., 2001. p. 1785-1788).

56 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Op. cit. p. 4-5.

seu artigo 5º, incisos XXXV e LXXVIII, representou uma conquista histórica. Basta mencionar que o Ato Institucional nº 5, que, em seu artigo 11, afirmava: “*Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos*”. Logo, todos os atos praticados pelos militares, durante a ditadura, estavam excluídos da apreciação judicial, suprimindo não só o acesso à justiça em si, mas a concretização de todos os demais direitos fundamentais.

Lembre-se, ainda, que, no Brasil, a primeira constituição republicana consagrava a tripartição dos poderes, deixando sob o crivo do Judiciário a pacificação dos conflitos pelo monopólio da jurisdição. Porém, foi somente com a Constituição de 1946 que houve o amplo acesso ao Poder Judiciário (“*A lei não poderá excluir do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual*”; art. 141, parágrafo 4º), texto que foi reproduzido no artigo 150, parágrafo 4º, da Constituição de 1967⁵⁷.

De qualquer forma, a Constituição Federal de 1988, considerada como Constituição cidadã, emerge para coibir os abusos perpetrados durante o regime militar e assegurar cidadania e dignidade aos brasileiros, asseverando a neces-

57 MARTINS, Daniela Dias Graciotto. O acesso à justiça frente às crises do direito e da administração da justiça e do juiz. In: *Acesso à justiça: uma perspectiva da democratização da administração da justiça nas dimensões social, política e econômica*. Coord. Dirceu Pereira Siqueira e Flávio Luís Oliveira. Birigui: Editora Boreal, 2012. p. 91.

cidade do acesso à justiça para tutela dos demais direitos nela consagrados.

Deve ser ressaltada a característica instrumental da garantia constitucional do acesso à justiça, isto é, por meio dela os demais direitos fundamentais são protegidos e efetivados.

Com isso, promove-se a cidadania, inclusive como um direito que todos têm de viver dignamente na sociedade. O acesso à Justiça compreende a cidadania, pois quando um cidadão se depara com qualquer lesão ou ameaça ao direito que de certa forma está sendo impelido, a Constituição assegura meios de provocar o Estado para a busca do efetivo direito violado⁵⁸.

Para que o artigo 5º, incs. XXXV e LXXVIII, da CF sejam efetivados é preciso superar os obstáculos ao efetivo acesso à justiça brasileira, que incluiu, dentre outros desafios, a promoção da assistência judiciária aos mais vulneráveis, a simplificação da litigiosidade de massas, com a criação de estratégias nacionais de prevenção e de redução de conflitos⁵⁹, a disseminação de técnicas processuais coletivas, o estímulo à cultura da autocomposição, a otimização dos recursos humanos pelos Tribunais, a adoção de um processo eletrônico unificado para todo o país, a contenção do número de faculdades de direito e a redefinição do papel dos advogados.

58 BATISTA, Keila Rodrigues. Op. cit. p. 44-45.

59 CAMBI, Eduardo; PEREIRA, Fabricio Fracaroli. Estratégia nacional de prevenção e de redução de litígios. *Revista de processo*, vol. 237, nov./2014, p. 435-457.

Também é fundamental reconhecer que o processo é um mero instrumento de promoção dos direitos materiais, bem como deve se adequar com a previsão de técnicas processuais diferenciadas às necessidades desses direitos. Por isso, há de se combater o formalismo excessivo, que alonga distâncias, cria voltas desnecessárias e retarda a aplicação do direito⁶⁰. O excesso de formalidade é um dos fatores responsáveis pela morosidade da prestação jurisdicional, uma vez que estimula formas de atuação irresponsáveis e antiéticas, que protelam a tutela adequada aos direitos violados ou ameaçados.

Quanto à duração razoável, o processo não deve demorar mais que o estritamente necessário para se alcançar os resultados justos, mas deve demorar todo tempo necessário para que tal resultado possa ser alcançado⁶¹.

O devido processo legal desenvolvido em prazo razoável garante não apenas o acesso ao Poder Judiciário, mas principalmente um processo civil de resultados capaz de conduzir ao descesso à justiça.

60 SOUZA, Gelson Amaro. Tutela jurídica e deformalização do processo. Disponível em: < http://www.lex.com.br/doutrina_26137622_TUTELA_JURIDICA_E_A_DEFORMALIZACAO_DO_PROCESSO.aspx>. Acesso em 02 dez. 2015.

61 OLIVEIRA, Fábio Luis de; BRITO, Jaime Domingues. Acesso à justiça e inclusão social. *Argumenta: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP*, n. 15 (julho/dezembro). Jacarezinho/PR, 2011. p. 343.

3. Descesso à justiça

Um dos grandes entraves da justiça brasileira não é mais tanto a judicialização de demandas, que cresceu de forma exponencial a partir da Constituição Federal de 1988, mas o “descesso à justiça”, isto é, a obtenção da efetiva prestação jurisdicional.

Com efeito, no Brasil, muitos acessam à justiça, mas poucos conseguem sair em um prazo razoável, e os que saem, muitas vezes, fazem pelas “portas de emergência”, representadas pelas tutelas provisórias, pois a grande maioria fica lá dentro, rezando para conseguir sair com vida⁶². Desse modo, o desenvolvimento de técnicas processuais voltadas ao “*descesso*” (saída) da justiça serve para que o sistema judiciário brasileiro se torne mais racional na *entrada*, mas também mais racional e *humano* na saída⁶³.

Nessa medida, o descesso à justiça deve ser visto como uma garantia fundamental, inerente ao disposto no artigo 5º, incisos XXXV e LXXVIII, da CF, na medida em que o processo deve ser o mecanismo de se efetivar a justiça e resguardar o direito material deduzido em juízo, não se podendo aceitar um sistema judiciário que cause – e agrave ainda mais – a lesão ao direito que deveria resguardar⁶⁴.

62 ALVIM, José Eduardo Carreira. *Justiça: acesso e descendo*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/17206-17207-1-PB.htm>>. Acesso em 02 dez. 2015.

63 Idem. *Ibidem*.

64 GONÇALVES, Vinícius José Corrêa. *Tribunais multiportas: em busca de novos caminhos para a efetivação dos direitos fundamentais de aces-*

O processo não pode e não deve se tornar um fardo insustentável à parte, transmutando-se de mecanismos para solução em um novo e mais doloroso problema.

O problema do descesso à justiça deve ser enfrentado a partir de diferentes pontos, tais como⁶⁵: a) a necessidade de uma mudança de cultura entre os operadores jurídicos para que deixem de se guiar pela razão burocrática (sem analisar o processo de forma teleológica); b) promover uma formação ética dos juristas, por meio de uma educação emancipatória, para que tenham consciência da importância de seu papel na sociedade; c) estimular a utilização dos meios alternativos de resoluções de conflitos (arbitragem, conciliação, mediação, justiça restaurativa, dentre outros); d) aperfeiçoar a gestão dos recursos – materiais e humanos - destinados ao Poder Judiciário; e) combater os litigantes habituais – a começar pelo próprio Estado - que protelam o cumprimento dos direitos por intermédio do processo; f) aperfeiçoar a formação humanística dos juízes, membros do Ministério Público, Defensores Públicos e Advogados, desde o ingresso nas carreiras jurídicas (por concursos públicos e exames da OAB); g) reduzir e melhorar a qualidade dos cursos jurí-

so à justiça e à razoável duração dos processos. Jacarezinho. 2011. 225 f. Dissertação de Mestrado - apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná. Jacarezinho, 2011. p. 66.

65 GONÇALVES, Vinícius José Correa; BREGA FILHO, Vladimir. Descesso à justiça como fator de inclusão social. In: *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*. Fortaleza: CONPEDI, 2010. p. 74.

dicos; h) valorizar o ensino jurídico, com o estímulo ao pensamento crítico e a resolução de casos concretos, com professores mais bem preparados e remunerados.

A inefetividade da tutela jurisdicional ocasiona diversos reflexos sociais, econômicos e psicológicos negativos.

Os reflexos econômicos se consubstanciam na perda de investimento do capital estrangeiro, que, ao constatar a morosidade e burocracia da justiça brasileira, acabam por investir em outros países. A perda desses investimentos freia o crescimento socioeconômico, pois sem eles a economia não se movimenta, o país não cresce e não produz riquezas. Com a falta de investimentos, não se implementam as políticas públicas necessárias à concretização dos direitos fundamentais sociais, as desigualdades sociais não diminuem e as pessoas não se desenvolvem. O respeito aos valores éticos amplia os níveis de violência, acirra os conflitos e aumenta a demanda judicial, culminando com a hipertrofia do Judiciário, que, repleto de processos, não consegue restaurar a esperança perdida no descumprimento dos direitos.

O desgaste psicológico causado pela pouca efetividade da tutela jurisdicional agrava o descrédito no Judiciário. A descrença no Poder Judiciário, por sua vez, impede a promoção da paz e desestimula o acesso à justiça. Com isso, faz acirrar ainda mais litígios que, por não serem canalizados nem para a solução autocompositiva nem para impositiva, contribuem para a renúncia total do

direito pelo prejudicado e para o aumento do fenômeno da litigiosidade contida, o que é extremamente perigoso para a estabilidade social⁶⁶.

Sem confiar no Estado para dirimir os conflitos, aumentam-se as formas paralelas de obtenção de justiça. Estimula-se a vingança privada, a autotutela, o exercício arbitrário das próprias razões, reduzindo a autoridade da lei em oposição à vontade do mais forte.

Além disso, a utilização de um processo lento para postergar a prestação jurisdicional faz com que grandes empresas – e até o Estado – busquem outras alternativas, como a privatização do sistema de justiça, com a adoção cada vez mais ampla da arbitragem (v.g., o art. 1º, par. 1º, da Lei 13.129/2015, ao alterar a Lei 9.307/96, afirma, expressamente, que a Administração Pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis), o que, de certo modo, contribui para o enfraquecimento e a perda paulatina de legitimidade do Poder Judiciário.

Por outro lado, o próprio Estado é o primeiro a tirar vantagens de um sistema de justiça ineficiente. Afinal, aparece como um grande violador dos direitos fundamentais e obstrutor do descesso à justiça, uma vez que, entre os 100 maiores litigantes nacionais, estão o Instituto Nacional

66 WATANABE, Kazuo. Filosofia e características básicas do juizado especial de pequenas causas. *Juizado especial de pequenas causas*. Coord. Kazuo Watanabe. São Paulo: RT, 1985. p. 28.

da Seguridade Social, a Caixa Econômica Federal e a Fazenda Nacional, que juntas são responsáveis por 38,5% dos processos em tramitação⁶⁷.

As sociedades empresárias, por sua vez, além de desrespeitarem os direitos dos consumidores e dos cidadãos em geral, utilizam-se da morosidade processual para barganhar e conseguir acordos vantajosos para si, pelo fato de a parte contrária – muitas vezes hipossuficiente – não conseguir mais suportar o fardo da demanda, renunciando total ou parcialmente de seus direitos infringidos.

Os juridicamente vulneráveis não têm condições de esperar por uma decisão final que proteja efetivamente seus direitos, razão pela qual acabam se sujeitando à solução mais rápida existente, ainda que não seja a mais justa. Enfim, os efeitos da morosidade da prestação jurisdicional são mais devastadores para os economicamente desfavorecidos que são pressionados a abandonar suas causas ou aceitar acordos irrisórios, trocando seus direitos, por valores muito inferiores àqueles a que realmente fariam *jus*⁶⁸.

Desse modo, o processo civil deixa de ser uma conquista civilizatória para a promoção da justiça para ser mais um *locus* da prevalência da lei do mais forte sobre o mais fraco, causando ainda mais exclusão social. O aces-

67 CAMBI, Eduardo Salomão. *Neoprocessualismo e neoconstitucionalismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 3ª ed. São Paulo: Almedina, 2016. p. 626.

68 GONÇALVES, Vinícius José Corrêa. Op. cit. p. 84.

so a uma ordem jurídica justa, destarte, deixa de ser uma garantia constitucional efetiva, ficando reduzida ao plano meramente formal.

O problema do descesso à justiça torna-se ainda mais grave com a utilização desmedida de medidas processuais, pelas partes, para atravancar o processo e protelar a prestação jurisdicional. Com isso, faz-se imperar a litigância de má-fé e um processo em que os fins justificam os meios, uma verdadeira guerra, sem respeito ao *fair play* e a dignidade da outra parte.

A exposição de motivos do Anteprojeto do hoje Novo Código de Processo Civil expõe tais preocupações, ao asseverar que um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada indivíduo, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito. Além disso, prossegue ao dizer que, em um sistema processual ineficiente, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade, pois o direito material se transforma em ilusão, sem garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo.

Nesse contexto, o Novo Código de Processo Civil traz importantes contribuições para aperfeiçoar o sistema processual brasileiro a começar pela necessidade de assegurar os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição (art. 1º), pelo estímulo a solução consensual

dos conflitos (art. 3º), pela expressa adoção do princípio da boa-fé em sentido objetivo (art. 5º), pela imposição do dever de cooperação entre todos os sujeitos processuais (art. 6º) e, principalmente, por impor aos juízes a promoção da dignidade humana, pela observância da proporcionalidade, da razoabilidade, da legalidade, da publicidade e da eficiência (art. 8º).

Afinal, o processo não é um jogo de espertezas, mas uma conquista civilizatória, um instrumento ético para a efetivação dos direitos da cidadania⁶⁹.

Portanto, é imperiosa a abertura de mais portas de saída da Justiça, para que se dê vazão a maior e a mais eficiente resolução de conflitos, bem como o combate ao abuso do direito processual, aqui enfocado sob a ótica do *assédio processual*.

4. Assédio processual

Uma das causas da morosidade da prestação jurisdicional, que constitui um óbice ao descesso à justiça, é o *assédio processual*. Trata-se de uma modalidade de *assédio moral*, mas com atuação limitada à relação processual: o assediador almeja causar abalo psicológico à parte contrária ou a ambas as partes (se partir do juiz), por intermédio da prática de reiteradas condutas processuais voltadas a obstar a efetivação de seus direitos.

69 STJ, REsp 65.906/DF, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 25/11/1997, DJ 02/03/1998, p. 93.

O assédio processual pode ser definido como a utilização abusiva dos instrumentos processuais com o intuito de postergar o provimento jurisdicional. Caracteriza-se, então, pela procrastinação do andamento do processo, por qualquer das partes ou pelo próprio juiz.

O magistrado pratica assédio processual quando, reiteradamente, deixa de assegurar igualdade de tratamento às partes; quando não vela pela duração razoável do processo, quando deixa de prevenir ou reprimir atos contrários à dignidade da justiça ou permite postulações meramente protelatória; quando não determina medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento das ordens judiciais; quando não promove, sempre que possível, ou dificulta a autocomposição; quando não saneia adequadamente o processo, fazendo prosperar os vícios processuais; quando diante da proliferação de demandas individuais repetitivas deixa de comunicar os legitimados para a propositura de ações coletivas etc.

Vale destacar que o artigo 20 do Código de Ética da Magistratura Nacional estabelece que *“cumpre ao magistrado velar para que os atos processuais se celebrem com a máxima pontualidade e para que os processos a seu cargo sejam solucionados em um prazo razoável, reprimindo toda e qualquer iniciativa dilatória ou atentatória a boa-fé processual”*. Ademais, entre os deveres dos magistrados previsto no artigo 35 da Lei Complementar nº 35/79 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional), destacam-se o de

não exceder injustificadamente os prazos para sentenciar ou despachar (inc. II) e o de determinar as providências necessárias para que os atos processuais se realizem nos prazos legais (inc. III).

As partes, por sua vez, podem praticar assédio processual quando negam ou retardam o cumprimento de decisões judiciais; quando apresentam incidentes manifestamente infundados; quando fazem requerimentos de provas inúteis ou desnecessárias; quando interpõem recursos protelatórios; quando promovem a juntada de documentos irrelevantes etc.; enfim, quando provocam reiteradas apreciações judiciais estéreis, com o objetivo de obstaculizar a entrega da prestação jurisdicional à parte contrária⁷⁰.

Com efeito, o assédio processual se caracteriza pelo abuso do direito (processual) de forma repetida e sistematizada, e se consubstancia na realização de práticas desleais insistentes com intuito de tumultuar e atrasar o processo, protelando a entrega do bem da vida almejado, em prejuízo da parte contrária ou mesmo de ambas as partes, quando a conduta é do magistrado.

Esse comportamento desleal contribui ainda mais para o descrédito no Judiciário e para o agravamento das desigualdades sociais. Também incentiva a litigiosidade

70 PAIM, Nilton Rangel Barretto; HILLESHEIM, Jaime. O assédio processual na Justiça do Trabalho. *Revista Ltr*, São Paulo, v. 70, n. 09, set. 2006. p. 1112.

contida e, por via reflexa, pode instigar o *adversário*, consternado com a situação provocada pelo assediador, a lançar mão da autotutela.

Tais condutas, por diminuírem a credibilidade da justiça, devem ser coibidas pelo Judiciário.

Nesse sentido, decidiu o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região: *“A prática do assédio processual deve ser rechaçada com toda a energia pelo Judiciário. Os tribunais brasileiros, sobretudo os Tribunais Superiores, estão abarrotados de demandas retóricas, sem a menor perspectiva científica de sucesso. Essa prática é perversa, pois além de onerar sobremaneira o erário público – dinheiro que poderia ser empregado em prestações do Estado – torna todo o sistema brasileiro de justiça mais lento e por isso injusto. Não foi por outro motivo que a duração razoável do processo teve de ser guindado ao nível constitucional. Os advogados, públicos e privados, juntamente com os administradores e gestores, têm o dever de se guiar com ética material no processo. A ética formal já não mais atende aos preceitos constitucionais do devido, eficaz e célere processo legal. A construção de uma Justiça célebre eficaz e justa é um dever coletivo, comunitário e vinculante, de todos os operadores do processo. A legitimação para o processo impõe o ônus público da lealdade processual, lealdade que transcende em muito a simples ética formal, pois desafia uma atitude de dignidade e fidelidade material aos argumentos. O processo é um instrumento*

*dialogico por excelência, o que não significa que possa admitir toda ordem de argumentação”*⁷¹.

Há, por exemplo, assédio processual na Justiça do Trabalho quando é exercida coação exercida, pela parte contrária e por magistrados, sob o credor para que realize conciliação após o trânsito em julgado da sentença, com o intuito de aceitar acordo em bases desfavoráveis, para não ter que esperar o tempo necessário para o acerto dos cálculos e da realização de hasta pública⁷².

O assédio processual é uma conduta que deve ser reprimida pelos atores judiciais, pois impede a entrega de uma prestação jurisdicional justa e célere e torna ineficaz o acesso à justiça, pois obsta o seu descesso satisfatório e tempestivo, tornando a prestação jurisdicional mais morosa e inefetiva.

Dado o caráter instrumental do acesso à justiça, sua ineficácia deságua na negação de todos os demais direitos fundamentais – o que agrava ainda mais o cenário marcadamente desigual e excludente.

71 Assédio Processual – Terceirização Ilícita – Fraude à vedação de contratação sem concurso público – Litigação de má-fé. Recurso Ordinário nº 00760-2008-112-03-00-4. Recorrentes: Caixa Econômica Federal e Probank S/A. Recorrida: Caixa Econômica Federal; Probank S/A e outros. Relator: José Eduardo de Resende Chaves Júnior. Belo Horizonte, 11 de fevereiro de 2009.

72 SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito do trabalho aplicado*. São Paulo: RT, 2015. <https://proview.thomsonreuters.com>. Acesso em 5 de fevereiro de 2015.

Verificado o assédio processual, a conduta deve ser passível inclusive de ressarcimento por danos processual, modalidade de dano moral, com fundamento no artigo 187 do Código Civil, pelo qual também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Os tribunais, inclusive, vêm assentando o entendimento de que é plenamente possível o reconhecimento de ofício, pelo magistrado, de condutas que configurem assédio processual, definindo o valor da indenização a ser paga à parte assediada, por ser um ato que não só fere moralmente a outra parte, mas também a própria dignidade da Justiça e a confiança no Judiciário. Além disto, a probidade e a ética devem ser fundamentos orientadores de qualquer poder legalmente constituído, notadamente em um Estado Democrático de Direito, devendo os atos atentatórios à justiça serem rigidamente reprimidos⁷³.

Deve-se ter em mente que o processo, em qualquer de suas facetas, é a forma pela qual o Estado atua, concretizando direitos e solucionando litígios, conforme os ditames constitucionais. Logo, qualquer conduta desleal entre as partes processuais não pode ser tolerada, pois o processo deve promover a realização dos direitos tais

73 TRT-4. R.O. nº 0001265-61.2012.5.04.0331, Rel. Vania Mattos, Segunda Turma, julgado em 22/08/2013.

como assegurados no plano constitucional⁷⁴, como determina o artigo 1º do Código de Processo Civil.

É necessário que a boa-fé processual, consagrada como princípio no artigo 5º do novo Código de Processo Civil, seja sempre observada tanto pelas partes quanto pelo julgador, para que seja evitada manobras abusivas e protelatórias.

É imprescindível que o princípio da probidade seja um norte para todos os demais princípios que orientam as condutas processuais, devendo qualquer desrespeito ser reprimido não só com as sanções legais cabíveis, mas também influenciando no resultado da causa⁷⁵. A violação desse importante princípio deve ensejar a reparação dos danos materiais e morais.

Desse modo, o assédio processual causa abalo psicológico, que se caracteriza pela potencialização do *dano marginal*, produzido durante o curso regular do processo e que representa negação das garantias fundamentais de acesso à justiça e da duração razoável do processo (art. 5º, incs. XXXV e LXXVIII)⁷⁶.

74 BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 56.

75 MILMAN, Fábio. *Improbidade processual*. Comportamentos das partes e seus procuradores no processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 36.

76 BERALDO, Maria Carolina Silveira. *O comportamento dos sujeitos processuais como obstáculo à razoável duração do processo*. 2010. Dissertação de Mestrado (Direito), da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

Para coibir o assédio processual, o artigo 81 do NCPC permite ao juiz, além de fixar multa pela má-fé, o poder, de ofício, de arbitrar a indenização pelos prejuízos que a parte contrária sofreu, incluindo-se neste o dano moral, oriundo do exercício abusivo dos direitos e faculdades processuais – o *assédio processual*.

Além disso, o artigo 311, inciso I, do novo Código de Processo Civil, elenca o abuso de direito de defesa como hipótese de dispensa da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil ao processo para obtenção da tutela de evidência – o que indica a clara preocupação do legislador em buscar vários instrumentos possíveis para coibir condutas desleais no curso do processo e que possam atrapalhar a sua duração em prazo razoável.

Preocupado também com a morosidade processual causada pelos magistrados, o NCPC, em seu artigo 12, determina a obediência à ordem cronológica de conclusão para proferir sentenças e acórdãos. Com isso, busca-se impedir que os magistrados, por gozarem de prazos impróprios, retardem o proferimento de quaisquer decisões, causando lesão aos litigantes e atravancando o bom funcionamento do Poder Judiciário.

Porém, o abuso do direito processual, em qualquer caso, deve ser analisado com cautela. Afinal, a garantia constitucional do acesso à justiça assegura, para ambas as partes, oportunidades de influenciar a formação do convencimento judicial. A mera discussão judicial de direitos

controvertidos, com o uso regular dos meios processuais, não configura prática abusiva e, portanto, não enseja a condenação por danos morais⁷⁷.

Como se observa, o assédio processual é de difícil constatação. Sendo o assédio moral gênero, do qual esta figura é espécie, deve-se partir dele para apresentar os requisitos de configuração do assédio processual, a saber: (1) conduta abusiva; (2) repetitiva e/ou sistematizada; (3) que atenta contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de alguém⁷⁸.

Desse modo, para a caracterização do assédio processual, uma das partes, embora titular de direitos processuais, abusa, de forma reiterada, desses direitos, ultrapassando os limites da boa-fé objetiva e da cooperação processual, vindo a prejudicar imediatamente a parte contrária e mediatamente

77 “CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DISCUSSÃO JUDICIAL EM AÇÃO TIDA COMO LESIVA A AVALISTA. MERO EXERCÍCIO DE DIREITO À OBTENÇÃO DE PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL SOBRE RECEBIMENTO DE DIFERENÇAS ALUSIVAS A “EXPURGOS INFLACIONÁRIOS”. NÃO CONFIGURAÇÃO DE ABUSIVIDADE OU LIDE TEMERÁRIA. PROCEDIMENTO LÍCITO, NÃO GERADOR DE DANO MORAL. I. O acesso ao Judiciário, com os meios e recursos a ele inerentes, constitui direito de cidadania, pelo que, praticando-os sem abuso, não pode a parte vencida responder perante o vencedor por danos morais em face de haver postulado, inexistosamente, diferenças relativas a “expurgos inflacionários” incidentes sobre dívida bancária, prologando, por algum tempo mais, a execução. II. Recurso especial conhecido e provido. Ação improcedente” (REsp 488.751/MG, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 16/09/2003, DJ 20/10/2003, p. 279).

78 HIRIGOYEN, Marie-France. *Mal-estar no trabalho*: redefinindo o assédio moral. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. p. 17.

mente causar maior descrédito à prestação jurisdicional⁷⁹.

Assim não basta a realização de um só ato, que pode ser apenas oriundo de um equívoco da parte. É imprescindível a *prática repetitiva* de atos processuais que efetivamente retardem o curso regular do processo, concedendo ao litigante assediador um ganho de tempo – razão pela qual pode obter acordos extremamente desvantajosos para a outra parte e até mesmo a desistência da ação pela parte assediada, gerando descrédito no Judiciário e fomentando a litigiosidade contida.

Além disso, para se determinar o que vem a ser conduta abusiva, deve-se transportar o instituto do abuso do direito para a seara processual. Com isso, deve-se observar que todo direito processual possui limites axiológicos, não podendo quaisquer das partes utilizar-se deles imoderadamente, com propósito de protelar o processo, sob pena de o ato processual apenas se revestir de aparência de licitude – embora em uma análise teleológica mais acurada evidencie sua abusividade.

Isso porque não basta que o comportamento processual esteja, no plano formal, em conformidade com a estrutura do que é juridicamente admissível. É preciso que a

79 “ASSÉDIO PROCESSUAL. REPARAÇÃO POR DANOS. *Inexistindo prova do alegado abuso no ajuizamento de medidas previstas no ordenamento jurídico pátrio para a defesa dos interesses da parte, não há que se falar em reparação por assédio processual em favor do ex-adversus*” (TRT 5ª REGIÃO, PROCESSO Nº 0001028-77.2010.5.05.0037RecOrd, 3ª TURMA, RELATORA: Desembargadora SÔNIA FRANÇA, DJ 20/04/2012).

materialidade do comportamento coincida com o fundamento axiológico-jurídico do direito em causa, em razão de que a estrutura e o valor do ato constituem e integram uma única intenção normativa⁸⁰.

Nesses atos abusivos, em verdade, não há exercício regular de um direito, já que este não pode sobrepor o limite imposto pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (art. 187 do Código Civil).

Também é indispensável verificar o nexo de causalidade entre o comportamento abusivo e os prejuízos causados, sem deixar de considerar que o dano moral existe *in re ipsa*, ou seja, decorrer do próprio fato ofensivo⁸¹: provada a abusividade do direito, *ipso facto* está demonstrado o dano moral, se presume, não depende de prova e decorre das máximas da experiência comum⁸² (art. 375/CPC).

Além disso, o elemento subjetivo (dolo ou culpa) é desnecessário quando aplicado o princípio da boa-fé processual em sentido objetivo (exegese dos arts. 5º/CPC e 187/CC).

80 CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 456.

81 STJ, AgRg no AREsp 785.243/ES, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/12/2015, DJe 14/12/2015; AgRg no AREsp 729.678/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 30/11/2015; AgRg no REsp 1541966/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 01/12/2015.

82 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 86.

Aliás, pela teoria objetiva finalista, o elemento subjetivo é dispensável, pois o ato abusivo não reside em seu plano psicológico, mas no desvio do direito de sua função social/econômica e finalidade, até porque o exercício abusivo do direito motiva a ruptura do equilíbrio dos interesses sociais/econômicos concorrentes, bastando a inobservância dos limites axiológicos para que o abuso de direito reste caracterizado⁸³.

Nesse sentido, a responsabilidade civil por abuso do direito processual se distancia da responsabilidade civil por ação ou omissão voluntária, negligência ou impudência (art. 186 do CC) que exige o dolo ou a culpa.

Em relação aos magistrados, o artigo 143, inciso I, do CPC restringe à responsabilidade civil aos danos causados no exercício da função jurisdicional causados por dolo ou fraude. Porém, esse artigo 143, inciso I, do CPC se amolda à conduta do artigo 186 do CC, não ao ato ilícito decorrente do abuso de direito (art. 187 do CC).

Por outro lado, o abuso do direito processual, incluindo o assédio, praticado por magistrado se aproxima da hipótese prevista no artigo 143, inciso II, do CPC (recusa, omissão e retardamento, sem justo motivo, de providência que o juiz deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte), que não exige dolo ou fraude. No entanto, a situação regulamentada no artigo 143, inciso II, do CPC não esgota

83 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. v. 1. 10^a ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 682-685.

as possibilidades de abuso do direito processual praticados pelos juízes, que devem responder pelos danos causados às partes, com fundamento no artigo 187 do Código Civil.

5. Assédio processual e litigância de má-fé: distinções necessárias

Assédio processual não se confunde com litigância de má-fé, apesar de serem conceitos próximos.

A litigância de má-fé encontra previsão nas condutas tipificadas no artigo 80 do novo CPC, enquanto o assédio processual é um fenômeno mais abrangente de abuso do direito processual⁸⁴, devendo conter a prática reiterada ou reincidente de alguma(s) das condutas definidas como litigância de má-fé⁸⁵, a inobservância reiterada do princípio da boa-fé em sentido objetivo (art. 5º/CPC) e/ou cooperação processual (art. 6º/CPC) dos deveres das partes (art. 77 do CPC) e/ou de ato atentatório à dignidade da justiça (arts.77, par. 2º, 334, par. 8º e 774/CPC).

84 *“Constitui verdadeiro assédio processual a utilização, reiterada, pela parte, de interpretação equivocada de norma coletiva ou legal para conseguir seu objetivo no processo, tentando induzir o juízo ao erro. É modalidade de litigância de má-fé que deve ser combatida, pois favorece o aumento de labor jurídico inútil desta justiça, que passa a discutir teses impertinentes e já decididas no processo”* (TRT 5ª REGIÃO, PROCESSO Nº 0104000-07-2005-5-05-0133-RecOrd, 5ª TURMA, RELATORA: Desembargadora MARIA ADNA AGUIAR, DJ 09/08/2010).

85 PAIM, Nilton Rangel Barretto; HILLESHEIM, Jaime. O assédio processual na Justiça do Trabalho. *Revista Ltr*, São Paulo, v. 70, n. 09, set. 2006. p. 1112.

A litigância de má-fé consiste na prática de ato ilícito tipificado na lei processual, sem a necessidade da prática ser reiterada (basta um único fato típico previsto no art. 80 do CPC) com propósito de auferir vantagem processual, devendo ser penalizado com a multa respectiva.

O assédio processual, por sua vez, pode ser considerado como uma *litigância de má-fé qualificada*, uma vez que exige a prática reiterada de atos processuais abusivos, com o intuito não de obter alguma vantagem direta, mas sim obstruir a realização da justiça, lesando a parte adversária. A parte lesada pelo ato abusivo deve ser indenizada pelo abalo moral sofrido em uma relação jurídica processual.

A prática de condutas ímprobas é coibida pelo art. 81, do novo Código de Processo Civil, ao cominar três sanções diversas ao litigante que violar os deveres de probidade e boa-fé processuais, a saber: (1) multa processual decorrente da litigância de má-fé; (2) pagamento de honorários e demais despesas processuais; (3) indenização pelos prejuízos gerados na parte adversária.

Assim, evidencia-se que a realização de conduta tipificada pela lei processual como litigância de má-fé (art. 80) não impede o juiz de analisar a ocorrência de dano extrapatrimonial suportado pela parte vítima do assédio processual, dada a autonomia e independência dos institutos.

Desse modo, infere-se que a litigância de má-fé diz respeito à prática, pelo autor, réu ou interveniente, ainda que de um único ato, proibido pela lei processual e

assim tipificado como ilícito e passível de sanção, com o propósito de se auferir alguma vantagem processual, seja alterando com intuito de alterar a descoberta da verdade processual, para sair vitorioso na demanda (incisos I a III), seja como forma de retardar os efeitos da coisa julgada contra si, utilizando-se de meios *manifestamente* temerários (incisos IV a VII).

Já o assédio processual é a prática reiterada de condutas abusivas, por qualquer sujeito processual (incluindo o juiz). Elas estão, aparentemente, revestidas pela licitude, mas em sua essência consubstanciam-se em exercício abusivo dos direitos e faculdades processuais. Visam a prejudicar qualquer das partes, independentemente de auferir alguma vantagem. Contudo, para a caracterização do assédio processual, é necessária a prática reiterada de atos que postergam a efetivação do direito em questão e a promoção da tutela jurisdicional célere e efetiva.

Com isso, o assediador impede, durante o transcurso do processo, que sobrevenha a solução da causa em tempo razoável, o que gera abalo psíquico no assediado, bem como descrédito na prestação jurisdicional, fazendo com que a justiça tarde e, por vezes, falhe!

Conclusões

O acesso à justiça é considerado uma garantia fundamental básica na sociedade contemporânea. Sua efetividade depende da igualdade processual (paridade de armas) e do respeito ao devido processo legal. Assegura a ambas

as partes oportunidade de manifestarem no processo para que, por intermédio de um contraditório pleno e efetivo, a tutela jurisdicional seja adequada, célere e efetiva.

Entretanto, um dos maiores desafios para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional não é tanto o ingresso ao Judiciário, cujo número de processos vem aumentando exponencialmente desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, mas a obtenção da tutela jurisdicional, isto é, a saída, em um prazo razoável e com o direito efetivamente assegurado.

A ineficiência do serviço judiciário causa inúmeros reflexos socioeconômicos e psicológicos, como a perda de investimento do capital estrangeiro, a litigiosidade contida, a abertura para a autotutela e o incremento da violência, o descrédito no Judiciário e a transformação do processo em um mecanismo abusivo de postergação no cumprimento de direitos.

Uma das causas para a obstrução do descesso à justiça é o assédio processual, caracterizado pela procrastinação dos instrumentos processuais de forma reiterada, por uma das partes, com intuito de prejudicar a outra, impedindo que receba o bem da vida almejado.

Configurada a conduta abusiva, além de eventuais sanções processuais por litigância de má-fé e/ou ato atentatório à dignidade da justiça, bem como que conduzam a não admissibilidade de novos meios de impug-

nação (v.g., arts. 932, par. 4º e 5º⁸⁶, e 1.026, par. 2º e 3º, CPC)⁸⁷, impõe-se a condenação por danos morais não só para indenizar a parte adversária, mas para recompor a dignidade daquele processo. Isso porque essas condutas antiéticas devem ser coibidas, já que a negação do acesso à justiça é gravíssima, porque implica a negativa de concretização dos direitos, acentuando a desigualdade social e a desesperança no sistema judicial.

Referências bibliográficas

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Justiça: acesso e descasso*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/17206-17207-1-PB.htm>>. Acesso em 02 dez. 2015

BATISTA, Keila Rodrigues. *Acesso à Justiça: Instrumentos viabilizadores*. São Paulo: Letras jurídicas, 2010.

BERALDO, Maria Carolina Silveira. O comportamento dos sujeitos processuais como obstáculo à razoável duração do processo. 2010. 217p. Dissertação de Mestrado (Direito), da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

86 STF, AI 567171 AgR-ED-EDv-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-025 DIVULG 05-02-2009 PUBLIC 06-02-2009 EMENT VOL-02347-11 PP-02219 RTJ VOL-00209-01 PP-00419 RF v. 105, n. 401, 2009, p. 404-409.

87 STF, AI 806981 AgR-AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/06/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-150 DIVULG 31-07-2012 PUBLIC 01-08-2012.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

CAMBI, Eduardo. *Neoprocessualismo e neoconstitucionalismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 3ª ed. São Paulo: Almedina, 2016.

CAMBI, Eduardo; PEREIRA, Fabricio Fracaroli. Estratégia nacional de prevenção e de redução de litígios. *Revista de processo*, vol. 237, nov./2014. CAMBI, Eduardo; PEREIRA, Fabricio Fracaroli. Estratégia nacional de prevenção e de redução de litígios. *Revista de processo*, vol. 237, nov./2014.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad.: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

CHAVES, Christian Frau Obrador. O dever de colaboração (entre e das partes) no processo civil constitucional e a efetiva prestação da tutela jurisdicional executiva: o dever fundamental do executado de nomear bens passíveis de penhora. *Revista da AGU*, v. 11, n. 31, p. 143-179, jan./mar. 2012.

CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. Abuso do direito. Coimbra: Almedina, 1997.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. v.1. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

GONÇALVES, Vinícius José Corrêa. *Tribunais multipartas: em busca de novos caminhos para a efetivação dos direitos fundamentais de acesso à justiça e à razoável duração dos processos*. Jacarezinho. 2011. 225 f. Dissertação de Mestrado - apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná. Jacarezinho, 2011.

GONÇALVES, Vinícius José Correa; BREGA FILHO, Vladimir. Descenso à justiça como fator de inclusão social. In: *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*. Fortaleza: CONPEDI, 2010.

HIRIGOYEN, Marie-France. *Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

MARTINS, Daniela Dias Graciotto. O acesso à justiça frente às crises do direito e da administração da justiça e do juiz. In: *Acesso à justiça: uma perspectiva da democratização da administração da justiça nas dimensões social, política e econômica*. Coord. Dirceu Pereira Siqueira e Flávio Luís Oliveira. Birigui: Editora Boreal, 2012.

LEDESMA, Mário Álvarez. Acceso a la justicia. *Revista Urbe at ius*. Ciudad del Mexico, v. 01, n. 13, p. 07-19, 2014.

MILMAN, Fábio. *Improbidade processual*. Comportamentos das partes e seus procuradores no processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 36.

PAIM, Nilton Rangel Barretto; HILLESHEIM, Jaime. O assédio processual na Justiça do Trabalho. *Revista Ltr*, São Paulo, v. 70, n. 09, p.1112-1118, set. 2006.

RHODE, Deborah L. Access to justice. In: *Fordham Law Review*. New York, v. 69, n. 05, p. 1785-1819, abr., 2001.

OLIVEIRA, Fábio Luis de; BRITO, Jaime Domingues. Acesso à justiça e inclusão social. *Argumenta: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP*, n. 15 (julho/dezembro). Jacarezinho/PR, 2011.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito do trabalho aplicado*. São Paulo: RT, 2015.

SOUZA, Gelson Amaro. Tutela jurídica e deformalização do processo. Disponível em: < http://www.lex.com.br/doutrina_26137622_TUTELA_JURIDICA_E_A_DEFORMALIZACAO_DO_PROCESSO.aspx>. Acesso em 02 dez. 2015.

WATANABE, Kazuo. Filosofia e características básicas do juizado especial de pequenas causas. *Juizado especial de pequenas causas*. Coord. Kazuo Watanabe. São Paulo: RT, 1985.

O MOMENTO DESAFIADOR DA MEDIAÇÃO FAMILIAR: A AUDIÊNCIA. BREVES RECOMENDAÇÕES

Waldyr Grisard Filho

Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais pela UFPR. Membro Efetivo do Instituto dos Advogados do Paraná - IAP e Sócio Fundador do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM. Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito de Curitiba - UNICURITIBA. Autor de livros e artigos em revistas especializadas. Advogado em Curitiba.

Resumo: o texto aborda a prática da mediação como forma alternativa de solução de conflito dentro do próprio processo judicial. Parte da significação e da origem do instituto para chegar em sua recente inserção no Código de Processo Civil de 2015 e, deste ponto em diante, discorrer sobre sua aplicação na especialidade do Direito de Família, com ênfase sobretudo em sua aplicação prática.

Palavras-chave: mediação; direito de família; audiência.

Sumário: 1 Introdução – 2 Noção e origem – 3 O estágio atual da mediação no direito brasileiro – 4 Conflitos de família – 5 Mediação familiar – 6 Os tribunais de família – 7 A audiência de mediação. Recomendações – 8 Conclusões - Bibliografia.

1. Introdução

É sabido que as soluções de conflitos podem ser fruto da própria vontade dos interessados, como expressão de sua autonomia pessoal, ou bem provir do Estado em razão de exigências sociais. O direito pode cobrir ambas as possibilidades, legitimando as eleições individuais ou coletivas ou afirmando certas responsabilidades originadas nas funções familiares por meio de regras que visem impedir os inadimplementos das práticas familiares.

As angústias, os sofrimentos, os medos, as incertezas nascidas dos conflitos familiares podem encontrar respostas e soluções mais dignas que em uma demanda judicial, que só as perpetuam (quando não exacerbam), na alternatividade da mediação. Assentada na autonomia de vontade das partes, a mediação tem seu início, curso e término sujeitos unicamente a ela, pressupondo a disponibilidade dos envolvidos para rever a posição adversarial em que se encontram. Desta forma, é um legítimo instrumento complementar que possibilita mudanças relacionais, articulando as necessidades de um

com as possibilidades do outro, num contexto colaborativo em direção ao fim da lide. Não só, porque também pode anteceder-la ou sucedê-la.

Quando não é mais possível a convivência do casal, nasce uma complexa negociação. Negociam-se as perdas afetivas no mesmo rol das materiais. São múltiplos os divórcios em uma única separação, o psíquico, o emocional, o físico, o financeiro, das famílias primárias, dos amigos, dos filhos, este de gravidade extrema, quando se tornam objeto de barganha do casal conjugal. Eles não são simultâneos e na maioria das vezes ultrapassam o momento da legalização (sentença) da separação. Estas pautas tóxicas, alimentadoras e sustentadoras das disputas, poderão ser exorcizadas e conduzir os litigantes à harmonia mediante a utilização de métodos alternativos de resolução de conflitos (*Alternative Disput Resolution*); um deles, a mediação.

2. Noção e origem

A mediação é “(...) *un processus dans lequel un tiers qui n'est pas directement intéressée dans les questions faisant l'objet du litige, facilite la discussion entre les parties de manière à les aider à résoudre leurs difficultés et à parvenir à des accords.*”⁸⁸

88 De acordo com a exposição de motivos da Recomendação nº R (98) 1 do Comitê de Ministros aos Estados Membros do Conselho da Europa, *apud* Paula Lucas Rios. *Mediação familiar – estudo preliminar para uma regulamentação legal da mediação familiar em Portugal*. Disponível em www.verbojuridico.net, junho de 2002.

Em outros termos, é um método por meio do qual uma terceira pessoa, neutra e imparcial, ajuda as partes envolvidas em um conflito a restabelecer a comunicação, para que possam construir um acordo reciprocamente satisfatório, que ponha termo às divergências, conferindo uma certa ordem no caos. A palavra conflito, que aparece no conceito, é freqüentemente utilizada no discurso psicológico para referir-se a uma realidade intrapsíquica, porém, quando pertinente ao campo da mediação, diz respeito exclusivamente às diferenças interpessoais. O terceiro, referido na noção, neutro e imparcial, é o mediador, pessoa que, para além da sua formação de base (Direito, Psicologia, etc.) possui uma formação específica em mediação e auxilia as partes na obtenção de um acordo através da confrontação e da negociação dos pontos divergentes, na perspectiva da autocomposição do litígio e da responsabilização de seu cumprimento.

Ao longo da história da humanidade foram construídas diferentes modalidades de resolução de conflitos, num contínuo que vai das mais informais às mais formais.

No extremo inferior, geralmente se dá entre familiares, grupo de amigos ou de trabalho, ou seja, entre pessoas que têm grande conhecimento entre si. Inexistem regras para a forma de condução da resolução dos conflitos e estas são idiosincrasias dos contextos nos quais se desenvolvem. Não há terceiros nem custos e é célere. É a negociação.

No extremo mais elevado, impera a formalidade. Existem complexas organizações, que vão desde os juízos sumários até a arbitragem; utilizam-se de um processo bem definido (que deu lugar a um dos ramos do direito, que é o direito processual); atuam terceiros, que cumprem funções previamente definidas e cujas decisões são vinculantes para as partes; é onerosa e lenta. É a Justiça.

Entre estes dois extremos existe um espaço intermediário, no qual se situa a mediação, mais formal que o informal e mais informal que o formal. A mediação não dispensa um processo definido, estabelecido não por leis ou por códigos, mas pelas partes mesmas em conflito e o terceiro neutro e imparcial chamado a ajudá-las. Não raras vezes é o terceiro que decide sobre o procedimento e as partes aceitam. A participação na condução da solução do conflito por esta via é voluntária, ninguém pode obrigar a outrem a eleger este método. O acordo final não é obrigatório, significando que as partes podem abandonar o processo a qualquer momento e dirigir-se a um dos outros dois extremos: passar à negociação ou demandar em juízo. Também ao mediador é facultado desistir da mediação entre partes conflituosas. É mais barata que uma demanda judicial, em custo e em tempo, e mais onerosa que a negociação. Difere da arbitragem porque as partes não têm a obrigação de acatar as apreciações do terceiro.

Em resumo, diz-se mediação, como a define o Código de Mediação elaborado pelo Centro Nacional de Mediação, em França, “um procedimento facultativo que requer a con-

cordância livre e expressa das partes concernentes de se engajarem numa ação (mediação) com a ajuda de um terceiro independente e neutro (mediador⁸⁹) especialmente formado para esta arte. A mediação não pode ser imposta. Ela é aceita, decidida e realizada pelo conjunto dos protagonistas.”⁹⁰

A mediação, na modalidade de resolução extrajudicial de conflitos matrimoniais, surgiu nos Estados Unidos da América, na segunda metade da década de 70, evoluindo rapidamente para a regulação das questões de guarda, visitas e suporte aos filhos menores e demais questões decorrentes da ruptura conjugal. O fenômeno logo atingiu o Canadá, onde existem serviços de mediação tanto de caráter privado como público, como o instituído pelo Governo de Quebec em 1997. Na Europa, a Grã-Bretanha foi pioneira na criação de centros de mediação familiar⁹¹, em Bristol em 1976, atingindo mais tarde todo o país, diante do incremento do número de divórcios. Na Europa continental, criaram-se serviços similares em França, Áustria, Alemanha, Bélgica,

89 “O mediador atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.” (CPC/15, art. 165, § 3º).

90 Cf. Águida Arruda Barbosa. *Mediação familiar – uma nova mentalidade em direito de família*. Disponível em www.brasiljuridico.com.br, em 19.06.2002.

91 Sobre Centros Judiciários de Solução de Conflitos, ver, por todos, Atalá Correia e Luciana Yuki F. Sorrentino, *Mediação em Conflitos de Família: A Experiência do TJDFT*. Revista de Direito de Família e das Sucessões, Ano 1, vol. 2 – out-dez/2014. São Paulo: ADFAS, RT, 2014, p. 11-27.

Finlândia, Itália, Polônia, Noruega e Suécia. Na Espanha, os primeiros serviços surgiram nas comunidades da Catalunha e País Basco, seguidos pelo município de Madrid. Em Portugal, a primeira estrutura apareceu em 1993, criada pelo Instituto Português de Mediação Familiar. No ano de 1997 foi celebrado um protocolo de colaboração entre o Ministério da Justiça e a Ordem dos Advogados, com o propósito de implantar um serviço de mediação familiar em matéria de regulação do exercício do poder paternal (como lá se chama o nosso velho pátrio poder, hoje poder familiar), limitado, porém, à Comarca de Lisboa.

A mediação familiar tomou surto em França, na metade da década de 80. De certo modo, porém, fora institucionalizada em 1973, quando instituído o Mediador da República, para intervir nas questões de direito público, e, em 1978 para tornar amigáveis os litígios entre particulares. A lei 95-125, de 08.02.95 introduz a mediação no Código de Processo Civil, definindo-a e a apontando como recurso do qual o juiz pode lançar mão, com assentimento das partes, para obter uma solução para o conflito que as opõe. Neste país, a lei 98-1163, de dezembro de 1998, institui a possibilidade da mediação para a resolução de conflitos no foro penal.

3. O estágio atual da mediação no direito brasileiro

No Brasil, apesar dos esforços de institutos e associações, a mediação constituía apenas uma prática, somente

uma prática, sem afirmação no sistema jurídico.⁹² Nada impedia, entretanto, sua passagem de mera prática à efetiva aplicação, possibilitando uma maior celeridade e plena eficácia nas decisões judiciais, pela homologação dos acordos celebrados consciente e voluntariamente pelas partes envolvidas, contando o Judiciário para isso com os princípios da conciliação previstos no art. 331 do Código de Processo Civil de 1973 e os próprios da lei nº 968/49, além de regras insertas em legislação especial, como a Lei de Alimentos e a Lei do Divórcio.

No presente, o sistema acolhe em lei própria – Lei nº 13.140, de 26.06.2015 – a disciplina da mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares. Nesse contexto, considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia (art. 1º, parágrafo único).

A solução pacífica das controvérsias se inscreve no preâmbulo de Constituição da República como regra geral e toma diversas formas na legislação infra-constitucional, ora como transação e compromisso (no Código Civil), conciliação (no Código de Ética e Disciplina da OAB), nas leis dos juizados especiais, na CLT e no CPC e na arbitragem (Lei nº 9.307/96 e no CDC). A expressão mediação, entretanto,

92 Projeto de Lei nº 4.827/98, assinado pela Deputada Zulaiê Cobra Ribeiro, visando a institucionalização da mediação no Brasil, foi considerado o mais completo a respeito do tema.

é reiteradamente utilizada no âmbito da Justiça do Trabalho. Exemplos: Portaria nº 3.122, de 05.07.88, do Ministro do Trabalho, dispondo sobre mediação nos conflitos individuais e coletivos de trabalho; Decreto nº 1.572, de 28.07.95, que regulamenta a mediação na negociação coletiva de natureza trabalhista; Portaria nº 817, de 30.08.95, do Ministro do Trabalho, estabelecendo critérios para a participação do mediador nos conflitos de negociação coletiva de natureza trabalhista; Portaria nº 818, de 30.08.95, do Ministro do Trabalho, estabelecendo critérios para o credenciamento de mediador perante as Delegacias Regionais do Trabalho. Presentemente, no Código de Processo Civil, como se verá adiante.

Os projetos que se fizeram presentes no Congresso Nacional, visando sua institucionalização, ofereceram duas modalidades de mediação; uma, prévia, sempre facultativa, permitindo aos litigantes valer-se de um mediador para a resolução do conflito de interesses antes do ingresso em juízo da demanda; outra, incidental, pela qual a tentativa de obtenção do acordo será sempre obrigatória. Enquanto isto não acontecia, as melhores, mais criativas e justas soluções, voluntária, mútua e responsavelmente encontradas pelos mediandos, e que lhes permitia manter a continuidade das relações, só dispunham de um caminho a seguir, buscar a solução legal do Judiciário, o que deixaria de lado um conjunto de problemas que poderiam repercutir por longos anos.

O Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBD-FAM, apresentou, subscrita pelo então Deputado Sérgio

Barradas Carneiro, proposta de lei (nº 2285/2007, renovada pelo PLS nº 470/2013, da Senadora Lídice da Mata), que acolhe amplamente a mediação interdisciplinar nos processos de família, em sede extrajudicial, ampliando a jurisdição, como previsto em seus artigos 128 e 129.⁹³ Com a finalidade de dispor “sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário”, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 125, em 29.11.2010, visando disseminar a cultura de pacificação social e incentivar a auto-composição dos litígios.

Porque as decisões judiciais tomadas acima da vontade das partes, serão ineficazes e às vezes a sentença do juiz é o começo de um novo rol de problemas, chegou o tempo da mediação!

4. Conflitos de família

Conflito é inerente à vida humana, pois as pessoas são diferentes, carregam histórias particulares, têm pontos de vista e se comunicam de formas diferentes, valores, poderes, interesses, recursos ou posições diferentes, dizendo respeito, então, à tensão e à luta entre duas ou mais partes. No ciclo vital de uma família, no caminho entre o casa-

93 PL 2285/2007: “Art. 128. Em qualquer ação e grau de jurisdição, deve ser buscada a conciliação e sugerida a prática da mediação extrajudicial,...”. “Art. 129. A critério do juiz ou a requerimento das partes o processo pode ficar suspenso enquanto os litigantes se submetem à mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar.”

mento e o divórcio, quando estas diferenças abrem fendas profundas, instala-se o conflito familiar.

Revela-se por isto deveras complexo, gerador de uma dinâmica oposicional, que vai além das querelas judiciais, imiscuindo-se num conturbado mundo de sentimentos e emoções, comprometendo a estrutura psico-afetiva de seus integrantes, envolvendo frustração, abandono, ódio, vingança, medo, insegurança, rejeição familiar e social, fracasso e culpa, que o direito não objetiva e nem valora diretamente. Esta realidade extra-jurídica constitui componente essencial do conflito familiar.

Conforme classificação de Christopher Moore,⁹⁴ os conflitos de família podem ser latentes, emergentes ou manifestos. Da primeira ordem são as situações nas quais o conflito ainda não se instalou, mas se avizinha. Por exemplo, uma esperada perda salarial e a conseqüente redução do valor da pensão alimentícia. São emergentes, os que surgem no intercurso do processo, um impasse, por exemplo, na partilha de bens; a questão é clara. São manifestos os que permanecem sem solução, eternizando o litígio. Veementes exemplos saltam das questões sobre a guarda de filhos menores, visitas e suporte alimentar.

Devolver às partes em conflito o controle sobre suas próprias decisões, reconduzi-las à arrumação de seus assuntos pessoais, reduzindo a hostilidade inerente ao pró-

94 MOORE, C. W. *O processo de mediação - estratégias práticas para a resolução de conflitos*. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 29.

prio processo e assentando as bases de uma comunicação diferente, são os objetivos perseguidos pela mediação.

5. Mediação familiar

Em um sentido geral, mediação é uma técnica não adversarial em que um terceiro auxilia as partes a entenderem seus reais conflitos, identificando seus verdadeiros interesses por meio de uma negociação cooperativa, uma vez restabelecida a comunicação entre elas.

A família, como grupo social de convivência continuada no tempo, é capaz de gerar inúmeros conflitos (fenômeno multidimensional) ao negociarem seus membros, eles próprios, suas diferenças de idéias, desejos e propósitos, na medida em que cada um adjudica mitos e crenças particulares. Em virtude disto, exige extremo cuidado na composição destas diferenças, pena de auto-destruição. Quando as funções na família tornam-se tensas e a negociação, a terapia ou, em última instância, a resolução judicial não são suficientes para afastar o conflito, faz-se indispensável recorrer a instrumentos que maximizem a comunicação e a legitimidade de todos nas decisões, que auxiliem os envolvidos a bem considerar suas escolhas para o sadio relacionamento futuro da família.

Na consecução destas tarefas, múltiplas disciplinas são utilizadas. E na conjunção de seus primados situa-se a mediação.

A mediação familiar é uma técnica alternativa e complementar de resolução de conflitos peculiares às questões familiares, perseguindo a superação consensual destes conflitos pelas próprias partes envolvidas. Não é meio substitutivo da via judicial, mas com ela estabelece uma relação de complementariedade, que qualifica as decisões judiciais, tornando-as verdadeiramente eficazes. Por seu caráter informal, os acordos construídos na mediação, no que for necessário, devem ser encaminhados à homologação judicial, pois é no sistema judicial que a mediação familiar consolida os resultados obtidos.

São conhecidas diversas formas de mediação familiar, mas três são básicas: a de intervenção mínima, na qual o mediador é uma presença neutra e imparcial, que estimula o fluxo comunicativo entre as partes; a de intervenção dirigida, que identifica e avalia juntamente com as partes as opções disponíveis e as orienta a adotar a mais conveniente; e, a de intervenção terapêutica, que intervém à correção das disfuncionalidades, procurando uma solução conjunta.

Mediação familiar, como praticada nos Estados Unidos da América, no Canadá, na Alemanha, é a intervenção do mediador em famílias da comunidade, íntegras ou em vias de se separar, tentando evitar ou preparando o divórcio. A mediação familiar proporciona, além, o enfrentamento de questões relativas a cuidados com os idosos, acordos pré-nupciais, abusos e violência doméstica. Corresponde a serviços voluntários e gratuitos prestados por universidades e centros ou academias de mediadores, ge-

ralmente advogados e juizes aposentados. Mediação no divórcio é o processo de separação com apoio legal mediante livre escolha do advogado ou encaminhamento pelo juiz, para abreviar a resolução dos conflitos, depois referendá-la. Em países como a Argentina, de acordo com a Lei nº 26.659/2010, é obrigatória a mediação prévia a todo processo judicial. Este procedimento promoverá a comunicação direta entre as partes para a solução extrajudicial da controvérsia, por mediador sorteado pelo Tribunal dentre o rol dos registrados (advogados com capacitação em mediação) perante o Ministério da Justiça.

De acordo com o estabelecido nesta lei, resulta obrigatório que as partes concorram à audiência de mediação assistidas por um advogado. O objetivo da norma foi proteger por igual os direitos e interesses das partes, quer dizer, que não se produza um desequilíbrio entre as mesmas ao contar uma delas com assessoramento especial e a outra não.

Abre-se, neste campo, uma nova área de atuação profissional para o advogado, preparado para reverter uma relação de adversaridade em oportunidade de desenvolvimento pessoal, criando um novo paradigma para a família pós-divórcio. Para isto, é impositiva uma reformulação nos currículos escolares, de adequação acadêmica às modernas tendências do Direito de Família, que exige uma abordagem interdisciplinar ao entendimento das questões extra-jurídicas dos conflitos familiares.

6. Os tribunais de família

Os conflitos de família são de natureza diversa dos que se originam das relações negociais ou das relações proprietárias. Isto tem obrigado os sistemas judiciais a reexaminar sua metodologia quando lhes acodem questões de natureza familiar.⁹⁵ A sentença não é um mero silogismo e se abre um processo especial, no qual, toma especial dimensão o contato estreito entre os operadores judiciais e as pessoas envolvidas. Um processo mais flexível, humanizado. Soma-se a isto, o acompanhamento de profissionais de outras áreas do saber, como psicólogos, terapeutas familiares, assistentes sociais, psiquiatras.

Este novo paradigma, que aparece com indisfarçáveis vantagens sobre o sistema judicial tradicional, é agora estruturado em lei. Apesar disto, o processo clássico continua sendo utilizado, ineficientemente e rara vez consegue resolver com um sentido solidário e construtivo um conflito familiar. Frente a esta ortodoxia, a mediação.

As velhas varas de família são, em verdade, juízos cíveis, com competência exclusiva para julgar conflitos de família e sucessões, os quais são tratados e resolvidos conforme as mesmas regras processuais aplicáveis às demais

95 Sobre mediação e gerenciamento do processo, v. Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Caetano Lagrasta Neto, *Mediação e Gerenciamento do Processo*. São Paulo: Atlas, 2008. Sobre a viabilidade de criação e implantação de Juizados Especiais de Família, v. Fátima Nancy Andrighi *in* Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v. 15, n.2, jul-dez/2003.

matérias de competência do foro em geral, salvo exceções pessoais de alguns magistrados. Anima para um novo horizonte a institucionalização da mediação em capítulo pontual do Código de Processo Civil em vigor, obrigatória em todos os processos de família (arts. 693 a 699).

Nossos vizinhos argentinos contam, desde 1996, com o funcionamento de Tribunais de Família, com dedicação exclusiva à solução de conflitos originados no Direito de Família, obedecendo a regras próprias, desde o procedimento prévio de mediação sob a condução de um funcionário judicial, que conta com o auxílio de profissionais da Equipe Técnica do Tribunal, além da assistência dos advogados das partes. Desta maneira, alcançado o acordo, é homologado pelos Juízes do Tribunal, pondo fim ao conflito de uma maneira eficaz, simples, solidária e não traumática. A experiência portenha, como de outros países, revela que são terminais os tempos de resolução de conflitos unicamente pelas vias judiciais, sistema recém instalado por aqui.

7. A Audiência de mediação. Recomendações

Após estas considerações, cabe agora exorcizar os medos e as incertezas nascidas dos conflitos familiares, de efeitos nocivos para todos os membros da família, migrando da cultura do litígio para a da pacificação, que garante a valorização do ser humano e restabelece entre os litigantes vínculos, ao menos fraternais, pela cooperação e respeito mútuos. E o momento mágico para essa transpo-

sição, verdadeiro desafio para as partes, é o da audiência. De um modo geral, a audiência de conciliação ou de mediação é regulada pelo Código de Processo Civil no artigo 334 e seus doze parágrafos e especialmente determinada às ações de família no artigo 694: “Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e a conciliação.” Considerou aqui o legislador a solução consensual da controvérsia como o fim último de todos os esforços empreendidos na audiência, que será sempre obrigatória às partes. Por isso, nem se imagine a possibilidade de renúncia prévia à autocomposição prevista no § 5º do artigo 334, o que implicaria em afastar a regra especial e inovadora do artigo 694 antes transcrito. Os serviços auxiliares à disposição do juiz estão organizados pelos artigos 165 a 175, que também estabelecem os princípios informadores da atividade dos mediadores.

No ambiente da audiência, em clima seguro e sigiloso, as partes manifestam livremente suas dores, seus medos, suas aflições, seus ressentimentos e vontades; falam e escutam. Dela não participam adversários, apenas partes conflitantes buscando harmonizar seus sentimentos mediante a construção conjunta e cooperativa de uma adequada comunicação, madura e efetiva.

O momento da audiência revela-se importante para a condução pacífica e responsável das partes envolvidas à arrumação de seus sentimentos e na retomada do controle

de suas vidas. Se bem utilizado, com extremo cuidado e consciência, é capaz de transformar o conflito em uma experiência altamente positiva.

A audiência de mediação é obrigatória em todas as ações de família, podendo dividir-se em tantas sessões quantas sejam necessárias para viabilizar a solução consensual do conflito levado a juízo. Recebida a petição inicial, o juiz ordenará a citação da parte ré para comparecer à audiência de mediação e conciliação, fazendo-se acompanhar de advogado ou de defensor público. O juiz homologará o acordo celebrado; não realizado o acordo, passarão a incidir as regras do procedimento comum. Devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas do conhecimento, socorre-se do mediador, um agente neutro e imparcial, que auxilia as partes no restabelecimento da comunicação entre elas. O mediador não sugere nem contrapõe, devendo as partes alcançar por si a solução ideal para o conflito instalado.

O objetivo da mediação é eliminar ou minimizar o conflito, porém, as pessoas temem que o conflito escape ao seu controle e passam a agir com ansiedade e impaciência, dificultando os objetivos traçados. Com a mediação, entretanto, é possível tornar o conflito produtivo, no caso, um divórcio saudável para as partes e, principalmente, para os filhos. O conflito pode ser o caminho para promover novas formas de relacionamento com as demais pessoas do entorno familiar e continuar a vida.

Os conflitos entre as partes originam-se por questões específicas ou de conduta, que se repetem caso a caso, também por disputas econômico-financeiras, que, embora tediosas, resolvem-se por múltiplas maneiras de quantificá-las e de proceder sua repartição. Quanto aos filhos, o ponto mais relevante das rupturas conjugais, os mediandos devem buscar o que melhor atende os interesses das crianças, com a mais absoluta prioridade, independentemente e acima dos interesses dos pais. Devem elaborar um plano parental, de uso corrente em países da Europa, pelo qual os mediandos comprometem-se a manter um nível de informações pessoais e a organizar a vida cotidiana dos filhos.

Na audiência, as partes devem buscar um acordo plenamente rico e benéfico para todos, factível de execução continuada e sem traumas, pois a ruptura conjugal exige mudanças em seus hábitos diários e satisfatoriamente deve ser sério, com comprometimento de seu cumprimento prático e quando surja qualquer dificuldade seja imediatamente comunicada ao outro, para o bem de todos. O acordo deve ser cuidadoso, com a intenção de progredir compartilhadamente, não agredir nem pretender assumir o controle da mediação, não formular críticas ou culpas nem comparações. Esse esforço resultará em ganhos de segurança e tranquilidade aos filhos. O acordo deve ser amoroso, não querer todas as condições ótimas para si e pensar mais alto nos filhos. Essa abdicção pode ser dolorosa, mas expressa amor ao superar a ruptura marido-mulher e amalgamar a relação

pai/mãe/filho. Sobretudo, deve ser um acordo responsável. Cada parte deve assumir seus atos e avaliar honestamente as diversas soluções para cada dificuldade.

Os acordos resultantes da audiência de mediação, forjam poderosa aliança entre os pais na criação de seus filhos, que seguirão a vida espelhados na seriedade, no cuidado, no amor e responsabilidade de seus pais. Não é demais lembrar, que em matéria de disputas familiares não há vencedores nem vencidos, apenas filhos felizes.

8. Conclusões

Enquanto alternativa inovadora às formas tradicionais de resolução de conflitos, a mediação oferece ao casal em fase de separação ou divórcio um contexto adequado à negociação de seus interesses, possibilitando a continuidade madura e harmoniosa das relações familiares rompidas, sem traumas nem ressentimentos. É uma técnica interdisciplinar, subsidiária e complementar ao Judiciário, que reconhece nas pessoas interessadas a capacidade e responsabilidade na resolução de seus próprios conflitos, intrinsecamente pessoais. Nesta seara, a intervenção estatal, dizem Antônio Farinha e Conceição Lavadinho, é reservada à salvaguarda do interesse do menor (...). A desjudicialização das questões familiares tem, assim, apenas como limites a justiça e a equidade.⁹⁶

96 FARINHA, A. H. L.; LAVADINHO, C. *Mediação familiar e responsabilidades parentais*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 35.

Nas ações de família, o momento da audiência de mediação, para além da coleta de depoimentos e juntada de documentos, é o espaço diferenciado, o *locus* legítimo e adequado ao diálogo, ou para o melhor exercício de suas autonomias, na estruturação de novos caminhos e fronteiras de cada um dos sujeitos. A audiência de mediação protege e promove, sobretudo, o princípio da dignidade humana devido aos conflitantes.

Bibliografia

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v. 15, n.2, jul-dez/2003.

BARBOSA, A. A. *Mediação familiar – uma nova mentalidade em direito de família*. Disponível em www.brasiljuridico.com.br.

_____. *O direito de família e a mediação familiar*. In Direito de família e ciências humanas. Caderno de estudos nº 1, coord. Eliana Riberti Nazareth. São Paulo: Jurídica Brasiliense, 1997

BREITMAN, S.; PORTO, A. C. *Mediação familiar – uma intervenção em busca da paz*. Porto Alegre: Criação Humana, 2001

CAMBI, Eduardo. *Audiência de conciliação ou de mediação*. In: Arruda Alvim Wambier; Didier Jr, Fredie; Talamini, Eduardo; Daniel, Bruno. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015.

CORREIA, Atalá; SORRENTINO, Luciana Yuki F., *Mediação em Conflitos de Família: A Experiência do TJ-DFT. Revista de Direito de Família e das Sucessões*, Ano 1, vol. 2 – out-dez/2014. São Paulo: ADFAS, RT, 2014, p. 11-27.

FARINHA, A. H. L.; LAVADINHO, C. *Mediação familiar e responsabilidades parentais*. Coimbra: Almedina, 1997.

GORVEIN, N. S. *Divorcio y mediación – construyendo nuevos modelos de intervención en mediación familiar*, 3ª. ed. Mérida (México): Maldonado Editores, 1999

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano. *Mediação e Gerenciamento do Processo*. São Paulo: Atlas, 2008.

GRUNSPUN, H. *Mediação familiar – o mediador e a separação de casais com filhos*. São Paulo: LTr, 2000.

MOORE, C. W. *O processo de mediação - estratégias práticas para a resolução de conflitos*. Porto Alegre: Artmed, 1998.

OLIVEIRA, A. *Mediação: métodos de resolução de controvérsias*. São Paulo: LTr, 1999.

RIOS, Paula Lucas. *Mediação familiar – estudo preliminar para uma regulamentação legal da mediação familiar em Portugal*. Disponível em www.verbojuridico.net.

SERPA. M. de N. *Mediação de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999

VEZZULLA, J. C. *Psicanálise no direito: mediação*. In Direito de família e ciências humanas. Caderno de estudos nº 2, coords. Eliana Riberti Nazareth e Maria Antonieta Pisano Motta. São Paulo: Jurídica Brasiliense, 1998

VILLUENGA, Leticia Garcia. *Mediación en conflictos familiares*. Madrid: Reus, 2006

ZARIF, Claudio Cintra. *Das Ações de Família*. In: Arruda Alvim Wambier, Tereza; Didier Jr., Fredie; Talamini, Eduardo. Dantas, Bruno. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015.

ASPECTOS DA MEDIDA ASSECURATÓRIA DE SEQUESTRO NO CONTEXTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Dean Fabio Bueno de Almeida

Professor nos cursos de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR e da Faculdade de Educação Superior do Paraná - FESPPR. Mestre em Educação e em Direito Econômico e Social. Doutorando em Filosofia pela PUCPR. Curitiba, Estado do Paraná, Brasil. E-mail: dean.almeida@pucpr.br e dean@fesppr.br

Resumo: O artigo apresenta uma reflexão acerca do sequestro, enquanto medida cautelar de natureza patrimonial no direito processual penal brasileiro. Tendo como pressuposto teórico a teoria constitucional do processo penal, procura evidenciar a importância desta medida frente aos efeitos de uma nova criminalidade, de caráter organizado e em muitos momentos transnacional, que atinge sistematicamente bens jurídicos de natureza supraindividuais, produzindo efeitos danosos difusos, com proporções que

atingem graus muito distintos daqueles relacionados com o direito penal clássico. Diante deste fenômeno, o desafio que se apresenta é o de conciliar esta medida assecuratória, verdadeira tutela de urgência, com o sistema de direitos e garantias próprio do Estado Democrático de Direito. O trabalho procura contribuir no enfrentamento do desafio de garantir a eficácia de uma possível sentença condenatória, no que diz respeito aos seus efeitos patrimoniais, sem negligenciar os valores expressos por princípios como devido processo legal, presunção de inocência, contraditório e ampla defesa.

Palavras-chave: medidas assecuratórias, sequestro, lavagem de dinheiro, crime organizado.

Sumário: INTRODUÇÃO – 1 ASPECTOS GERAIS DAS MEDIDAS ASSECURATÓRIAS – 2 O SEQUESTRO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO – 3 OS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS DO SEQUESTRO E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS – CONSIDERAÇÕES FINAIS – REFERÊNCIAS.

1. Introdução

Todo estudo desenvolvido acerca de determinado tema tende a ser o reflexo de alguma forma de abordagem previa e intencionalmente escolhida. No presente caso, o tema analisado é a medida cautelar de natureza patrimonial, regulada pelo direito processual penal, denominada

de sequestro. Quanto a perspectiva escolhida para orientar tal reflexão trata-se de uma abordagem crítica, na qual o processo penal não é entendido como ferramenta estatal a serviço do enfrentamento da criminalidade, mas, sim, como instrumento voltado a humanização da função punitiva no contexto do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, importa lembrar que, “conquanto essa razão de ser do processo penal tenha sido substancialmente desvirtuada, após a Segunda Guerra Mundial, ao sabor do neoconstitucionalismo ou do estado constitucional, houve a recuperação do perfil democrático do processo penal”⁹⁷. No Brasil, esta concepção do processo penal começou a se fazer presente após a promulgação da Constituição de 1988, na medida em que os direitos fundamentais foram ganhando força normativa, permitindo o surgimento de uma teoria constitucional do processo penal.

Gradativamente, a instrumentalidade do processo penal foi apresentando um abrandamento da tradicional ideia de que ele estaria unicamente a serviço da satisfação de uma pretensão acusatória e/ou punitiva, passando a destacar, também, sua função constitucional-garantidora da máxima eficácia dos direitos e garantias individuais⁹⁸. Ao longo das últimas três décadas, um grande esforço veio

97 SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 3.

98 LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 66.

sendo realizado para evidenciar a relevante e indispensável função do processo penal como instrumento a serviço da realização do projeto democrático.

Concomitantemente, o Brasil – e o mundo – tem vivenciado o avanço de uma “nova criminalidade”, de caráter organizado e com repercussão transnacional⁹⁹, responsável pela prática, dentre outras, de infrações penais relacionadas com o tráfico de drogas e de seres humanos, com o contrabando de armas e o terrorismo, bem como em detrimento do patrimônio público, da ordem econômica e do meio ambiente. São ilícitos penais que atingem sistematicamente

99 O relatório “*Transnational Crime and the Developing World*”, publicado em março de 2017 pela *Global Financial Integrity*, revela que o crime transnacional é um “negócio” que movimenta uma média de US \$ 1,6 trilhão e US \$ 2,2 trilhões por ano. O estudo avalia o tamanho total dos mercados criminais em 11 categorias: o tráfico de drogas, armas, seres humanos, órgãos humanos e bens culturais, bem como a contrafação, o comércio ilícito da vida selvagem, a pesca ilegal, a exploração ilegal de madeira, a mineração ilegal e o roubo de óleo cru. O dinheiro é a principal motivação para essas atividades ilegais. Das 11 atividades ilícitas estudadas, a contrafação (US \$ 923 bilhões a US \$ 1,13 trilhão) e o tráfico de drogas (US \$ 426 bilhões a US \$ 652 bilhões) são as que geram maior valor, respectivamente. A extração ilegal de madeira é o crime mais lucrativo envolvendo recursos naturais (US \$ 52 bilhões a US \$ 157 bilhões). Esses valores demonstram a magnitude e a séria ameaça representada pela criminalidade transnacional global. As receitas geradas pelos 11 crimes cobertos neste relatório não apenas enchem os bolsos dos perpetradores, mas também financiam a violência, a corrupção e outros abusos. Muito raramente as receitas do crime transnacional produzem qualquer benefício a longo prazo para os cidadãos, as comunidades ou as economias dos países em desenvolvimento. Em vez disso, os crimes minam as economias locais e nacionais, destroem o meio ambiente e comprometem a saúde e o bem-estar do público (Disponível em: [<http://www.gfintegrity.org/report/transnational-crime-and-the-developing-world/>] Acesso em: 08.04.2017).

todo um conjunto de bens jurídicos de natureza supraindividuais, cujos efeitos danosos se mostram difusos, com proporções que transcendem aquelas relacionadas com o direito penal clássico. Esse novo cenário é marcado pelo avanço de uma “criminalidade reditícia”, que faz voltar o lucro através de um processo cíclico de reinvestimento no próprio crime, ou seja, os lucros provenientes das atividades ilícitas são sistematicamente reinvestidos para fomentar novas práticas ilícitas¹⁰⁰. A medida que este ciclo investimento-crime-ganho-reinvestimento-crime-ganho se retroalimenta indefinidamente, gera uma concorrência desleal e injusta no mercado, provocada pelo permanente aporte de recursos oriundos de atividades ilícitas nos mercados formais.

Consequentemente, mesmo antes da execução do delito, ainda na fase da cogitatio e conatus remotus, o lucro tem um papel fundamental e decisório, pois integra a dinâmica da probabilidade de ganho com os riscos de perda, razão pela qual as medidas de perda de bens tornam-se instrumentos primordiais para o enfrentamento da criminalidade organizada, dedicada a crimes econômicos e financeiros. O lucro proveniente de diferentes atividades ilícitas, de difícil comprovação, é o motor ativo desta nova

100 CAEIRO, Pedro. **Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia** (em especial, os procedimentos de confisco *in rem* e a criminalização do enriquecimento “ilícito”). *In*: Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Ano 21, nº 2, Abril-Junho 2011. Coimbra Editora, p. 267-321. No mesmo sentido Cf. LINHARES, Solon Cícero. **Confisco de bens**: uma medida penal, com efeitos civis contra a corrupção sistêmica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 60.

criminalidade¹⁰¹. Frente a esta realidade uma nova política criminal deve se pautar pela repressão à lavagem de dinheiro, na medida em que não se trata de somente mais um ilícito penal, mas de uma atividade essencial à retroalimentação da moderna delinquência e à sua inserção em meio às atividades econômicas lícitas.

Nas últimas décadas as diferentes instituições formais de enfrentamento ao crime organizado, tanto na Europa como nos EUA, puderam verificar que seu principal ponto de fragilidade reside no pilar financeiro. É o patrimônio dessas organizações que possibilita a prática das atividades delituosas de forma tão expressiva e danosa, e o seu reinvestimento é a causa para sua permanente existência¹⁰². Diante disso, o aparato formal do Estado está na busca de instrumentos cada vez mais eficientes de cerceamento da reutilização dos recursos auferidos de forma ilícita nas práticas criminais. Porém, não apenas como ferramentas de enfrentamento e repressão, mas, também, como instrumentos de humanização da função punitiva do Estado Democrático de Direito.

2. Aspectos gerais das medidas assecuratórias

Para que uma conduta possa vir a ser considerada como crime, dentre outros aspectos, deve ser expressão do ser-livre que constitui o homem, pois, todo crime é uma

101 LINHARES. **Confisco de bens...**, 2016, p. 18.

102 LINHARES. **Confisco de bens...**, 2016, p. 90.

autogratificação indesejada pela sociedade, que a proíbe através do direito penal, enquanto instrumento mais poderoso em tempo de paz¹⁰³. Isto significa que o crime, por definição, compensa, mesmo quando não se trate de uma autogratificação puramente egoística. Sendo o crime estruturalmente compensação para o autor, a lei procura levantar obstáculos contra a sua prática, cominando penas, pois, “o crime não deve compensar”¹⁰⁴.

Objetivando evitar que o crime compense, a condenação criminal, após o transito em julgado, produz todo um conjunto de efeitos na vida do sentenciado. O efeito principal é a imposição de sanção penal, na forma de uma pena privativa de liberdade, restritiva de direitos e/ou de multa. Quanto aos efeitos secundários, estes podem ser de natureza penal ou extrapenal. Exemplos de efeitos secundários penais seriam a revogação da suspensão condicional da pena e do livramento condicional, a caracterização da reincidência na hipótese de prática de novo crime, o aumento do prazo da prescrição da pretensão executória, a interrupção da prescrição da pretensão executória, a revogação da reabilitação etc. Já os efeitos secundários extrapenais se dividem em genéricos (art. 91, CP¹⁰⁵) e específicos

103 CAEIRO. **Sentido e função do instituto**.... Ano 21, nº 2, Abril-Junho 2011. Coimbra Editora, p. 273.

104 *Ibidem*, p. 274 e 275.

105 Art. 91 - São efeitos da condenação: I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte

(art. 92, CP¹⁰⁶).

Os dois efeitos extrapenais genéricos são de natureza civil e automáticos¹⁰⁷, ou seja, independem de qualquer declaração expressa do ato decisório. O primeiro é o de tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime, o que pode ser feito mediante a ação executiva ex delicto ou a ação civil ex delicto. Naquele a sentença penal condenatória transitada em julgado é um título executivo judicial (art. 63, CPP¹⁰⁸) que, em virtude do princípio da

ou detenção constitua fato ilícito; b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso. § 1º Poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior. § 2º Na hipótese do § 1º, as medidas assecuratórias previstas na legislação processual poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda.

106 Art. 92 - São também efeitos da condenação: I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos. II - a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado; III - a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso. Parágrafo único - Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.

107 PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral e parte especial. 14ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 551.

108 Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros. Parágrafo único. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efe-

separação ou independência entre a responsabilidade penal e a responsabilidade civil (art. 935, CC¹⁰⁹), deverá ser liquidada pela vítima no juízo cível, visando tão somente a apuração do quantum da indenização devida, na chamada ação de execução ex delicto (art. 515, VI, CPC¹¹⁰). Importante ainda destacar o art. 387, IV, do CPP, segundo o qual, na sentença penal condenatória, o magistrado “fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido”. De qualquer modo, a execução da sentença condenatória deve ser proposta apenas contra o condenado, tendo em vista que só ele foi parte no processo penal.

Caso o ofendido não queira aguardar o desfecho da ação penal, poderá optar por ingressar com a ação civil ex delicto perante o juízo cível (art. 64, CPP¹¹¹). Tal iniciativa independe do trânsito em julgado de sentença condenatória na esfera criminal, podendo ser ajuizada logo em seguida à

tuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do *caput* do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido.

109 Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

110 Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: [...] VI - a sentença penal condenatória transitada em julgado; [...].

111 Art. 64. Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a ação para ressarcimento do dano poderá ser proposta no juízo cível, contra o autor do crime e, se for caso, contra o responsável civil. Parágrafo único. Intentada a ação penal, o juiz da ação civil poderá suspender o curso desta, até o julgamento definitivo daquela.

prática do crime. Seu ajuizamento independe, até mesmo, de já ter sido iniciada a ação penal. Além disso, pode ser promovida contra o ofensor, mas, também, em face de seu responsável legal, herdeiros ou coautor excluído da denúncia.

O segundo efeito extrapenal genérico é a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé, dos instrumentos do crime (*strumenta sceleris*) e do produto do crime (*producta sceleris*) ou de qualquer bem ou valor que caracterize proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso. Este efeito configura uma modalidade especial de confisco promovido pelo Estado, com o propósito de impedir a difusão de instrumentos idôneos à prática de infrações penais, bem como de vedar o indevido locupletamento patrimonial por parte do agente¹¹².

Entretanto, a aplicação da sanção penal, no Estado Democrático de Direito, está condicionada a existência de um devido processo legal, no qual o processo penal assume a condição de “instrumento de efetivação das garantias constitucionais”¹¹³. O constitucionalismo democrático se caracteriza por apresentar um perfil compromissório, dirigente e vinculativo, o que efetivamente possibilita à Constituição “constituir-ação do Estado”. Enquanto instrumento de humanização da função punitiva estatal, o processo penal democrático extrai seu fundamento de legitimidade da instrumentalidade constitucional. “Signifi-

112 PRADO. **Curso de direito penal brasileiro...**, 2015, p. 552.

113 LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 69.

ca dizer que o processo penal contemporâneo somente se legitima à medida que se democratizar e for devidamente constituído a partir da Constituição”¹¹⁴. O processo penal deixa de ser visto como mero instrumento de persecução do Estado para assumir a condição de instrumento de garantia das liberdades individuais. Não por outra razão, a Constituição Federal de 1988 consagrou como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Frente a esta evidente supremacia da pessoa humana e de suas liberdades individuais, o que o processo penal procura legitimar é o poder punitivo do Estado, fixando-lhe limites precisos e intransponíveis. É este processo penal democrático que, baseado nos imperativos do sistema acusatório, emerge como caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena.

Caminho que deve ser percorrido dentro de um “prazo razoável” (art. 5º, LXXVIII, CF/88), entendido este como o espaço de tempo necessário para que o Estado encontre meios de analisar e declarar, ou não, a responsabilidade daquele que figura como autor de uma infração penal. De qualquer forma, o processo de conhecimento exige esse lapso de tempo, até como exigência da ética e da justiça¹¹⁵, para se chegar a uma decisão refletida e segura, através do

114 *Ibidem*, p. 70.

115 CÂMARA, Luiz Antonio; LEARDIN, Márcia. Breves considerações sobre o sequestro no processo penal brasileiro. **Revista Jurídica - UNICURITIBA**. [online]. Curitiba, v. 27, n 11, p. 92-118, 2011. ISSN 2316-753X. Disponível na Internet: < <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/211>>. Acesso em: 05/04/2017, p. 94.

qual poderá ou não ser aplicada a sanção penal. Para assegurar os efeitos de uma eventual procedência do pedido formulado na ação, a parte interessada pode solicitar a realização de providências urgentes e provisórias, reduzindo o risco de ser diminuída ou anulada as consequências do pronunciamento final.

Dentre os instrumentos de que o Estado dispõe para garantir o sucesso do referido pronunciamento final, evitando assim que o crime compense, encontram-se as medidas assecuratórias de sequestro, hipoteca legal e arresto. Tais medidas exibem uma natureza cautelar, “já que essas providências têm como premissas o *periculum in mora* e o *fumus boni juris*, visando assegurar algumas situações ameaçadas pela demora do processo, ou seja, garantir o ressarcimento da vítima lesada pela ação criminosa e impedir o exaurimento do crime”¹¹⁶. Pretendem, através da limitação da disponibilidade de bens móveis e imóveis, assegurar a execução dos pronunciamentos patrimoniais de qualquer classe que possa incluir a sentença, não só à restituição de coisas, à reparação do dano e à indenização dos prejuízos, mas também o pagamento da multa e custas processuais¹¹⁷.

O sequestro é uma medida fundada no interesse público, utilizada para a retenção dos bens móveis ou imóveis, adquiridos pelo indiciado ou réu com os proventos da infração penal, objetivando a reparação do dano ao ofendi-

116 MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 722.

117 LOPES JR. **Direito processual penal...**, 2012, p. 906.

do, o custeio das despesas processuais e o pagamento das penas pecuniárias (arts. 125, 132 e 140, CPP). A hipoteca legal é medida que recai apenas sobre os bens imóveis do indiciado ou réu, independentemente de sua origem, visando assegurar a reparação dos danos causados pela infração penal, bem como ao pagamento da pena pecuniária e das despesas processuais (art. 134, CPP). Já o arresto é a medida de retenção de qualquer bem, móvel ou imóvel, de caráter não litigioso, com o fim de evitar possível fraude por parte do acusado, assegurando sua solvência na liquidação de obrigação ou responsabilidade civil decorrente da infração penal (arts. 136 e 137, CPP).

No que diz respeito às suas normas gerais, as três medidas encontram-se reguladas pelo Código de Processo Penal, no Título VI (Das Questões e Processos Incidentes), Capítulo VI (Das Medidas Assecuratórias), arts. 125 a 144-A. Todavia, ao longo das últimas décadas, o instituto em questão passou a ter, ainda, previsão expressa em diferentes documentos normativos. É o caso da Lei 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional, autorizando, quando houver fundados indícios de responsabilidade, que seja formulado requerimento ao juízo competente visando a decretação do sequestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público (art. 16). Da mesma

forma, a Lei 9.613, de 3 de março de 1998 (alterada pela Lei 12.683/12), a qual dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, estabelecendo que, havendo indícios suficientes de infração penal, poderão ser decretadas medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, desde que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta mesma lei ou de quaisquer outras infrações penais antecedentes (art. 4º). No mesmo sentido, ainda, a Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, que define medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, autoriza, havendo indícios suficientes, decretar, no curso do inquérito ou da ação penal, a apreensão e outras medidas assecuratórias relacionadas aos bens móveis e imóveis ou valores consistentes em produtos dos crimes previstos nesta mesma lei, ou que constituam proveito auferido com sua prática (art. 60).

Mais recentemente, a Lei 13.260, de 16 de março de 2016, disciplinando o terrorismo, estabelece que, havendo indícios suficientes de conduta prevista nesta lei, poderá ser decretada, no curso da investigação ou da ação penal, medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta lei (art. 12). Também a Lei 13.344, de 6 de outubro de 2016, que dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pes-

soas e sobre medidas de atenção às vítimas, institui que, havendo indícios suficientes de infração penal, poderão ser decretas medidas assecuratórias relacionadas a bens, direitos ou valores pertencentes ao investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito do crime de tráfico de pessoas (art. 8º)¹¹⁸.

Finalmente, cabe lembrar o Decreto-Lei 3.240, de 8 de maio de 1941¹¹⁹, que sujeita a sequestro os bens de pes-

118 No âmbito dos tratados internacionais em que o Brasil é signatário, destacam-se: a) Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988 (Convenção de Viena), promulgada pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991; b) Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional de 2000 (Convenção de Palermo), promulgada pelo Decreto 5.015, de 12 de março de 2004; c) Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção de 2003 (Convenção de Mérida), promulgada pelo Decreto 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Em todos estes documentos existem dispositivos relacionados com medidas cautelares de natureza patrimonial, que inclusive serviram de base para a evolução normativa do ordenamento jurídico brasileiro.

119 AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. CAUTELAR DE SEQUESTRO DE BENS. DECRETO-LEI Nº 3.240/41. NÃO REVOGAÇÃO PELO CPP. SISTEMÁTICA PRÓPRIA. CRIME DE QUE RESULTA PREJUÍZO PARA A FAZENDA PÚBLICA. CABIMENTO. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. De acordo com reiterados precedentes deste Superior Tribunal de Justiça, **o Decreto-lei nº 3.240/41 não foi revogado pelo** Código de Processo Penal, tendo sistemática própria o sequestro de bens de pessoas indiciadas ou denunciadas por crime de que resulta prejuízo para a Fazenda Pública, sendo certo, outrossim, que o art. 4º do mencionado diploma dispõe que o sequestro pode recair sobre todo o patrimônio dos acusados e compreender os bens em poder de terceiros, contanto que estes os tenham adquirido com dolo ou culpa grave. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1530872/BA, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 04/08/2015, DJe 17/08/2015) (grifo nosso)

soas indiciadas por crimes de que resulta prejuízo para a fazenda pública. A medida deve ser decretada pela autoridade judiciária, sem audiência da parte, a requerimento do ministério público fundado em representação da autoridade incumbida do processo administrativo ou do inquérito policial (art. 2º), desde que haja indícios veementes da responsabilidade (art. 3º), podendo recair sobre todos os bens do indiciado, e compreender os bens em poder de terceiros desde que estes os tenham adquirido dolosamente, ou com culpa grave (art. 4º).

Entretanto, em qualquer caso, as medidas assecuratórias constituem uma forma de tutela cautelar que não é prestada por meio de um “processo cautelar”, autônomo em relação ao processo principal. “No processo penal, a tutela cautelar é prestada independentemente do exercício de uma ação cautelar, que daria origem a um processo cautelar. Há, apenas, simples medidas cautelares, sem a necessidade de um processo cautelar autônomo e com base procedimental própria”¹²⁰. As providências cautelares são efetivadas de modo incidental, pleiteadas mediante simples requerimento, independentemente de petição inicial, ou determinadas até mesmo de ofício. Não há no sistema processual penal brasileiro um verdadeiro processo penal cautelar, mas apenas medidas cautelares, na forma de inci-

120 BADARÓ, Gustavo Henrique. Medidas cautelares patrimoniais no processo penal. *In: Direito penal econômico: crimes econômicos e processo penal.* Celso Sanchez Vilard, Flavia Rahal Bresser Pereira, Theodormiro Dias Neto (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2008, p. 172.

dentados de um outro processo. Isso evidencia acessoriedade das medidas assecuratórias, pois dependem de um processo principal, não possuindo vida autônoma em relação a este. “O destino destas medidas cautelares está umbilicalmente ligado ao do processo que visa tutelar. Se é instrumento a serviço de um processo de conhecimento ou execução, não pode ser vista como medida autônoma ou com existência abstraída desse outro processo”¹²¹. São acessórias, portanto, do processo que visam tutelar, ficando umbilicalmente ligadas à sua sorte.

As cautelares patrimoniais do processo penal se caracterizam, também, pela provisoriedade, no sentido de que “possuem vigência limitada no tempo, durando um período determinado ou, no máximo, até o trânsito em julgado de uma sentença condenatória”¹²². Encerrado o processo, elas serão convertidas em medidas definitivas, em caso de condenação, ou serão revogadas, em caso de absolvição.

As medidas cautelares reais são, ainda, marcadas pela instrumentalidade, ou seja, são meios utilizados com a finalidade de tutelar outros bens jurídicos e assegurar o cumprimento das medidas definitivas. Porém, é uma instrumentalidade hipotética, pois a análise se faz tendo em vista a probabilidade de êxito, sem que haja certeza de que o processo principal será favorável ao requerente da medida. Trata-se de uma análise meramente hipotética, “em

121 MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 27.

122 *Ibidem*, p. 28.

juízo não exauriente, de sorte que a medida cautelar é concedida sempre à luz da provável hipótese de ser concedida a providência definitiva”¹²³. É baseada em um preventivo cálculo de probabilidade sobre aquele que poderá ser o conteúdo do futuro procedimento principal (*fumus boni iuris*) e de urgência, diante do risco de deterioração dos bens ou alienação fraudulenta (*periculum in mora*).

A sumariedade é também uma importante característica das medidas assecuratórias, evidenciando que, enquanto modalidade de tutela cautelar, o juízo de cognição que lhe é próprio, no que se refere à sua profundidade, não é exauriente, mas sumário. Em virtude do caráter de urgência da medida (*periculum in mora*), não é concedida com base em uma certeza judicial, mas em uma cognição sumária, em uma análise “preliminar” dos elementos de prova (*fumus boni iuris*). Em síntese, nas medidas cautelares, o *thema decidendum* se baseia na probabilidade de dano e na probabilidade do direito¹²⁴.

Outra característica inerente as medidas cautelares patrimoniais é a referibilidade, que consiste no fato de que devem estar necessariamente vinculadas a uma determinada situação concreta de direito material, diante da qual o provimento cautelar tem a função de assegurar a utilidade e a eficácia do provimento final condenatório que tenha por objeto tal direito. “No caso das medidas assecuratórias

123 *Ibidem*, p. 27.

124 *Ibidem*, p. 28.

patrimoniais, a referibilidade significa que a constrição patrimonial não poderá ser mais intensa do que o valor do dano a ser satisfeito ao final, em caso de condenação¹²⁵.

Finalmente, a proporcionalidade é uma característica essencial para as medidas assecuratórias, na medida em que o gravame causado pela tutela cautelar deve ser proporcional à constrição ou restrição que poderá ser determinada ao direito, com o provimento final do processo a que se pretende acautelar. Mais do que uma característica das medidas cautelares, trata-se de um verdadeiro princípio que deve orientar a conduta do juiz frente ao caso concreto, balizando a realização de um juízo de ponderação entre a gravidade da medida imposta e a finalidade pretendida, sem perder de vista a densidade do periculum in mora e do fumus boni iuris. Esse exame de proporcionalidade, decorrência lógica da instrumentalidade e da provisoriedade, deve ocorrer tanto em relação à aplicação da medida como, também, no que se refere a sua duração, extensão e execução¹²⁶.

3. O sequestro no processo penal brasileiro contemporâneo

Dentre as modalidades de medidas assecuratórias, o presente estudo volta-se agora para a sistemática da primeira dentre elas, o sequestro de bens, regulado pelos arts. 125 a 133, do CPP. O sequestro é uma medida assecuratória de

125 BADARÓ. Medidas cautelares patrimoniais..., 2008, p. 171.

126 *Ibidem*, p. 171.

natureza patrimonial, determinada judicialmente, na defesa do interesse público, com a finalidade de garantir a efetividade de uma possível decisão condenatória em relação ao perdimento de bens, móveis ou imóveis, quando comprovado que estes foram adquiridos pelo imputado com o produto da infração penal. Esta é a definição extraída da redação do art. 125, do CPP, que estabelece textualmente: “Caberá o seqüestro dos bens imóveis, adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiro”.

Para melhor compreender o objeto do sequestro é preciso destacar a distinção entre os conceitos de instrumento, produto e proveito da infração penal. Em primeiro lugar, instrumento da infração penal (*instrumenta sceleris*) é todo objeto ou coisa empregado para a realização da atividade delituosa. É o caso da arma de fogo no crime de roubo ou da chave falsa no furto qualificado. Por outro lado, produto da infração penal (*producta sceleris*), também denominado de produto direto da infração penal, é o resultado útil imediato da atividade criminosa, como, por exemplo, o veículo subtraído no crime de furtado ou o dinheiro subtraído no crime de roubado. E, finalmente, proveito da infração penal (*fructus sceleris*), também chamado de produto indireto ou provento da infração penal, refere-se ao resultado útil mediato da atividade criminosa, ou seja, a vantagem auferida pelo agente em decorrência da utilização ou transformação econômica do produto direto da infração penal. É o que ocorre quando o agente recebe determinada quantia

em dinheiro com a venda do veículo furtado, ou quando compra um imóvel com o dinheiro roubado.

De acordo com as disposições do CPP, a medida cautelar a ser utilizada em relação ao instrumento e ao produto direto da infração penal, que em muitos casos constituem o próprio corpo de delito, é a busca e apreensão, como se pode observar a partir da redação dos arts. 6º, II¹²⁷ e 240, § 1º¹²⁸, do CPP. Por outro lado, em se tratando de provento (ou produto indireto) da infração penal, incide a medida assecuratória de sequestro, visto que o anteriormente mencionado art. 125, do CPP, refere-se a bens imóveis adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração. Da mesma forma o art. 132, do CPP¹²⁹, quando determina que, existindo indícios veementes de proveniência ilícita, seja procedido o sequestro dos bens móveis se, não for cabível a busca e apreensão (arts. 240 a 250, do CPP)¹³⁰.

127 Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: [...] II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; [...].

128 Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal. § 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para: [...] b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos; c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos; d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso; e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu; [...].

129 Art. 132. Proceder-se-á ao seqüestro dos bens móveis se, verificadas as condições previstas no art. 126, não for cabível a medida regulada no Capítulo XI do Título VII deste Livro.

130 No mesmo sentido: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 19ª ed. São Paulo, Atlas, 2015, p. 315.

Exceção a esta regra ocorreria no caso de o agente utilizar-se do produto direto da infração penal para adquirir coisas (produto indireto) cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitui fato ilícito. Em outras palavras, constituem a materialidade (corpo de delito) de outro crime. Seria o caso do agente que rouba determinada quantia em dinheiro (produto direto) e, em seguida, adquire substâncias entorpecentes ou armas ilegalmente (produto indireto). Nesta hipótese, deverá ocorrer a busca e apreensão do objeto ilícito, mesmo se tratando de provento do crime. “Outra situação que deve ser considerada é quando os bens subtraídos, por exemplo, são modificados ou transformados, gerando bens diversos daqueles originariamente furtados ou roubados”¹³¹. É o caso, por exemplo, de joias furtadas que, após serem derretidas e transformadas, geram um novo bem.

Porém, com o advento da Lei 9.613/98 (crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores), principalmente após as alterações promovidas pela Lei 12.683/12, a medida de sequestro teve sua aplicabilidade ampliada. Originariamente, o art. 4º da Lei Antilavagem estabelecia que “havendo indícios suficientes, poderá decretar, no curso do inquérito ou da ação penal, a apreensão ou o seqüestro de bens, direitos ou valores do acusado, ou existentes em seu nome, objeto dos crimes previstos nesta Lei, procedendo-se na forma dos arts. 125 a 144 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal”. Dessa

131 LOPES JR. **Direito processual penal...**, 2012, p. 914.

forma, o dispositivo permitia a manutenção da mesma sistemática do CPP, ou seja, o uso da busca e apreensão para os instrumentos e produtos, e do sequestro para os proventos. Mas, com as alterações promovidas pela Lei 12.683/12, o art. 4º da Lei 9.613/98 passou a dispor que, “havendo indícios suficientes de infração penal, poderá decretar medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta Lei ou das infrações penais antecedentes”¹³². Esta nova redação acabou por ampliar o objeto do sequestro, que deve incidir sobre os bens imóveis ou móveis adquiridos com os proventos da infração penal, bem como daqueles que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos Lei 9.613/98 ou das infrações penais antecedentes.

Diante disso, o sequestro pode ser definido como “medida assecuratória, fundada no interesse público, e antecipativa do perdimento de bens como efeito da condenação, no caso de bens produto do crime ou adquiridos pelo agente com a prática do fato criminoso”¹³³. Trata-se de providência cautelar cuja finalidade é evitar a vantagem econômica do acusado com a prática da infração penal, a ser decretada quando demonstrada a existência de indí-

132 A mesma redação é encontrada no art. 12, da Lei 13.260/16 (Lei Antiterrorismo) e no art. 8º, da Lei 13.344/16 (Lei do Tráfico de Pessoas).

133 GRECO FILHO, Vicente. **Processo penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 198.

cios veementes da proveniência ilícita dos bens (art. 126, do CPP)¹³⁴. Com isso busca o enfraquecimento dos resultados inerentes aos crimes de natureza patrimonial, servindo como meio preventivo ou dissuasório de ações dessa natureza. Almeja, também, a reparação da vítima, resguardando a possibilidade de recomposição patrimonial do dano sofrido com o crime¹³⁵.

134 PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. 1. CRIMES DE FRAUDE À EXECUÇÃO, QUADRILHA E LAVAGEM DE DINHEIRO. MEDIDAS ASSECURATÓRIAS. SEQUESTRO DE IMÓVEIS E BLOQUEIO DE ATIVOS. DÍVIDA TRIBUTÁRIA DE MAIS DE 71 MILHÕES DE REAIS. DECISÃO DEVIDAMENTE MOTIVADA. ART. 126 DO CPP. 2. DESNECESSIDADE DE CORRELAÇÃO ENTRE AS CONSTRIÇÕES E CADA DÉBITO TRIBUTÁRIO DE FORMA LINEAR. NARRATIVA FÁTICA QUE JUSTIFICA AS MEDIDAS CONSTRITIVAS. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 3. RECURSO IMPROVIDO. 1. O art. 126 do Código de Processo Penal dispõe que, **para a decretação do sequestro, bastam indícios veementes da proveniência dos bens**. No caso, a medida assecuratória está não apenas juridicamente motivada, mas também faticamente, haja vista constar nos autos a existência de uma dívida de R\$ 71.498.751,75 (setenta e um milhões, quatrocentos e noventa e oito mil, setecentos e cinquenta e um reais e setenta e cinco centavos) em tributos estaduais, imputada aos recorrentes. 2. Encontra-se devidamente motivada a constrição patrimonial, conforme disciplina o Código de Processo Penal, com suporte fático efetivamente demonstrado, não sendo imprescindível à medida, pois, a linear correlação com as execuções fiscais fraudadas. Note-se que, acaso os recorrentes entendam haver excesso na medida cautelar, cabe à defesa demonstrar referida circunstância, uma vez que se mostra devidamente observado o regramento legal. Dessa forma, não há se falar em direito líquido e certo. 3. Recurso em mandado de segurança a que se nega provimento. (RMS 37.506/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 08/09/2015, DJe 14/09/2015) (grifo nosso)

135 CÂMARA; LEARDIN. Breves considerações sobre o sequestro..., 2011, p. 96.

Caberá a medida de sequestro em relação aos bens imóveis, adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiro (art. 125). Embora o dispositivo se refira aos “proventos da infração”, a doutrina tem admitido que o sequestro tenha por objeto também o produto direto da infração penal¹³⁶. Já em relação aos bens móveis, proceder-se-á ao sequestro apenas no caso de não se mostrar cabível a medida de busca e apreensão (art. 132). Em qualquer hipótese é necessário que os bens atingidos sejam aqueles resultantes de uma infração penal¹³⁷. Não se trata de uma restrição que possa

136 BADARÓ. Medidas cautelares patrimoniais..., 2008, p. 179.

137 AGRAVOS REGIMENTAIS. PROCESSO PENAL. SEQUESTRO DE BENS E VALORES. ART. 4º DA LEI 9.613/1998 C/C ARTS. 125 E 126 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E ART. 91, § 1º E 2º, DO CÓDIGO PENAL. EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS VEEMENTES DA PROVENIÊNCIA ILÍCITA DOS BENS. ELEMENTOS INDICIÁRIOS REVELADORES DE SOFISTICADO ESQUEMA DE LAVAGEM DE DINHEIRO ENVOLVENDO O INVESTIGADO E EMPRESAS A ELE VINCULADAS. NECESSIDADE E ADEQUAÇÃO DA MEDIDA CONSTRITIVA DEMONSTRADAS. AGRAVOS REGIMENTAIS A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O art. 4º, caput, da Lei 9.613/1998, na redação da Lei 12.683/2012 – aplicável desde logo, nos termos do art. 2º do Código de Processo Penal (RHC 115563, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe de 28.3.2014) – dispõe que “o juiz [...], havendo indícios suficientes de infração penal, poderá decretar medidas assecuratórias de bens, direitos, ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta Lei ou das infrações penais antecedentes”. O § 4º do referido dispositivo permite, também, a decretação de medidas assecuratórias “sobre bens, direitos ou valores para reparação do dano decorrente da infração penal antecedente ou da prevista nesta Lei ou para pagamento de prestação pecuniária, multa e custas”. 2. O sequestro, previsto no Código de Processo Penal, **tem como objeto os produtos diretos ou indiretos do crime, sejam eles bens imóveis ou bens móveis não suscetíveis**

recair sobre todo o patrimônio do imputado, mas apenas em relação aqueles bens que foram adquiridos, direta ou indiretamente, com a prática do delito. Desta forma preserva-se a referibilidade da medida, ou seja, que ela esteja vinculada a uma situação fática específica de direito material, diante da qual o provimento cautelar procura assegurar a utilidade e a eficácia do provimento final condenatório¹³⁸.

de apreensão, bastando que haja indícios, desde que veementes, da proveniência ilícita dos bens. 3. No caso, o Ministério Público indica, por meio de elementos indiciários colhidos ao longo das investigações (documentos, depoimentos, extratos bancários, relatórios de inteligência financeira, informações fiscais, entre outros), o recebimento pelo investigado de, ao menos, 26 (vinte e seis) milhões de reais, por meio de sofisticado esquema de lavagem de dinheiro, envolvendo diversas pessoas físicas e empresas a ele vinculadas. 4. Conforme destacado pelo Procurador-Geral da República, “a estratégia adotada pelo parlamentar investigado e já denunciado, inclusive através de suas empresas ora agravantes, era vocacionada de maneira consciente, justamente para dificultar a origem ilícita dos valores. Assim sendo, urge que o sequestro recaia (e seja mantido) sobre bens equivalentes aos montantes recebidos, pois não será possível encontrar – até mesmo porque o dinheiro ‘não possui digital’, conforme comumente se afirma – os valores recebidos”. 5. Não há desproporcionalidade ou irrazoabilidade no deferimento da medida constritiva, uma vez que, “a contemporaneidade da aquisição dos ditos bens com a imputada prática de atos delituosos, os quais, segundo consta, envolveram elevadas somas de dinheiro. Circunstância bastante para autorizar a presunção de que se esta diante de produto da ilicitude” (Inq 705-AgR, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, DJ. 20.10.1995). 6. Agravos regimentais a que se nega provimento. (AC 3957 AgR, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 21/06/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-250 DIVULG 23-11-2016 PUBLIC 24-11-2016) (grifo nosso)

138 MANDADO DE SEGURANÇA. EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO. LEVANTAMENTO DE MEDIDAS CONSTRITIVAS. POSSIBILIDADE. MEDIDA CAUTELAR. VINCULAÇÃO À AÇÃO PENAL DE CONHECIMENTO. 1. Segundo a redação do art. 1º da Lei nº 12.016/2009, cabível mandado de segurança para a proteção de direito líquido e certo não

Não podem ser sequestrados bens que tenham sido adquiridos pela prática de uma infração penal diversa daquela que é objeto do inquérito policial ou da ação penal em que se requereu a medida cautelar, ainda que integrem o patrimônio ilícito do acusado.

Por outro lado, a medida de sequestro tem o poder de sobrepor-se a regra de impenhorabilidade do bem de família, quando existirem indícios de que o referido bem tenha sido adquirido com o produto direto da infração penal (art. 3º, da Lei 8.009/90)¹³⁹. Sobrepe-se, também, a regra da

amparado por habeas corpus, sempre que, ilegalmente, ou com abuso de poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, podendo o juiz conceder a liminar se atendidos os requisitos previstos no art. 7º, III, do citado diploma legal. 2. O direito líquido e certo a que se refere a lei é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento da impetração, devendo estar expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições para sua aplicação, de modo que a certeza e liquidez do direito devem ser comprovadas de plano. 3. **O processo que veicula medida incidental assecuratória deve guardar relação com a ação penal de conhecimento na qual se discute o crime cuja prática teria originado os valores objeto de constrição, impondo-se a propositura de medida incidental específica para os bens relativos a cada processo.** 4. Devem ser levantadas as restrições patrimoniais determinadas para assegurar a responsabilidade dos réus com relação aos delitos objeto da ação penal em que reconhecida a extinção da punibilidade pela prescrição. Cabe à defesa, querendo, questionar nos autos próprios a subsistência de eventuais gravames determinados em medidas assecuratórias vinculadas a outras ações penais. 5. Mandado de segurança conhecido, em parte. Na parte em que conhecido, concedida a segurança, para determinar o levantamento das restrições patrimoniais decorrentes da Ação Penal nº 2004.70.00.008143-3. (TRF4, MS 0000568-08.2016.404.0000, OITAVA TURMA, Relator JOÃO PEDRO GEBRAN NETO, D.E. 19/09/2016) (grifo nosso)

139 Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de exe-

impenhorabilidade de valores depositados em conta poupança, até o limite de 40 salários-mínimos¹⁴⁰ (art. 649, X, do CPP; art. 833, X, do NCPC¹⁴¹).

No que diz respeito a legitimidade, o art. 127, do CPP, confere ao juiz a faculdade para decretar de ofício o sequestro de bens, ou, ainda, a requerimento do órgão do Ministério Público que estiver atuando no processo, ou do ofendido. Neste último caso, “embora a lei não o diga, supõe-se, também, que, se o ofendido for incapaz, poderá fazê-lo seu representante legal ou, se morrer, seus herdeiros (CPP, art. 63)”¹⁴². A medida poderá ser igualmente decretada mediante representação da autoridade policial que estiver presidindo a investigação criminal. Em tal hipótese, sua admissibilidade deveria estar condicionada à concordância

ção civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido: [...]VI - por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens.

140 PENAL. PROCESSUAL PENAL. MEDIDA CAUTELAR. SEQUESTRO. CONTA DE POUPANÇA. ORIGEM. CLÁUSULAS DE IMPENHORABILIDADE. NÃO INCIDÊNCIA. A medida cautelar de seqüestro alcança bens e valores sobre os quais há fundados indícios de proveniência ilícita, nos termos do artigo 125 e seguintes do Código de Processo Penal. **Não escapam da constrição quantias aplicadas em conta poupança, sob o argumento da impenhorabilidade (Código de Processo Civil, artigo 649, X), se subsistem os indícios de ilicitude quanto à sua origem.** (TRF4, ACR 5053548-18.2015.404.7100, SÉTIMA TURMA, Relator MÁRCIO ANTÔNIO ROCHA, juntado aos autos em 22/04/2016) (grifo nosso)

141 Art. 833. São impenhoráveis: [...] X – a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos; [...].

142 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. Vol. 3. 33ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 50.

do Ministério Público, enquanto titular da ação penal de iniciativa pública¹⁴³. Por outro lado, a jurisprudência tem entendido que o partícipe ou o coautor da infração penal não detém legitimidade para requerer a decretação do sequestro. Neste ponto, o STJ manifestou-se no sentido de que o corrêu que teve seus bens sequestrados no âmbito de denúncia por crime de que resulta prejuízo para a Fazenda Pública (Decreto-Lei 3.240/1941) não tem legitimidade para postular a extensão da constrição aos demais corrêus, mesmo que o Ministério Público tenha manejado medida cautelar de sequestro de bens somente em relação àquele¹⁴⁴.

Em relação a possibilidade de o juiz decretar de ofício o sequestro, para uma parte da doutrina, poderia ser explicada pela presença do interesse público em determinados

143 LOPES JR. **Direito processual penal...**, 2012, p. 910.

144 RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PENAL. SEQUESTRO DE BENS. DECRETO-LEI Nº 3.240/41. PEDIDO DE EXTENSÃO DA CONSTRIÇÃO AOS DEMAIS CORRÊUS. FALTA DE LEGITIMIDADE DO REQUERENTE. APLICAÇÃO DO ART. 580 DO CPP. NÃO CABIMENTO. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. De acordo com o disposto no art. 2º do Decreto-Lei nº 3.240/41, somente o Ministério Público tem legitimidade para postular o sequestro de bens de pessoas indiciadas por crimes de que resulta prejuízo para a Fazenda Pública, daí porque não tem cabimento a pretensão formulada pelo recorrente, tampouco há falar em determinação de sequestro de bens pelo juízo, de ofício, em nome do poder geral de cautela. 2. A regra prevista no art. 580 do Código de Processo Penal no sentido de que o recurso de um aproveita aos demais corrêus não pode ser aplicada para estender aos outros denunciados a medida constriativa imposta ao recorrente. 3. Nesse contexto, a par de não ter legitimidade para pleitear o sequestro, não tem o recorrente direito líquido e certo de bloquear os bens dos demais corrêus. 4. Recurso a que se nega provimento. (RMS 48.619/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/09/2015, DJe 30/09/2015) (grifo nosso)

processos, bem como por se tratar de matéria estreitamente ligada ao mérito da ação penal, submetida, portanto, ao amplo conhecimento judicial¹⁴⁵. Neste caso, o magistrado deverá baixar a competente portaria, fazendo-a autuar em apartado. Por outro lado, corrente doutrinária diversa sustenta ser inadmissível o sequestro decretado de ofício pelo juiz por ser substancialmente inconstitucional, na medida em que se mostra absolutamente incompatível com o sistema acusatório-constitucional, além de violar a imparcialidade, princípio supremo do processo¹⁴⁶. Tal possibilidade desnuda por completo o modelo inquisitivo processual penal¹⁴⁷, que ainda se faz presente em vários momentos na legislação brasileira.

Quanto ao momento (ou oportunidade) para a decretação do sequestro de bens, demonstrada a sua necessidade, a medida poderá ser determinada em qualquer fase do processo de conhecimento, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado da sentença condenatória. Da mesma forma, poderá ser decretada na fase pré-processual (investigação criminal), antes de oferecida a denúncia ou queixa (art. 127, do CPP)¹⁴⁸. Porém, neste último caso, as investigações

145 OLIVEIRA. **Curso de processo penal...**, 2015, p. 316.

146 LOPES JR. **Direito processual penal...**, 2012, p. 910.

147 CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 334.

148 PENAL E PROCESSUAL PENAL. OPERAÇÃO “LAVA-JATO”. MEDIDAS ASSECURATÓRIAS. INDISPONIBILIDADE DE BENS DE PESSOA JURÍDICA. PATRIMÔNIO LÍCITO. CABIMENTO. MANUTENÇÃO DA RES-

já deverão ter recolhido elementos de informação aptos a demonstrar a existência dos indícios veementes da proveniência ilícita do bem a ser sequestrado¹⁴⁹.

Em qualquer caso, o pedido de sequestro será processado no juízo criminal, de forma incidental, ou seja, em autos apartados (art. 129, do CPP), apenso ao processo criminal principal. Assim, se os autos da investigação criminal já foram distribuídos, a competência será do juiz da ação, segundo as regras de organização judiciária. Neste caso, a portaria do juiz que determinou o sequestro de ofício será autuada em apartado, e, o requerimento do Ministério Público ou ofendido, ou a representação da autoridade policial, serão autuados também em autos apartados. Entretanto, se os autos da investigação ainda não foram distribuídos, de modo que a medida cautelar seja decretada antes do oferecimento da denúncia ou da queixa, o juiz que apreciar o pedido ficará com a sua jurisdição preventiva (art. 75, parágrafo único, do CPP)¹⁵⁰.

TRIÇÃO. 1. Viável a constrição de bens de origem lícita do patrimônio de pessoa jurídica, no âmbito de investigação ou processo penal, para garantir o ressarcimento de danos em virtude de condutas em tese praticadas por seus executivos, as quais beneficiaram diretamente a empresa. 2. Apelação criminal desprovida. (TRF4, ACR 5033700-54.2015.404.7000, OITAVA TURMA, Relator JOÃO PEDRO GEBRAN NETO, juntado aos autos em 04/04/2017) (grifo nosso)

149 BADARÓ. Medidas cautelares patrimoniais..., 2008, p. 180.

150 PENAL E PROCESSUAL PENAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA SUSCITADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. JUÍZES FEDERAIS VINCULADOS A TRIBUNAIS DIFERENTES. INQUÉRITO POLICIAL EM QUE SE INVESTIGA LAVAGEM DE DINHEIRO (ART. 1º DA LEI 9.613/98) E EVASÃO DE DIVISAS (PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 22 DA

Decretado o sequestro, no mesmo despacho o juiz

LEI 7.492/86) PRATICADOS POR INTEGRANTES DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA DEDICADA AO TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. MEDIDA ASSECURATÓRIA DE SEQUESTRO DE BENS CONEXA AO INQUÉRITO POLICIAL. DELITOS CONSUMADOS EM VÁRIOS ESTADOS. COMPETÊNCIA DEFINIDA PELA PREVENÇÃO (ART. 78, II, “C”, DO CPP). 1. Situação em que se investigam delitos de lavagem de dinheiro, ocultação de patrimônio e evasão de divisas praticados por integrantes de organização criminosa dedicada ao tráfico internacional de entorpecentes, com ramificações em vários Estados da Federação, entre os quais São Paulo, Mato Grosso do Sul, Santa Catarina, Minas Gerais e Bahia. O tráfico internacional de entorpecentes está sendo apurado em Vara Federal de Jaú/SP, enquanto que a investigação da evasão de divisas e lavagem de dinheiro foi direcionada para Vara Federal especializada na Capital paulista. Com a superveniência de pedido de sequestro de bens de alguns dos investigados, o Juízo da 10ª Vara especializada da Seção Judiciária de São Paulo declinou de sua competência para a Seção Judiciária de Santa Catarina, ao argumento de que as empresas supostamente utilizadas como fachada para os atos de lavagem de dinheiro estão localizadas tanto em Santa Catarina como no Paraná e os imóveis sob os quais se pretendia fosse feita a construção encontram-se localizados no Estado de Santa Catarina, local em que dois dos investigados residiam. 2. Diante do fato de que a organização criminosa possui ramificações em vários Estados, de que as empresas que, em tese, são utilizadas como fachada para os atos de lavagem de dinheiro estão localizadas tanto em Santa Catarina quanto no Paraná e de que as contas correntes utilizadas para a movimentação financeira ilícita seriam mantidas em instituições sediadas em diversas cidades do país, mostra-se inviável fixar a competência para o julgamento do Inquérito Policial e das Medidas cautelares a ele conexas com base nos critérios do art. 78, II, “a” (local da infração de pena mais grave) e “b” (local onde ocorreu o maior número de infrações), do CPP. 3. A competência fixada com base no domicílio ou residência do réu constitui regra subsidiária no Processo Penal. 4. **Exsurge, assim, como melhor regra para a definição da competência, no caso concreto, a prevenção**, tanto mais que a Vara Federal especializada da Capital de São Paulo parece já ter coletado um grande número de informações e evidências e o simples sequestro de bens pode ser promovido por meio de precatória, sem prejuízo para o bom andamento da coleta de novas provas. 5. Conflito conhecido, para declarar competente para o julgamento do inquérito policial o Juízo Federal da 10ª

determinará a expedição do competente mandado, contendo a descrição do bem cujo sequestro se ordenou, sua localização, o motivo e fins da diligência, sendo subscrito pelo escrivão e assinado pelo juiz¹⁵¹. Após a juntada do mandado aos autos do processo incidente, estando ele em ordem, e tratando-se de bem imóvel, ordenará o juiz que se proceda à inscrição do sequestro no Registro de Imóveis, nos termos do art. 167, I, 5, da Lei 6.015/73¹⁵² (art. 128, do CPP)¹⁵³. Recaindo a medida sobre bens móveis, como veículos automotores, deverá ser feita a comunicação ao órgão de trânsito respectivo, para que conste a restrição no documento do veículo, evitando que terceiros de boa-fé venham a adquirir o bem gravado.

Realizada a diligência do sequestro, podem ser opostos embargos, como instrumento de defesa. O CPP prevê

Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo. (CC 141.772/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2015, DJe 15/12/2015) (grifo nosso)

151 TOURINHO FILHO. **Processo penal...**, 2011, p. 50.

152 Art. 167 - No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos. [...] I - o registro: [...] 5) das penhoras, arrestos e seqüestros de imóveis; [...].

153 PENAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. IMÓVEL. SEQUESTRO. PROVEITO DE CRIME. BOA-FÉ. AUSÊNCIA DE PROVA. **Cabível a anotação de medida cautelar de seqüestro na matrícula de imóvel sobre o qual há indícios de que corresponda a proveito de crime** (artigo 125 do Código de Processo Penal). Não se justifica o levantamento da constrição a pedido do requerente que, além de não possuir a propriedade formal do bem (inscrição no registro de imóveis), não comprova suficientemente a condição de terceiro de boa-fé, a quem a lei penal ressalva o direito em face de possível perdimento (artigo 91, II, “b”, do Código Penal). (TRF4, ACR 5057457-14.2014.404.7000, SÉTIMA TURMA, Relator MÁRCIO ANTÔNIO ROCHA, juntado aos autos em 05/08/2015) (grifo nosso)

três hipóteses de embargos: a) embargos de terceiro senhor e possuidor; b) embargos do imputado (indiciado ou réu); e, c) embargos do terceiro de boa-fé.

Os embargos de terceiro senhor e possuidor, previsto no art. 129, do CPP, pode ser interposto por aquele que foi prejudicado pelo sequestro do bem e que pretende demonstrar que os bens sequestrados não têm qualquer relação com o acusado ou com a infração penal, pois recaíram sobre coisas pertencentes a terceiros estranhos ao delito¹⁵⁴. Estes embargos devem ser julgados logo, não se aplicando a regra de que não poderá ser pronunciada decisão antes de passar em julgado a sentença condenatória. Isso porque não seria justo a manutenção de tamanha violência ao direito de alguém que nada tem que ver com a infração penal apurada pelo processo criminal de conhecimento.

Já os embargos do imputado, previsto no art. 130, I, do CPP, sob o fundamento de não terem os bens sido adquiridos com os proventos da infração, ou seja, demonstrando a ausência dessa vinculação causal, ou ainda qualquer outro fundamento que possa atacar a legalidade do sequestro. Finalmente, os embargos do terceiro de boa-fé, previsto no art. 130, II, do CPP, que pode ser interposto por quem houverem os bens sido transferidos a título oneroso, pagando-se o preço de mercado, por isso sob o fundamento de tê-los adquirido de boa-fé.

154 LOPES JR. **Direito processual penal...**, 2012, p. 911.

Importante observar que a exigência de fundamentação vinculada dos embargos, nos casos previstos no art. 130, do CPP, podem esbarrar, no caso concreto, nas garantias constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal (art. 5º, LV e LIV, CF), visto que outros argumentos defensivos podem ser apresentados pelo imputado ou pelo terceiro de boa-fé, com o fim de atacar o núcleo legitimante da medida cautelar, seja na dimensão formal ou substancial¹⁵⁵.

Outro aspecto polêmico diz respeito a não existência de um prazo definido no CPP para a apresentação dos embargos. Diante desta lacuna, o melhor entendimento é o de que a apresentação dos embargos pode se dar a qualquer tempo, a partir da diligência de sequestro, não sendo cabível somente quando o processo já se encontra na fase de execução da sentença penal condenatória, no caso, avaliação e venda dos bens sequestrados, após o trânsito em julgado. De qualquer modo, no procedimento de embargos não poderá ser pronunciada decisão antes de passar em julgado a sentença condenatória proferida no processo criminal de conhecimento (art. 130, parágrafo único, do CPP). Trata-se de uma situação complicada, pois estabelece uma suspensão obrigatória dos embargos até o trânsito em julgado da sentença condenatória, o que poderá ocorrer apenas após um logo decurso de tempo, colocando em risco a ideia de proporcionalidade da medida.

155 OLIVEIRA. **Curso de processo penal...**, 2015, p. 317. No mesmo sentido: LOPES JR. **Direito processual penal...**, 2012, p. 911.

A decisão que decreta o sequestro deve atender à exigência constitucional imposta pela garantia da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, da CF). Desta decisão caberá, além dos embargos, recurso de apelação, nos termos do art. 593, II, do CPP¹⁵⁶, na medida em que se está diante de uma decisão com força de definitiva. Tal entendimento não é unânime, sendo que parte da doutrina discorda desta possibilidade, sustentando que a decisão que decreta o sequestro, como simples medida cautelar incidente, e não como processo autônomo, não é uma decisão definitiva ou com força de definitiva. “Trata-se de decisão interlocutó-

156 PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. OPERAÇÃO “LAVA JATO”. CONSTRIÇÃO PATRIMONIAL DETERMINADA À GUIZA DE MEDIDA CAUTELAR. DENEGAÇÃO DE SEGUIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO PELA CORTE FEDERAL. DESNECESSIDADE DE VINCULAR-SE A INTERPOSIÇÃO DO APELO AO PRÉVIO MANEJO E IRRESIGNAÇÃO PERANTE O JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU QUE DECRETOU A MEDIDA. RECURSO PROVIDO. I - Se o Código de Processo Penal estatui, para as cautelares patrimoniais, mecanismos de impugnação a serem veiculados perante o juízo de primeiro grau, que decretou a medida constritiva, e, não obstante, **a jurisprudência vem admitindo que se valha o interessado do recurso de apelação**, não há razão idônea conducente ao afastamento do mesmo alvitre no âmbito específico da Lei de Lavagem de Dinheiro. II - Apesar da possibilidade conferida ao acusado, ou à interposta pessoa, sobre quem recaia a medida assecuratória de bens prevista na Lei 9613/98, de postularem diretamente ao juiz a liberação total ou parcial dos bens, direitos ou valores constrictos, atendidos os demais pressupostos legais, isto não elide a possibilidade de manejo de apelação, na forma do art. 593, II, do Código de Processo Penal. Recurso especial provido, para determinar que o eg. Tribunal Regional Federal julgue a apelação como for de direito; declarado o prejuízo quanto à pretensão de anulação do acórdão de desprovemento dos embargos declaratórios. (REsp 1585781/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016) (grifo nosso)

ria, de natureza processual, que concede uma tutela cautelar com base em cognição sumária¹⁵⁷.

Em casos de urgência ou manifesta ilegalidade do ato coator, admite-se, ainda, a impetração do Mandado de Segurança, para atacar a decisão que decreta o sequestro de bens¹⁵⁸. É o que ocorre, por exemplo, quando a medida é determinada por juiz incompetente ou sem qualquer suporte legal. Entretanto, não se admite a impetração de Habeas Corpus¹⁵⁹, tendo em vista que

157 BADARÓ. Medidas cautelares patrimoniais..., 2008, p. 187.

158 AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. OPERAÇÃO “LAVA-JATO”. NOVOS ARGUMENTOS HÁBEIS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA. INEXISTÊNCIA. IMPE-TRAÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA DECISÃO PROFE- RIDA EM CAUTELAR QUE IMPLIQUE A CONSTRIÇÃO PATRIMONIAL. ADMISSIBILIDADE EXCEPCIONAL, NAS RESTRITAS HIPÓTESES DE TERATOLOGIA OU MANIFESTA ILEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. I - É assente nesta eg. Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos. II - **A impetração de mandado de segurança, contra a decisão que decreta o sequestro ou arresto de bens, somente se admite excepcionalmente, quando evidenciada a teratologia ou a manifesta ilegalidade da decisão constitutiva.** III - Sob pena de supressão de instância, não cabe a este Superior Tribunal de Justiça examinar requerimentos de levantamento da constrição patrimonial ou desbloqueio de bens, não apreciados na origem, em virtude de inadequação da via eleita. Agravo Regimental desprovido. (AgRg no RMS 50.554/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2016, DJe 22/08/2016) (grifo nosso)

159 HABEAS CORPUS – ADEQUAÇÃO – SEQUESTRO DE BENS MÓ- VEIS E IMÓVEIS E BLOQUEIO DE VALORES – INEXISTÊNCIA. **O habeas corpus** não é o meio adequado para impugnar ato alusivo a sequestro de bens móveis e imóveis bem como a bloqueio de valores. (HC 100889, Re-

a medida cautelar de sequestro não atinge o direito de locomoção do indiciado ou acusado.

Quanto ao levantamento do sequestro, poderá este ocorrer nas hipóteses definidas no art. 131, do CPP. A primeira delas ocorrerá se a ação penal não for intentada no prazo de 60 dias, contado da data em que ficar concluída a diligência. Relevante destacar que o marco inicial para o computo deste prazo será a data em que se efetivou a medida, e não o da intimação do Ministério Público ou do querelante¹⁶⁰. Também ficará sem efeito a medida se o terceiro, a quem tiverem sido transferidos os bens, prestar caução que assegure a aplicação do disposto no art. 91, II, “b”, do Código Penal. Finalmente, será levantado o sequestro se for julgada extinta a punibilidade ou absolvido o réu, por sentença transitada em julgado.

Transitada em julgado a sentença condenatória, o juiz, de ofício ou a requerimento do interessado, determinará a avaliação e a venda dos bens em leilão público, sendo que, do dinheiro apurado, será recolhido ao Tesouro Nacional o que não couber ao lesado ou a terceiro de boa-fé (art. 133, do CPP).

Uma questão de grande complexidade foi criada pela Lei 12.694/12, que inseriu o art. 144-A no texto da

lator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 03/03/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-086 DIVULG 08-05-2015 PUBLIC 11-05-2015) (grifo nosso)

160 LOPES JR. **Direito processual penal...**, 2012, p. 913.

CPP. Segundo este dispositivo, o juiz poderá determinar a alienação antecipada para preservação do valor dos bens sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua manutenção. Este leilão far-se-á preferencialmente por meio eletrônico, sendo que os bens deverão ser vendidos pelo valor fixado na avaliação judicial ou por valor maior. Não alcançado o valor estipulado pela administração judicial, será realizado novo leilão, em até 10 dias contados da realização do primeiro, podendo os bens ser alienados por valor não inferior a 80% do estipulado na avaliação judicial. No caso da Lei 9.613/98, feita a avaliação e dirimidas eventuais divergências sobre o respectivo laudo, o juiz, por sentença, homologará o valor atribuído aos bens e determinará sejam alienados em leilão ou pregão, preferencialmente eletrônico, por valor não inferior a 75% da avaliação (art. 4º-A, § 3º).

4. Os pressupostos processuais do sequestro e as garantias constitucionais

O processo penal é um instrumento que legitima o uso da força do Estado no cumprimento de sua função punitiva, ao mesmo tempo em estabelece limites precisos quanto ao exercício desse direito-dever¹⁶¹. Trata-se de um instrumento pensado para assegurar a legitimidade do poder punitivo a partir de princípios éticos adotados expressa ou

161 SILVA JÚNIOR. *Curso de direito processual penal...*, 2008, p. 267.

implicitamente na Carta Constitucional, de modo a fazer valer em concreto os direitos e garantias constitucionais e evitar que se opere indevida e desproporcional limitação aos denominados direitos fundamentais¹⁶². Trata-se de um processo penal que não se exaure na mera legalidade dos procedimentos penais, mas que procura transcender os limites da legalidade formal dos modos de proceder, para consolidar uma atitude ética a partir da legitimidade constitucional da atuação dos personagens envolvidos com a perseguição penal.

Para isso, assume uma atitude de confronto em relação as ideias e práticas funcionalistas voltadas à cultura da eficiência punitiva. O movimento da “lei e ordem” (law and order) é a mais evidente forma de manifestação penal do modelo neoliberal, dos movimentos de extrema direita e da referida cultura punitiva com sua ideologia do repressivismo saneador. “A ideia de que a repressão total vai sanar o problema é totalmente ideológica e mistificadora. Sacrificam-se direitos fundamentais em nome da incompetência estatal em resolver os problemas que realmente geram a violência”¹⁶³. É neste contexto que o significado de legitimidade no Direito Processual Penal mostra-se influenciado (prejudicado) por uma cultura mercantilista que pretende dar uma explicação total do ser humano e da sua história em torno da economia. A suposta flexibilidade das leis de

162 PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 2ª ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2001, p. 1.

163 LOPES JR. **Fundamentos do processo penal...**, 2016, p. 47.

mercado flexibilizam também o significado de legitimidade jurídica, além de outros conceitos fundamentais¹⁶⁴.

A adoção de uma perspectiva centrada na teoria constitucional do processo penal significa reconhecer que quanto maior for repressivismo penal, maior deve ser a preocupação com o instrumento-processo. “Se o direito penal falha em virtude da panpenalização, cumpre ao processo penal o papel de filtro, evitando o (ab)uso do poder de perseguir e penar. O processo passa a ser o freio ao desmedido uso do poder”¹⁶⁵. Diante destas constatações, o desafio que se apresenta refere-se a possibilidade de reconstrução das condições de possibilidade de uma razão emancipatória para o processual penal, capaz de transpor os efeitos da reificação de seus atores e, a partir daí, redefinir o significado de legitimidade (o que se entende por)¹⁶⁶.

É a partir desta concepção constitucionalizada do processo penal que devem ser entendidos os pressupostos do sequestro de bens. Enquanto modalidade de medida cautelar, o sequestro de bens está condicionado, segundo a doutrina tradicional, a presença dos pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, simultaneamente¹⁶⁷. Isto

164 ALMEIDA, Dean Fabio Bueno de. O direito processual penal contemporâneo e a manipulação da crença em sua legitimidade. *In*: BONATO, Gilson (org.). **Direito penal e processo penal: uma visão garantista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 72.

165 LOPES JR. **Fundamentos do processo penal...**, 2016, p. 50.

166 ALMEIDA. O direito processual penal contemporâneo..., 2001, p. 73.

167 AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME AMBIENTAL. MEDIDA ASSECURATÓRIA. REPARAÇÃO DOS PREJUÍZOS.

significa que, para a decretação do sequestro, exige-se a demonstração da probabilidade do direito e da existência da urgência.

Em primeiro lugar, destacam-se os pressupostos implícitos de natureza probatória, que estão relacionados com qualquer medida cautelar processual penal: a prova da

SEQUESTRO E INDISPONIBILIDADE DE BENS. MANDADO DE SEGURANÇA. VIA IMPUGNATIVA INADEQUADA. REGRA. EXCEÇÃO. DECISÃO JUDICIAL TERATOLÓGICA OU FLAGRANTEMENTE ILEGAL. INDÍCIOS DA PROVENIÊNCIA ILÍCITA. DEMONSTRAÇÃO. ÔNUS DA ACUSAÇÃO. AGRAVOS REGIMENTAIS NÃO PROVIDOS. 1. Não se admite recurso especial, interposto com arrimo na alínea “c” do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, quando não demonstrada a divergência jurisprudencial, nos termos exigidos pelo art. 255, § 2º, do RISTJ, nem quando, interposto com espeque na alínea “a” do permissivo constitucional, esteja ausente o prequestionamento da tese aventada. 2. Conquanto, a teor do disposto no art. 5º, II, da Lei n. 12.016/2009 e na Súmula n. 267 do STF, não caiba mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correção, esse regramento deve ser mitigado quando se estiver diante de decisões judiciais teratológicas ou flagrantemente ilegais, como é o caso dos autos e, aliás, em consonância com a jurisprudência desta Corte, foi a posição adotada pelo Tribunal de origem. 3. **O sequestro de bens, previsto nos arts. 125 e 132 do CPP, é medida cautelar excepcional, a afetar o direito de propriedade, constitucionalmente assegurado, que antecipa os efeitos de uma possível condenação** - pois visa assegurar que os bens oriundos da prática do delito sejam utilizados para a reparação do dano causado - **e, como tal, para o seu deferimento, é necessária a presença cumulativa dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.** 4. *In casu*, apesar da gravidade do dano ambiental supostamente causado pelos recorridos, não se justifica a constrição, nos moldes indiscriminados requeridos e efetivados pelo Juízo de primeiro grau, se não demonstrado pelo Ministério Público um nexo fático mínimo entre o proveito da ação ilícita praticada e a aquisição dos bens, nos termos do que dispõe o art. 126 do CPP. 5. Agravos regimentais não providos. (AgRg no REsp 1280404/MT, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 02/03/2017) (grifo nosso)

existência da infração penal e indícios de autoria ou participação. Sem estes pressupostos probatórios, escaparia da análise desta medida patrimonial uma das mais relevantes dentre as características da cautela, qual seja, a referibilidade, na medida em que o sequestro é um instrumento destinado a assegurar a utilidade e a eficácia de uma provável sentença condenatória. Diante disso, a medida somente poderá incidir sobre bens que tenham relação com a própria infração penal objeto da investigação ou da ação penal¹⁶⁸.

A determinação da medida assecuratória de sequestro pressupõe uma necessidade, ainda que potencial, de que o direito substantivo, ainda que provavelmente existente, seja resguardado, sob o risco de que a adoção da medida em outro momento, quando poderia estar presente uma certeza, acabe por tornar-se intempestiva, com o perecimento do seu objeto¹⁶⁹. Seguindo esta linha de entendimento, o *fumus boni iuris* refere-se à plausibilidade ou verossimilhança da alegação feita pelo autor do requerimento, indicando a aparência do direito invocado.

Entretanto, no processo penal, não é propriamente a aparência de um direito que se analisa, mas sim a probabilidade ou verossimilhança da prática de um delito por parte do indiciado ou acusado. Por este motivo, a corrente doutrinária que adota uma perspectiva crítica do proces-

168 CÂMARA; LEARDIN. Breves considerações sobre o sequestro..., 2011, p. 100.

169 BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 338.

so penal, utiliza-se da expressão *fumus comissi delicti*, ou seja, os elementos que indicam a prática de uma infração penal pelo indiciado ou acusado. Na análise deste requisito, a cognição de profundidade não é exauriente, mas sim de probabilidade da prática de um delito por parte do indiciado ou acusado (cognição sumária). “Não é um julgamento tão profundo como o de mérito, mas deve ter uma profundidade suficiente para tranquilizar a mente do julgador. Deve ser um juízo do provável, não bastando o juízo meramente do possível”¹⁷⁰. O juízo do possível é um juízo neutral, que possui elementos tanto em um sentido como em outro. Quando se afirma que algo é possível, há basicamente a mesma chance de aquilo não ser possível. Já o juízo do provável é coisa diversa, é um juízo aneutral, de modo que há mais elementos em uma direção do que em outra. Isto significa que, quando se afirma que algo é provável, há mais indicadores em um sentido (da ocorrência) que em sentido contrário (da não ocorrência), embora a dúvida possa ainda persistir. “Assim, quando da análise do *fumus boni iuris* nas medidas cautelares penais, o que se está a asseverar é que há um juízo provável (e não mero juízo do possível) de autoria e da prática de um delito”¹⁷¹.

Consequentemente, para a decretação da medida de sequestro, será indispensável a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens (art. 126, CPP)¹⁷².

170 MENDONÇA. **Prisão e outras medidas cautelares...**, 2011, p. 29.

171 *Ibidem*, p. 30.

172 PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE

“Veemente” é um adjetivo que significa aquilo que é forte, intenso, vigoroso. Consequentemente, “indícios veementes” é um verdadeiro conceito jurídico indeterminado, ou seja, uma expressão altamente vaga, imprecisa e genérica, que não têm alcance delimitado pela norma, permitindo ao julgador fazer uma valoração sobre seu significado¹⁷³. “Indícios veementes” é uma expressão “porosa”, cujo conteúdo é completado a critério da opinião do operador do

SEGURANÇA. SEQÜESTRO DE BENS. ORIGEM ILÍCITA. LEVANTAMENTO DOS BENS. NÃO-CABIMENTO. 1. Nos termos do artigo 126 do Diploma Processual Penal, é cabível o sequestro ante «indícios veementes da proveniência ilícita dos bens». 2. Havendo, na espécie, indícios de que os bens foram adquiridos com fruto do ilícito, deve ser mantida a medida constritiva. 3. O equívoco no fato de a medida de sequestro ter sido inicialmente deferida em processo no qual não fazia parte, foi devidamente sanado sem prejuízo à recorrente. 3. Recurso ordinário em mandado de segurança improvido.

(RMS 29.829/ES, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 16/11/2015) (grifo nosso)

173 Pesquisa jurisprudencial realizada pela Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio), solicitada pela Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL), verificou um alto grau de insegurança jurídica no que diz respeito ao significado da expressão “indícios veementes” nos casos de sequestro de bens: “A pesquisa jurisprudencial indica que em 43% das decisões emitidas pela Justiça brasileira considera-se indício veemente a existência de denúncia oferecida pelo Ministério Público; 23% dos juízes consideraram que a simples existência de um inquérito policial pode ser considerada indício veemente; 19% consideraram outros fatores como indícios suficientes (dentre eles a existência de prisão preventiva, o vínculo matrimonial com o acusado, dentre outros); e, finalmente, 15% das decisões judiciais apresentam que é preciso haver a quebras de sigilos (fiscal e/ou bancário) para que se possa falar em indícios veementes” (AMARAL, Thiago Bottino do (Coord.). **Medidas assecuratórias no processo penal**. Série Pensando o direito. Nº 25. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio), 2010, p. 19.).

direito no caso concreto¹⁷⁴. Na doutrina, entende-se que os indícios veementes, “embora não se identifiquem com a certeza, também não podem ser confundidos com a simples suspeita. Deve haver uma elevada probabilidade de que os bens sejam de proveniência ilícita”¹⁷⁵.

Os indícios que autorizam a imposição da presente medida cautelar patrimonial vão além de uma circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias (art. 239, do CPP). “Faz-se necessária uma investigação que aumente a força dos indícios, afastando-se da mera possibilidade de uma origem ilícita para se aproximar da probabilidade dela”¹⁷⁶. Trata-se de uma investigação complexa, normalmente estranha ao objeto das investigações tradicionais, o que não diminui a sua imperiosa necessidade.

Além do que, no âmbito do processo penal democrático e acusatório, é o autor do pedido de sequestro que deve demonstrar a probabilidade de que os bens pretendidos tenham sido adquiridos com os proventos da infração penal. “Assim, é uma prova em dupla dimensão: demonstrar a verossimilhança de autoria e materialidade do delito imputado e ainda de que os bens foram adquiridos com os

174 CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal**: comentários consolidados e crítica jurisprudencial. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 332.

175 BADARÓ. Medidas cautelares patrimoniais..., 2008, p. 180.

176 CÂMARA; LEARDIN. Breves considerações sobre o sequestro..., 2011, p. 101.

proventos dessa suposta infração penal¹⁷⁷. Dessa forma, incumbe ao requerente demonstrar o nexo causal entre os bens que se pretende sequestrar e sua origem ilícita, ou seja, a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens.

O outro pressuposto da medida cautelar de sequestro é o *periculum in mora*, ou seja, a demonstração de que a medida pleiteada é urgente e necessária para evitar uma situação de perigo a algum bem jurídico relevante para o processo ou para a sociedade¹⁷⁸. Partindo da premissa de que o processo penal é um instrumento a serviço da máxima eficácia dos direitos e garantias individuais, cabe ao requerente o ônus de demonstrar a existência de tais requisitos. “A “real necessidade” do sequestro deve ser demonstrada pelo requerente, jamais se admitindo que se presuma o perigo de perecimento do bem ou ainda que o réu irá fraudar a (futura) execução¹⁷⁹”.

A análise deste pressuposto é realizada com base em um juízo de probabilidade da ocorrência de um dano. Nesta fase, não se pode exigir certeza do magistrado, pois, a cognição é sumária, limitada a verossimilhança da alegação de que o tempo é um fator gerador de perigo de perecimento do objeto. O que não significa que se possa presumir, contra o indiciado ou acusado, a origem ilícita dos bens

177 LOPES JR. **Direito processual penal...**, 2012, p. 909.

178 MENDONÇA. **Prisão e outras medidas cautelares...**, 2011, p. 30.

179 LOPES JR. **Direito processual penal...**, 2012, p. 909.

ou que ele irá dilapidá-lo em detrimento dos interesses patrimoniais da vítima. O pedido deve ser instruído com um lastro probatório mínimo, mas suficiente, à luz dos princípios da proporcionalidade e da presunção de inocência. “Ao réu ou indiciado não se atribui qualquer carga probatória, até porque a proteção da presunção de inocência afasta a possibilidade processual de exigir-se-lhe que prove a origem lícita”¹⁸⁰. Em um processo penal acusatório, pensado como instrumento necessário para impor limites ao exercício do direito-dever punitivo do Estado, a carga probatória, que é inteiramente da acusação, deve evidenciar que não apenas a demora na tramitação do processo de conhecimento importa em perigo de dano ao direito material da vítima ou ao poder de confisco pela Estado. Exige-se, também, a presença de elementos informativos objetivos e racionais, indicadores de que o patrimônio será dilapidado, transferido ou ocultado¹⁸¹.

A exigência da demonstração deste conjunto de pressupostos, como um ônus para a parte requerente da medida de sequestro, representa um importante passo em direção a consciência de que a Constituição deve efetivamente constituir as ações dos sujeitos da relação jurídica processual. Significa dizer que o processo penal contemporâneo somente se legitima à medida que se democratizar e for devi-

180 *Ibidem*, p. 909.

181 CÂMARA; LEARDIN. Breves considerações sobre o sequestro..., 2011, p. 101.

damente constituído a partir da Constituição¹⁸². É o maior indício de que o fundamento legitimante da existência de um processo penal democrático se dá por meio da sua instrumentalidade constitucional, ou seja, da sua realização como instrumento de humanização da função punitiva do Estado Democrático de Direito.

5. Considerações finais

As breves considerações aqui formuladas refletem uma tentativa de abordagem acerca de apenas alguns dos aspectos da medida assecuratória de sequestro, a partir de uma perspectiva constitucional. O que é fundamental ressaltar a título de conclusão, é o fato de que o processo penal não pode ser visto como mero mecanismo de solução de conflitos, mas, antes de tudo, como um espaço privilegiado para a discussão e desenvolvimento de políticas públicas, no enfrentamento de uma “nova criminalidade”. Isso com a participação ativa e dialógica das pessoas que se mostram mais diretamente interessadas no enfrentamento do fenômeno da “criminalidade reditícia” e de seu ciclo investimento-crime-ganho-reinvestimento-crime-ganho.

Como se afirmou inicialmente, “o crime não deve compensar”, o que evidencia a necessidade de uma reação refletida frente a um cenário onde os lucros provenientes das atividades ilícitas são sistematicamente reinvestidos para fomentar novas práticas ilícitas. A importância da

182 LOPES JR. **Fundamentos do processo penal...**, 2016, p. 32.

medida assecuratória de sequestro é inquestionável para evitar que o lucro proveniente de diferentes atividades ilícitas, de difícil comprovação, continue sendo o motor ativo da nova criminalidade. Esta é a razão pela qual as medidas de perda de bens se tornaram instrumentos primordiais para o enfrentamento da criminalidade organizada, dedicada a crimes econômicos e financeiros. Diante disso, o aparato formal do Estado está na busca de instrumentos cada vez mais eficientes de cerceamento da reutilização dos recursos auferidos de forma ilícita nas práticas criminais, não apenas como ferramentas de enfrentamento e repressão, mas, principalmente, como instrumentos da já mencionada humanização da função punitiva do Estado Democrático de Direito.

A resposta para este desafio passa, necessariamente, por uma leitura constitucional do processo penal. “Se, antigamente, o grande conflito era entre o direito positivo e o direito natural, atualmente, com a recepção dos direitos naturais pelas modernas constituições democráticas, o desafio é outro: dar eficácia a esses direitos fundamentais”¹⁸³. Assim, por um lado, em hipótese alguma o respeito às garantias fundamentais deve ser visto como sinônimo de impunidade; por outro lado, o processo penal também não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (direito penal), mas, sim, como aquele que desempenha o papel de limitador do poder estatal e garantidor dos indivíduos a ele submetidos. Sendo o processo

183 LOPES JR. **Fundamentos do processo penal...**, 2016, p. 32.

penal o caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena, somente se poderia admitir a existência desta quando, ao longo desse caminho, forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas, ou seja, as regras inerentes ao devido processo legal¹⁸⁴.

Referências

ALMEIDA, Dean Fabio Bueno de. O direito processual penal contemporâneo e a manipulação da crença em sua legitimidade. In: BONATO, Gilson (org.). Direito penal e processo penal: uma visão garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 47-82.

AMARAL, Thiago Bottino do (Coord.). Medidas assecuratórias no processo penal. Série Pensando o direito. Nº 25. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio), 2010.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Medidas cautelares patrimoniais no processo penal. In: Direito penal econômico: crimes econômicos e processo penal. Celso Sanchez Vilar, Flavia Rahal Bresser Pereira, Theodomiro Dias Neto (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2008, p. 167-201.

BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de processo penal. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto

184 *Ibidem*, p. 34.

com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento “ilícito”). In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Ano 21, nº 2, Abril-Junho 2011. Coimbra Editora, p. 267-321.

GRECO FILHO, Vicente. Processo penal. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CÂMARA, Luiz Antonio; LEARDIN, Márcia. Breves considerações sobre o sequestro no processo penal brasileiro. Revista Jurídica - UNICURITIBA. [online]. Curitiba, v. 27, n 11, p. 92-118, 2011. ISSN 2316-753X. Disponível na Internet: < <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/211>>. Acesso em: 05/04/2017.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LINHARES, Solon Cícero. Confisco de bens: uma medida penal, com efeitos civis contra a corrupção sistêmica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

LOPES JR, Aury. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACHADO, Antônio Alberto. Curso de processo penal. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MENDONÇA, Andrey Borges de. Prisão e outras medidas cautelares pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 19ª ed. São Paulo, Atlas, 2015.

PRADO, Geraldo. Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro: parte geral e parte especial. 14ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. Vol. 3. 33ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ASPECTOS GERAIS DA SINDROME DE BURNOUT COMO ACIDENTE DE TRABALHO

Ricardo Antonio Berbetz

Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa. Advogado inscrito na OAB/PR sob o nº 65853, Pós graduado em Direito do Trabalho e Processo Trabalhista pelo Centro Universitário Internacional Uninter.

Resumo: Não obstante todas as normas que tangem o trabalhador, suas garantias constitucionais e os princípios que o defendem, passamos hoje por uma crise universal no que diz respeito a doenças de cunho psicológico, observando uma crescente onda de trabalhadores que sofrem de doenças cujas feridas não ficam à mostra como em um acidente de trabalho físico, a exemplo do mau funcionamento de um maquinário, ou nos incidentes em sítios de construção quando sem uso devido de EPI por parte do trabalhador. Hoje, com a intensificação do mercado e, visando sempre o maior lucro, os trabalhadores, braçais e intelectuais, sofrem toda sorte de

pressão, ficando no limite daquilo que podem suportar, passando, então, a apresentar sintomas diversos que, se não diagnosticados, levam a interpretação errônea de depressão, estresse, ou outra doença psicológica. O presente artigo busca demonstrar o nexo causal entre o ambiente de trabalho hostil e o desenvolvimento da Síndrome de Burnout através de pesquisa bibliográfica em diferentes áreas de conhecimento, bem como breve análise de decisão jurisprudencial sobre o assunto. Discorre-se analisando, além da importância do ambiente sadio, a relação social que o trabalho possui e qual a atuação do legislador nesse tocante, tanto no que tange à Constituição Federal de 1988, quanto às normas técnicas anteriores, a exemplo da Portaria 3214/1978.

Palavras-Chave: Burnout. Síndrome. Acidente de trabalho.

Introdução

Quando se fala em direito do trabalho, a tendência é levar em consideração a qualidade do ambiente de trabalho como um todo, ultrapassando a discussão da insalubridade e periculosidade trazidas comumente em processos judiciais. A presente pesquisa baseia-se em revisão bibliográfica, além de contar com decisão jurisprudencial e opinião especializada na área, bem como consulta à material sobre o tema oriundo de outras áreas de pesquisa,

tais como medicina, enfermagem, analisando informações de profissionais da saúde e educação.

Objetiva-se, através do método descritivo, fomentar a pesquisa da Síndrome de Burnout como doença proveniente de acidente de trabalho, citando, para tanto, diferentes referências tanto da área do Direito quanto da Psicologia, de forma a demonstrar que a síndrome se dá exclusivamente no escopo trabalhista, afetando a saúde nos mais variados aspectos humanos, merecendo assim maior atenção dos empregadores para que haja, além do tratamento específico, uma política de prevenção. Assim, relevante ressaltar que o tema será tratado tanto pelo seu aspecto jurídico quanto pelo aspecto da saúde do trabalhador, demonstrando que a responsabilidade sobre o bem estar psicológico do empregado pode ser uma questão até mesmo moral, possuindo o empregador responsabilidade sobre.

Qualquer discussão sobre o Direito do Trabalho merece um olhar para sua origem; o Direito Civil¹⁸⁵, em especial seu segmento regulatório das obrigações. No Brasil, corporifica-se o direito do trabalho ainda na primeira metade do século XX, com a criação da Justiça do Trabalho, como menciona Gustavo Tepedino, 2013, p.14, diante da necessidade de proteção do trabalhador, submetido ao contrato de trabalho, sendo a legislação trabalhista oposta ao Direito Civil. Em consequência, permanecem inevitáveis as relações entre os dois campos de direito.

185 DELGADO, M. G. São Paulo. 14 Ed. 2015, p. 83.

DELGADO, 2015, discorre sobre o direito do trabalho como sendo o correspondente à dimensão social mais significativa dos direitos humanos, ao lado do direito previdenciário (ou de seguridade social), afirmando que é por meio desses ramos jurídicos que os direitos humanos ganham maior espaço de evolução.

Em retrospecto, foi durante a primeira era Vargas, com a promulgação da Constituição de 1934, que o trabalhador passou realmente a ser amparado através de normas constitucionais¹⁸⁶. A Consolidação das Leis do Trabalho foi o resultado da necessidade de sistematizar normas esparsas criadas desde então. Somente em 1988, com o advento da atual Constituição Brasileira que os direitos trabalhistas se tornaram Princípios, Direitos e Garantias Fundamentais, sejam elas Individuais ou Coletivas (SILVA; FERNANDES; RAMOS, 2013).

Para FACHIN (2013, p.122), a eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações particulares encontra fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, devendo ser buscada de forma ponderada e equilibrada em face ao caso concreto. A discussão da saúde mental do trabalhador é, no entanto, recente.

Foi somente em 1978 que a Portaria n. 3.214 foi criada, aprovando as Normas Regulamentadoras relativas à Segurança e Medicina do Trabalho, obrigando as empresas

186 Disponível em: <<http://www.infoescola.com/historia/era-vargas/>> Acesso em 28 de mai. 2015.

o seu cumprimento, muito embora a Consolidação das Leis do Trabalho, de 1943, já disciplinasse a proteção à segurança e saúde do trabalhador brasileiro, ressaltando que os artigos 154 a 201 sofreram atualização em 1977.

Em suma, as empresas públicas e privadas com empregados regidos pela CLT, manterão obrigatoriamente Serviços Especializados em Medicina do Trabalho, com a finalidade de promover a saúde e proteger a integridade do trabalhador no local de trabalho (NR-4 Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho).

Essa análise introdutória demonstra, afinal, que tratar da saúde do trabalhador pelo viés do Direito e reconhecer que há, de fato, doença proveniente exclusivamente do ambiente de trabalho, requer um esforço conjunto. São diversas as áreas de atuação envolvendo tal estudo, da mesma forma ao se tratar do Direito Previdenciário, por exemplo, onde não há o Direito propriamente dito sem análise fática minuciosa e humanitária.

Síndrome de Burnout – Breve análise da doença

Primeiramente deve-se estabelecer que a saúde do trabalhador é um bem fundamental, tanto para o trabalhador como pessoa, ser humano possuidor de direitos básicos, como para o trabalhador como cooperador do sistema capitalista, gerador de lucro, prestador de serviço, gestor, etc. A saúde possui direta influência no desempenho de todo tra-

balhador, sendo gritante a consequência de uma empresa, por exemplo, que negligencie seus empregados doentes ou mesmo os que, de forma recorrente, apresentem problemas que transparecem e afetam o ambiente ao seu redor.

Ainda nesse prisma, destaca-se o fato de que, no Brasil, a Política Nacional de Saúde do Trabalhador entrou em vigência no ano de 2004, visando a redução de acidentes de trabalho e buscando promover ações de reabilitação e outros processos não só paliativos, mas preventivos. Entretanto, o cerne da presente pesquisa é a análise de um síndrome de aspecto psicológico, sendo este capítulo dedicado a explicar, ainda que de forma sucinta, o que vem a ser a Síndrome de Burnout.

Burnout é um termo coloquial em países de língua inglesa, sendo empregado para denotar um estado de esgotamento completo da energia individual, associado a uma intensa frustração com o trabalho (VIEIRA, 2010. p. 269-276). Para Roberto Cruz, 2011, a síndrome de Burnout é a própria exaustão emocional, podendo ser confundida com estresse crônico, até pelo fato de iniciar seu desenvolvimento através dele.

Diferencia-se, então, a Síndrome de Burnout do estresse, sendo a primeira;

Uma síndrome multidimensional constituída por exaustão emocional, desumanização e reduzida realização pessoal no trabalho. O Burnout é a maneira encontrada de enfrentar, mesmo que de forma inadequada, a cronificação do estresse

ocupacional. Sobrevém quando falham outras estratégias para lidar com o estresse. (MASLACH; JACKSON apud PEREIRA, 2013, p.389).

Instabilidade emocional, tratamento desrespeitoso, súbita mudança de rotina. Essas e outras situações podem levar o trabalhador a doenças psicossomáticas desencadeadas pelo trabalho. Em termos gerais, para entender a Síndrome de Burnout é necessário ressaltar que sua classificação se deu apenas modernamente, mais precisamente na década de 1970, pelo psicanalista Freudenberger, que trabalhava em uma clínica para tratar viciados em tóxicos (MÜLLER, 2004).

Deve-se frisar que tal síndrome é um distúrbio proveniente exclusivamente do âmbito trabalhista, rechaçando a hipótese de se considerar uma doença psicológica originária de fatos alheios ao ambiente de trabalho, sendo, portanto, uma classe totalmente distinta dentro da Classificação Internacional de Doenças (CID 10).

A síndrome de *burnout* integra o rol de doenças ocupacionais do Ministério do Trabalho e Emprego. Está inserida no Anexo II do Regulamento da Previdência Social. O mencionado Anexo identifica os agentes patogênicos causadores de doenças profissionais ou do trabalho, conforme previsão do artigo 20 da Lei nº 8.213/91. Entre os transtornos mentais e de comportamento relacionados ao trabalho (Grupo V da CID-10) consta, no item XII, a síndrome de *burnout* – “Sensação de Estar Acabado (Síndrome de *Burnout*, Síndrome do Esgota-

mento profissional)”, que na CID-10 é identificado pelo número Z73.0. (TST – RR – PROCESSO nº 959-33.2011.5.09.0026)

Ainda para o psicólogo Roberto Cruz, é comum haver a confusão entre Burnout e stress crônico, sendo que o trabalhador acometido pela Síndrome de Burnout pode vir a possuir condições físicas para desempenhar suas funções, apesar do esgotamento psicológico de mundo com grandes expectativas de resultado. Assim, necessário salientar que o atual sistema de controle de saúde do trabalhador foca na diminuição da insalubridade por meios físicos, e não psicossociais.

Essa realidade transmite grande responsabilidade aos peritos que realizam exames nas ocasiões de demissão, afastamento, e concessão de benefícios previdenciários, sendo que;

a gravidade do distúrbio psicológico [...] é constatada pelas informações de natureza fática registradas [...]: longo período de afastamento do trabalho, com a concessão de benefício acidentário pelo INSS e o consumo de medicamentos antidepressivos, além de [...] laudos periciais reconhecendo que a incapacidade laboral [...] é total, a doença é crônica e não há certeza sobre a possibilidade de cura. [...] se reconhece como passível de reparação por dano moral a exigência excessiva de metas de produtividade, isso porque o sentimento de inutilidade e fracasso causado pela pressão psicológica extrema do empregador não gera apenas desconforto, é potencial desencadeador de psicopatolo-

gias, como a síndrome de *burnout* e a depressão, o que representa prejuízo moral de difícil reversão ou até mesmo irreversível, mesmo com tratamento psiquiátrico adequado. (TST – RR - PROCESSO nº 959-33.2011.5.09.0026)

Observa-se a citada classificação, a classe mais próxima de Burnout seria o código Z73.0 “Esgotamento”, inserido no compendio “Problemas relacionados com a organização de seu modo de vida¹⁸⁷”, o que em absoluto traduz precisamente o que vem a ser a Síndrome. Essa falta de classificação exata pode refletir diretamente em como os sintomas são considerados pelo empregador e até tratados, estando também os peritos do INSS adstrito aos códigos de doença existentes.

Vale ressaltar também que uma classificação equivocada de doença pode resultar em processos administrativos e judiciais ainda mais difíceis de serem resolvidos, tanto no que concernem as provas da doença, seu nexo causal e até mesmo a competência em caso de processo judicial para se adquirir benefício de auxílio doença ou aposentadoria por invalidez, uma vez que o legislador incumbiu à justiça estadual a competência para tratar de doenças do trabalho.

187 Categoria: Problemas relacionados com a organização de seu modo de vida [Z73]. Grupo: Z70-Z76 - Pessoas em contato com os serviços de saúde em outras circunstâncias. Capítulo: Capítulo XXI - Fatores que influenciam o estado de saúde e o contato com os serviços de saúde

Em uma consulta abrangente sobre a descrição da doença¹⁸⁸, temos que a síndrome acarreta a diminuição da realização pessoal, que se expressa como falta de perspectivas para o futuro, com sentimentos de incompetência e fracasso¹⁸⁹. Ainda, segundo cartilha da Unimed, não há dados sobre a incidência desta síndrome no Brasil, mas os consultórios médicos e psicológicos registram um constante aumento do número de pacientes com relatos de sintomas típicos¹⁹⁰.

Penido; Perone (2013, p.33) afirmam que:

Para os juristas, o significado de subjetivo abarca o que é próprio de um ou de mais sujeitos, mas não é válido para todos, podendo ser aparente ou ilusório ou, mesmo, sendo passível de interpretação pessoal. Todavia, para o médico os sintomas descritos pelo paciente, mesmo que sentidos subjetivamente [...], valem para todas as pessoas que padecem da enfermidade por ele diagnosticada, é um sintoma da doença em si [...].

Tem-se, então, a Síndrome de Burnout como uma doença que enseja atenção redobrada ao ser diagnosticada e tratada, seja por parte do empregador, dos médicos ou do próprio Julgador, uma vez que apesar da suposta subjetivi-

188 Disponível em: <<http://www.einstein.br/einstein-saude/em-dia-com-a-saude/Paginas/sindrome-de-burnout.aspx>> Acesso em 28 de mai. 2015.

189 *Revista Eletrônica Interação Psy – Ano 1, nº 1- Ago 2003 – p. 4-11*

190 Disponível em <http://www.datasus.gov.br/cid10/V2008/WebHelp/cap05_3d.htm>. Acesso em 25 de mai. 2015. Em suma, pode-se entender que não há classificação para síndrome de Burnout.

dade da doença, há um padrão comportamental experimentada por aqueles que a ela sucumbem. Observa-se, também, que é uma doença passível de ser indenizada moralmente diante dos danos psicológicos causados ao trabalhador.

Burnout como doença trabalho – Nexo causal

Tratar do nexo causal entre a Síndrome de Burnout e sua classificação como doença de trabalho é necessário uma vez que, explanada a descrição da doença, esclarecido está que o Burnout advém da relação doentia entre empregado e sua profissão, sendo que para cada pessoa os sintomas podem apresentar-se de maneira única. Entender o Burnout como uma doença do trabalho acarreta alguns reflexos diretos quando do seu diagnóstico, sendo necessária, por exemplo, a comprovação do nexo causal entre o trabalho desenvolvido, seu ambiente, suas condições de higiene e a manifestação da doença.

GUEDES (2013, p. 506) afirma que na Justiça do Trabalho o nexo causal chega a ser desconsiderado, sob o fundamento de que a natureza da responsabilidade é objetiva, como se não houvesse uma dependência da prova da relação de causalidade.

Ainda;

Na esfera trabalhista confunde-se também, frequentemente, nexo causal com culpa, tamanha é a associação feita entre esses dois elementos da responsabilidade civil. O problema se acentua no

campo trabalhista com a constatação de que o empregador responde na maioria dos casos por omissão, seja porque não ofereceu ao seu empregado equipamento de segurança adequado, seja porque não o treinou para a prática daquela atividade de risco ou mesmo porque não o advertiu a respeito de um perigo especial. O exame (...) fica ainda mais dramático, porque passa pela questão de se saber quando a “omissão” equivale realmente à conduta comissiva para fins de responsabilização (GUEDES, 2013, p. 506).

Pontual distinguir aqui, ainda que de forma sutil, a diferença entre doença profissional e doença do trabalho, uma vez que a lei, de forma talvez obscura, dificulte o entendimento numa primeira análise. A doença profissional, também chamada de tecnopatía¹⁹¹, *é desencadeada pelo exercício da profissão per si, ligada diretamente à determinada atividade.* MARTINS (2003. P.442) a descreve como sendo a doença inerente exclusivamente à profissão e não ao trabalho. Dada sua tipicidade, não demandam prova de nexó causal.

Por ser a Síndrome de Burnout uma doença que se desencadeia nas mais diversas áreas e profissões, é outra sua classificação, não estando, portanto, restrita à determinada profissão ou função. OLIVEIRA (2013) traça essa diferença;

191 Disponível em: <http://clickeducao.com.br/bcoresp/bcoresp_mos-tras/0,6674,POR-853-1829,00.html> Acesso em 26 de Mai. 2015.

Por outro lado, a doença do trabalho, também chamada mesopatia ou doença profissional atípica, apesar de igualmente ter origem na atividade do trabalhador, não está vinculada necessariamente a esta ou aquela profissão. Seu aparecimento decorre da forma em que o trabalho é prestado ou das condições específicas do ambiente de trabalho. O grupo atual das LER/DORT é um exemplo oportuno das doenças do trabalho, já que podem ser adquiridas ou desencadeadas em qualquer atividade, sem vinculação direta a determinada profissão. Nas doenças do trabalho “as condições excepcionais ou especiais do trabalho determinam a quebra da resistência orgânica com a consequente eclosão ou a exacerbação do quadro mórbido, e até mesmo o seu agravamento” (Apud. OLIVEIRA, José de. Acidentes do trabalho, 1997, p.2.) Diferentemente das doenças profissionais, as mesopatias *não têm nexo* causal presumido, exigindo comprovação de que a patologia desenvolveu-se em razão das condições especiais em que o trabalho foi realizado” (p. 47)

Cabe ao perito responsável traçar o nexos causal entre o trabalho desenvolvido pelo paciente acometido da doença (considerando nesse aspecto não só sua função, como também as questões de higiene do trabalho) e a doença adquirida.

Klayne Leite Abreu (2002, p. 22-29), explica que a Síndrome é uma resposta ao estresse laboral crônico que se produz nas profissões que se centram na prestação de serviço, como, por exemplo, os profissionais que cuidam

dos interesses e da satisfação das necessidades de pacientes, com contato direto com as pessoas as quais se destina tal trabalho.

O resultado prático dessa relação se percebe a partir do momento em que considerar-se a obrigação¹⁹² da Comunicação de Acidente do Trabalho, sendo que a empresa deverá comunicar o acidente do trabalho¹⁹³ à Previdência Social até o primeiro dia útil seguinte ao da ocorrência. Além disso, deve-se frisar que compete ao empregador a garantia da elaboração e implementação do PCMSO¹⁹⁴, zelando por sua eficácia.

Ainda, MONTE, (2003, p. 19-33) defende que

A necessidade de estudar a síndrome de quemar-se¹⁹⁵ pelo trabalho vem unida à necessidade de estudar os processos de estresse laboral, bem como a ênfase que as organizações vêm tendo sobre a necessidade de preocupar-se mais com a qualida-

192 A comunicação de Acidente do Trabalho (CAT) é obrigação prevista em Lei, conforme dispõe o artigo 22 da Lei n. 8.213/91.

193 Conforme dispõe o art. 19 da Lei nº 8.213/91, “acidente de trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho”.

194 Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional. Trata-se de uma legislação federal, especificamente a Norma Regulamentadoras nº 07, emitida pelo Ministério do Trabalho e Emprego no ano de 1994.

195 A expressão “quemarse” no texto original, ou queimar-se, é usada nos artigos latino-americanos para se referir ao Burnout, sinônimos para uma expressão que, em português, poderia ser tratada como “esgotar-se”.

de de vida laboral que oferecem aos seus empregados¹⁹⁶. (tradução livre)

Para conceituar acidente de trabalho, utiliza-se aqui o dispositivo legal pertinente¹⁹⁷.

Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho (BRASIL).

Analisando os parágrafos¹⁹⁸ que seguem o caput do artigo 19 da Lei supracitada, que descreve os Planos de Benefícios da Previdência Social, é de se perceber que o empregador deve zelar por medidas coletivas e individuais de proteção e segurança da saúde do empregado, sendo passível de multa o não cumprimento das normas não só de segurança, mas também de higiene¹⁹⁹ do trabalho.

Um dos diferenciais na possibilidade de se considerar o Burnout como doença proveniente de acidente de

196 La necesidad de estudiar el síndrome de quemarse por el trabajo viene unida a la necesidad de estudiar los procesos de estrés laboral, así como al hincapié que las organizaciones vienen haciendo sobre la necesidad de preocuparse más de la calidad de vida laboral que ofrecen a sus empleados.

197 Lei 8.213/1991. Referência ao artigo 19 e seguintes.

198 Art. 19. § 1º A empresa é responsável pela adoção e uso das medidas coletivas e individuais de proteção e segurança da saúde do trabalhador.

199 A palavra Higiene é de origem grega, significa hygeinos, “o que é saudável”.

trabalho é a responsabilidade civil do empregador pela segurança daqueles que compõem a sua força de trabalho, conforme decisão judicial RR - 1294-36.2012.5.09.0020, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, 3.^a Turma, DEJT 12/12/2014. Tal responsabilidade decorre do dever de zelo que o empregador possui face aos empregados, uma vez que a manutenção constante do ambiente do trabalho é obrigação inerente ao contrato firmado entre as partes (AFFONSO, 2013), responsabilidade essa inclusive sumulada pelo Supremo Tribunal Federal em 1963 através da Súmula 229, que leciona; “A indenização acidentária não exclui a do direito comum, em caso de dolo ou culpa grave do empregador”. (BRASIL).

Consideram-se acidente do trabalho, nos termos do artigo anterior, as seguintes entidades mórbidas: I - doença profissional, (...) II doença do trabalho (...).§ 2º Em caso excepcional, constatando-se que a doença não incluída na relação prevista nos incisos I e II deste artigo resultou das condições especiais em que o trabalho é executado e com ele se relaciona diretamente, a Previdência Social deve considerá-la acidente do trabalho. (BRASIL).

A responsabilidade pela saúde do trabalhador, seja ela física ou mental, não é exclusiva do empregador, entretanto. Existem ações para combater os excessos praticados nos ambientes de trabalho e prevenir doenças que possam deles se originar.

A Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho²⁰⁰ tem por objetivos a promoção da saúde e a melhoria da qualidade de vida do trabalhador e a prevenção de acidentes e de danos à saúde advindos, relacionados ao trabalho ou que ocorram no curso dele, por meio da eliminação ou redução dos riscos nos ambientes de trabalho. Tal programa possui como princípios básicos a universalidade, a prevenção, a precedência das ações de promoção, proteção e prevenção sobre as de assistência, reabilitação e reparação, o diálogo social e a integralidade.

O atual sistema de segurança e saúde do trabalhador carece de mecanismos que incentivem medidas de prevenção, responsabilizem os empregadores, propiciem o efetivo reconhecimento dos direitos do segurado, diminuam a existência de conflitos institucionais, tarifem de maneira mais adequada as empresas e possibilite um melhor gerenciamento dos fatores de risco ocupacionais. (BRASIL, p.8)

Para alcançar tal objetivo, o Plano deverá ser implementado por meio da articulação continuada das ações de governo no campo das relações de trabalho, produção, consumo, ambiente e saúde, com a participação voluntária das organizações representativas de trabalhadores e empregadores.

Contudo, o maior desafio permanece em tentar conciliar a saúde do trabalhador sem perder a produtividade

200 Disponível em: <http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nacional_seguranca_saude.pdf> Acesso em 26 de Mai. de 2015.

(SILVA; FERNANDES; RAMOS, 2013), sendo importante identificar os processos de degradação psicológica desde as primeiras manifestações, a fim de evitar que o indivíduo chegue a estágios avançados do *Burnout*.

Atualmente, o Brasil encontra-se em segundo lugar no índice de ocorrência de Burnout, com 30% de seus empregados sofrendo com a doença, perdendo apenas para o Japão, com 70%. Esses dados foram atingidos graças à pesquisa realizada em oito países; Estados Unidos, Alemanha, França, Brasil, Israel, Japão, China e Fiji, além de Hong Kong, pela Isma (International Management Stress Assosiation), segundo a Revista Vida e Saúde.

Importante ressaltar que a Síndrome de Burnout gera consequências não só para o trabalhador, mas também para as empresas como um todo. Segundo a fala de Anecelmo Macedo para a Revista Vida e Saúde, o nível de absenteísmo e entrega de atestados médicos vem aumentando consideravelmente a cada ano, com destaque a dificuldades gastrointestinais, cardíacas e emocionais, principalmente no que se refere aos desdobramentos do estresse no trabalho.

Tem-se, portanto, que a questão chave envolvendo a Síndrome de Burnout está situada na comprovação do nexo causal entre o trabalho exercido pelo empregado e o acometimento da doença, uma vez que, como observado através da pesquisa, por se tratar de uma mesopatia, não está eximida da comprovação do nexo para que haja responsabilização civil. Tal comprovação deve considerar que cada

empregado pode vir a manifestar sintomas diferenciados quando acometidos pela Síndrome, devendo ser analisado o trabalho como um macrocosmo, prezando pela saúde do trabalhador como um todo, garantindo-se uma salubridade psicológica no ambiente de trabalho.

Considerações finais

Após estudo sobre o tema proposto, importante ressaltar que segundo dados da própria Previdência Social, no Brasil as doenças mentais são a segunda maior causa de afastamento do trabalho, prevendo que dentro de alguns anos, segundo também a OMS, esses transtornos mentais assumirão o primeiro posto no que se refere aos afastamentos.

Considerando as referencias, fica claro que firmar uma síndrome psicológica como sendo proveniente do trabalho desempenhado e, portanto, classificar essa síndrome como advinda de “acidente de trabalho”, é extremamente delicado, exatamente por se tratar de uma doença que exige comprovação do nexu causal e um acompanhamento do funcionário desde sua admissão, para se traçar uma evolução psicológica.

Esse posicionamento, num primeiro olhar, pode parecer demasiadamente dispendioso para o empregador, mas há alguns pontos que devem ser ponderados. O direito do trabalhador desmistificado, suas garantias, os princípios que o defendem, são tão novos quanto nossa atual Consti-

tuição, ou seja, ainda são objetos de estudos e aprofundamento, havendo necessidade de se interpretar e expandir o leque para um mundo cada vez mais moderno, que necessita de leis que o acompanhem.

Conceber a Síndrome de Burnout, portanto, como doença do trabalho, poderia até mesmo fomentar uma política de saúde mais robusta, com empresas prezando pela diminuição da rotatividade de seus funcionários, criando diretores e chefes de RH que zelem pela saúde mental do trabalhador tanto quanto pelas condições de insalubridade e periculosidade.

Observa-se também, que os fatores que levam ao desenvolvimento da síndrome podem ser vários, desde ambientes que desestabilizam o funcionário à metas impossíveis de serem atingidas e que, ainda assim, são cobradas, o que desencadeia uma dura realidade que deve ser encarada por grande parte dos trabalhadores em profissões desgastantes sem apoio psicológico devido.

Esse ciclo se dá justamente pela grande competitividade do mercado de trabalho, onde não há lugar para conciliar tratamento psicológico aliado à manutenção do cargo do trabalhador, que deve ser substituído de pronto, evitando a diminuição da produção, de um modo geral. O destaque legal que deve ser dado ao trabalhador diagnosticado como portador da Síndrome de Burnout são seus direitos trabalhistas, que diferem daqueles direitos oriundos da pessoa que, como segurado do INSS, adquire doença num âmbito

geral, passando a receber auxílio nos momentos em que for acometido por uma doença ou acidente e em função disso ficar incapacitado para o seu trabalho²⁰¹.

Nesse contexto, é importante que o empregador despenda esforços para manter seus empregados psicologicamente estáveis dentro daquilo que o ambiente de trabalho possa oferecer, uma vez que há, inclusive, jurisprudência²⁰² no sentido de possuir caráter indenizatório a Síndrome de Burnout, desde que caracterizada a relação de causa e consequência.

Por fim, a já citada Lei dos Planos de Benefícios da Previdência Social, trata dos direitos e garantias do trabalhador acometido por doença de trabalho, garantindo-o a permanência de seu contrato de trabalho na empresa por, pelo menos, doze meses, dentre outras providências²⁰³. Desta forma, cabe, em tese, empregador encaminhar o trabalhador diagnosticado com Síndrome de Burnout ao tratamento médico especializado de maneira a não querer eximir-se de sua responsabilidade legal frente ao problema enfrentado pelo funcionário.

201 <http://agencia.previdencia.gov.br/e-aps/servico/145>

202 TRT-9 29260200914907 PR 29260-2009-14-9-0-7, Relator: RICARDO TADEU MARQUES DA FONSECA, 2A. TURMA, Data de Publicação: 09/09/2011

203 Artigo 118 da Lei nº 8.213/91.

Referências

ABREU, Klayne Leite de et al. Estresse ocupacional e Síndrome de Burnout no exercício profissional da psicologia. *Psicol. cienc. prof.*, Brasília, v. 22, n. 2, p. 22-29, Jun. 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/>>. Acesso em 31 Out. 2016.

Alpi, Stefano. Burnout: “síndrome de quemarse en el trabajo (SQT)” *Acta Colombiana de Psicología*. 2007, 10. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=79810212>> Acesso em: 31 Out. 2016.

BARRETO, Aline Santos. et al. Síndrome de Burnout: Sistemática de um problema. *Rev. Enfermagem Revista*. V. 16. N° 03. Set/Dez. 2012. P 280. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/enfermagemrevista/article/download/5170/5177>>.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição [da] Republica Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL. DECRETO-LEI N.º 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> Acesso em 31 Out. 2016.

BRASIL. Plano Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho – PLANSAT. Disponível em: <<http://www.fundacentro.gov.br/arquivos/institucional/Cartilha%20Plano%20Nacional%20de%20SST.pdf>> Acesso em 31 Out. 2016.

BRASIL. PORTARIA MTB Nº 3.214, DE 08 DE JUNHO DE 1978 -. Aprova as Normas Regulamentadoras - NR - do Capítulo V, Título II, da Consolidação das Leis do Trabalho, relativas à Segurança e Medicina do Trabalho. DOU DE 06/07/1978.

BRASIL. Súmula 229. Supremo Tribunal Federal. Súmula 229. A indenização acidentária não exclui a do direito comum, em caso de dolo ou culpa grave do empregador. Data da Aprovação: 13/12/1963. Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 110.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Enunciado 15. Compete a justiça estadual processar e julgar os litígios decorrentes de acidente do trabalho. Data da Publicação - DJ 14.11.1990 p. 13025.

DANCINI, Wélida. Não deixe sua chama apagar. Vida e Saúde. São Paulo, Ano 77, nº 8. p. 8-13. Agosto, 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 14 ed. São Paulo: LTr, 2015. Pg83

FACHIN, Melina Girardi. O desenvolvimento das relações trabalhistas e a eficácia dos direitos humanos. In: Diálogos Entre o Direito do Trabalho e o direito civil. TE-PENDINO, Gustavo, coordenadores... [et al]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 113- 129.

FERNANDES, E. T. F. et al. Síndrome de burnout: uma análise psicojurídica. Disponível em <<http://www.webartigos.com/artigos/sindrome-de-Burnout-uma-analise-psycojuridica/117112/#ixzz3aaxTaPch>> Publicado em 21 de dezembro de 2013>. Acesso em 31 Out. 2016.

FERRARI, Juliana Spinel. Síndrome de Burnout. Disponível em: <<http://www.brasilecola.com/psicologia/sindrome-Burnout.htm>>. Acesso em 31 Out. 2016.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Causalidades em acidentes de Trabalho. In TEPENDINO, Gustavo, coordenadores... [et al]. Diálogos Entre o Direito do Trabalho e o direito civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 505-520.

Justiça do Trabalho de Santa Catarina. Bloco 1/3. Síndrome de Burnout. Entrevista com Roberto Cruz. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=8L0qUoNEfVU>> Acesso em 31 Out. 2016.

Justiça do Trabalho de Santa Catarina. Bloco 2/3. Síndrome de Burnout. Entrevista com Roberto Cruz. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=4AvF9i-BXKX8>> Acesso em 31 Out. 2016.

Justiça do Trabalho de Santa Catarina. Bloco 3/3. Síndrome de Burnout. Entrevista com Roberto Cruz. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=IV1HF-vx3ByU>> Acesso em 31 Out. 2016.

LORA, Ilse Marcelina Bernardi. Acidente do trabalho e a competência da justiça do trabalho. Rev. TRT - 9ª R. Curitiba, v. 29, n.52,p.247-263, Jan./ Jun. 2004.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito da Seguridade Social. São Paulo: Editora Atlas S/A, 19ª edição, 2003, p 422.

MELO, Geraldo Magela. Competência da justiça do trabalho para julgar os benefícios decorrentes de acidentes do trabalho. Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v.51, n.81, p.107-112, jan./jun.2010. Disponível em: <http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_81/geraldo_magela_melo.pdf>. Acesso em; 31 Out. 2016.

MONTE. Pedro R. Gil. El Síndrome de Quemarse por el Trabajo (Síndrome de Burnout) en Profesionales de Enfermería. Revista Eletrônica InterAção Psy – Ano 1, nº 1- Ago 2003 – p. 19-33. Disponível em: < <http://tupi.fisica.ufmg.br/>>. Acesso em: 31 Out. 2016.

PEREIRA, Ana Maria T. A Síndrome de Burnout. P. 389. Disponível em: <<https://bibliotecaprt21.files.wordpress.com/2013/09/livro-saude-mental-no-trabalho-2013-prt18.pdf>> Acesso em 31 Out. 2016.

PERONE, Giancarlo; PENIDO, Lais de Oliveira. Saúde mental no trabalho : coletânea do fórum de saúde e segurança no trabalho do Estado de Goiás. Goiânia : Cir Gráfica, 2013. P. 33. Disponível em: <<https://bibliotecaprt21.files.wordpress.com/2013/09/livro-saude-mental-no-trabalho-2013-prt18.pdf>>. Acesso em 31 Out. 2016.

Programa Trabalhe Seguro. O que é acidente de trabalho? Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/web/trabalhoseguro/o-que-e-acidente-de-trabalho>>. Acesso em 31 Out. 2016.

RUVIARO, Maione de Fátima Silva; BARDAGI, Marucia Patta. Síndrome de burnout e satisfação no trabalho em profissionais da área de enfermagem do interior do RS. Barbarói. Santa Cruz do Sul, n. 33, ago./dez. 2010. Disponível em: <<https://online.unisc.br/>>. Acesso em 31 Out. 2016.

SELIGMANN-SILVA, Edith et al . Saúde do Trabalhador no início do século XXI. Rev. bras. saúde ocup., São Paulo , v. 35, n. 122, p. 185-186, Dec. 2010 . Disponível em <<http://www.scielo.br/>>. Acesso em 31 Out. 2016.

VIEIRA, Isabela. Conceito(s) de burnout: questões atuais da pesquisa e a contribuição da clínica. Rev. bras. saúde ocup., São Paulo , v. 35, n. 122, p. 269-276, Dec. 2010 . Disponível em: <<http://www.scielo.br/>>. Acesso em 31 Out. 2016.

MULLER, Daniela Virote Kassick. A síndrome de burnout no trabalho de assistência a saúde: estudo junto aos profissionais da equipe de enfermagem do hospital santa casa de misericórdia de porto alegre. Porto Alegre, 2004. Disponível em: < <http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/4751>>. Acesso em 31 Out. 2016.

TEPENDINO, Gustavo, coordenadores... [et al]. Diálogos Entre o Direito do Trabalho e o direito civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 14.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. O direito à integridade psíquica e moral do empregado. In TEPENDINO, Gustavo, coordenadores... [et al]. Diálogos Entre o Direito do Trabalho e o direito civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 181-196

O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO E SUA POSSÍVEL PRIVATIZAÇÃO

Maria Helena Blasius Cwiertnia

Advogada formada pela Universidade Estadual do Oeste do Parana - Unioeste de Francisco Beltrão. Estudiosa da área prisional desde o início do curso.

Resumo: A presente pesquisa objetiva expor a crise da estrutura penitenciária brasileira, além de analisar a privatização das prisões, a fim de avaliar as experiências no sistema carcerário brasileiro e a sua viabilidade de implementação. A principal finalidade da pena de prisão ao indivíduo, muitas vezes esquecida em vista da situação atual do sistema brasileiro, é a reabilitação do preso para que não venha a se tornar reincidente; tanto isso não acontece que muitas vezes esse que é o principal objetivo passa despercebido pela grande massa que observa o sistema. O correr do tempo mostra, nessa trajetória da prisão como pena, que as medidas são totalmente ineficazes e a falência do sistema penitenciário é iminente. Apesar das poucas experiências quanto aos presídios privatizados, o índice de reincidência entre os presidiários é consideravelmente me-

nor entre os que ficam reclusos no sistema tradicional. Os resultados positivos são relacionados com as boas condições dos presídios, a partir do trabalho oferecido aos presos, os cuidados médicos e celas higiênicas. Em síntese, a privatização surge como solução para a superlotação dos presídios e uma efetiva reeducação do preso.

Palavras-chave: Prisão. Privatização. Trabalho do Preso.

Para que se trate acerca do sistema prisional, inicialmente cabe discorrer sobre o papel exercido pelo Direito Penal, cuja aplicação, segundo alguns doutrinadores, ainda evidencia a situação de desigualdade social existente entre classes. Utiliza-se aqui o conceito de Santos (1984, p.12):

“(...) o Direito é a expressão legal do modo de produção, e, assim, a institucionalização normativa dos interesses e necessidades das classes dominantes, que impõe e reproduz as relações de opressão e desigualdade em que se fundamenta o seu poder de classe. O Direito Penal, ao criminalizar rigorosamente os comportamentos contrários às relações de produção dominantes, protege os interesses fundamentais da classe (ou bloco de classes) dominante, e mesmo quando protege bens gerais (vida, integridade, liberdade, etc.), essa proteção é desigual porque as classes trabalhadoras são protegidas enquanto objeto (força de trabalho) e os setores marginalizados do mercado de trabalho não recebem qualquer proteção.”

Quando tratamos sobre a prisão, Julio Fabbrini Mirabete (1991, p. 343) afirma que: “a prisão em seu sentido jurídico é a privação da liberdade de locomoção, ou seja, do direito de ir e vir, por motivo ilícito ou por ordem legal”.

A prisão como forma de apenamento ao delinquente é um castigo imposto pelo Estado para que o sujeito possa se reabilitar visando restabelecer a ordem jurídica violada. Nessa ótica, a prisão deve respeitar um número razoável de princípios, sendo o principal deles o princípio de humanidade ou da dignidade da pessoa humana. Esse é o princípio mais relevante do ordenamento, e proíbe, assim, penas cruéis.

Quando a ideia de privação da liberdade surgiu, não se tinha a conotação penalizadora dos dias atuais. Antigamente, a prisão seria apenas para prevenir a fuga do indivíduo e tinha o intuito de preservá-lo fisicamente até o momento do julgamento e execução das verdadeiras penas existentes. O pensamento predominante era de que o condenado deveria sofrer retaliações graves como punição por seu crime; ou seja, eram comuns as penas de mutilações (das mãos, por exemplo, quando o indivíduo fora preso por roubo) e a pena de morte.

A origem da prisão como punição se dá na antiga penitência do direito eclesiástico, aproximadamente no século XVI. Baseando-se neste modelo de prisão, que isolava os religiosos para que houvesse a penitência dos crimes cometidos, foram criados estabelecimentos punitivos que

passaram a se chamar penitenciárias. Insta salientar que a sistematização dessa sanção, enquanto punição judiciária, se inicia entre o século XVIII e início do século passado, com o Código Criminal de 1808, na França. (Boletim Jurídico IBCCRIM, 2008).

Sobre o tema, em seu estudo, Bitencourt (2013, p. 79) afirma que:

“O direito canônico contribuiu consideravelmente para o surgimento da prisão moderna, especialmente no que se refere às primeiras ideias sobre a reforma do delinquente. Precisamente do vocábulo “penitencia”, de estreita vinculação com o direito canônico, surgiram as palavras “penitenciária” e “penitenciário”.”

Já na Idade Média, o objetivo da lei penal era impor o medo coletivo. Acreditava-se que colocando no pensamento dos homens o temor em sofrer as penas aplicadas, os crimes seriam reduzidos. Os indivíduos eram submetidos ao arbítrio dos governantes que impunham as penalidades de acordo com o status social a qual pertencia o acusado e também pelo crime cometido pelo sujeito.

Discorrendo sobre o tema, Bitencourt (in VILAR, 2011, p.2) retratou a ideia que se apresentava à época sobre a privação da liberdade nos seguintes termos:

“Durante todo o período da idade média, a ideia de pena privativa de liberdade não aparece. Há, nesse período, um claro predomínio do direito germânico. A privação da liberdade continua a ter uma finali-

dade custodial, aplicáveis àqueles que seriam submetidos aos mais terríveis tormentos exigidos por um povo ávido de distrações bárbaras e sangrentas. A amputação de braços, pernas, olhos, língua, mutilações diversas, queima de carne a fogo, e a morte, em suas mais variadas formas, constituem o espetáculo favorito das multidões deste período histórico.”

Greco (2010, p. 80) também discorre sobre o tema, declarando acertadamente que:

“(…) foram iniciadas as maiores transformações no que diz respeito à qualidade das penas. No final do século XVIII e no início do século XIX, começa a haver uma modificação da postura adotada, onde o corpo do condenado é que tinha que sofrer pelo mal por ele produzido.”

Entretanto, nesta época, o poder do Estado estava ameaçado pela onda crescente de crimes; assim, em meados do século XVI, com a evolução das penas privativas de liberdade, iniciou-se um movimento que culminou na construção de prisões que suportassem os condenados, para que sua pena fosse cumprida apenas com a privação de liberdade.

No entanto, a construção das penitenciárias já de início se mostrou insuficiente, e as estruturas logo ficaram lotadas, pois havia mais delinquentes do que vagas criadas, o que já faliu o sistema em sua primeira experiência.

Em resumo, a evolução histórica da prisão tem seu marco inicial no encarceramento como forma de contenção

de indivíduos para futura aplicação de castigos ou da pena de morte. Posteriormente, foi transformada em forma de cumprimento de pena.

A prisão deve ser a pena mais severa que o Direito Penal encontra para punir o indivíduo criminoso; ela é imprescindível como forma de controle social. Como forma de apenamento, a prisão é recente, conforme já demonstrado.

Até hoje, infelizmente, o Estado não conseguiu alcançar os seus fins sem a aplicação de medidas restritivas da liberdade humana. Todo esse histórico foi suficiente para que se constatasse sua mais absoluta falência no que se refere às finalidades da pena que o Estado prega atualmente, sendo a principal delas a ressocialização do preso. Assim, o futuro da pena de prisão não é a de sua progressiva abolição, mas a de sua reforma.

Santos (PARANÁ, 2010) afirma que o problema é muito grave. Ao tratar sobre a teoria jurídica da pena, que defende a prevenção especial, correção e ressocialização, ele critica duramente a atual forma como é dirigido o sistema; afirma que é um projeto corretivo criado há 200 anos, e que tem falhado desde então. Quando fala sobre o assunto, ele diz que:

“Prisão nenhuma no mundo faz isso (a ressocialização do preso). Pois até os mais empedernidos adeptos do sistema reconhecem que nada funciona. Nada funciona, mas tudo continua como está. Quer dizer, não é que a prisão fracassou hoje, ela

fracassou há 200 anos. Precisamos ter um novo discurso, uma nova prática, e uma outra atitude diante desta questão. Com prisão não se resolve o problema penal.”

Já Paixão (1987, p.31), como complemento, diz que:

“Presídios e penitenciárias são organizações que evocam imagens socialmente degradantes, das quais a mais imediata e óbvia é a do local de provação. Nelas o criminoso experimenta os custos da infração dos códigos normativos da sociedade. Prisão significa aprendizagem do isolamento.”

A ideia atual que se tem é que, mantendo o presidiário isolado de suas relações sociais, espera-se que ele reflita sobre o comportamento criminoso que cometeu e sinta a repressão, do Estado e da sociedade, através dessa provação. No entanto, o que tem ocorrido ultimamente é que as prisões se tornaram um local de socialização e aperfeiçoamento das técnicas delinquentes.

Graziano, penalista, em entrevista ao Portal Última Instância, diz que a prisão é um “mecanismo criado para controlar as massas e as demandas sociais”, um referencial político ideológico que orienta o Estado e atua perante problemas sociais complexos; segundo ele, é “(...) mais fácil criminalizar condutas, como é o caso das drogas ou das manifestações sociais, do que estudar e produzir políticas públicas que tentem resolver os problemas” (OLIVEIRA, 2014)

Para Foucault (2007, p. 94-95), a prisão é uma “empresa de modificação de indivíduos”; “é inútil à sociedade, é até nociva; é cara, mantém os condenados na ociosidade, multiplica-lhe os vícios.” Quando se recolhem sujeitos por um certo período em um estabelecimento prisional, a sociedade se considera mais segura, já que esse sujeito está preso. A mais óbvia função da prisão seria então justamente essa: a retirada do delinquente da sociedade.

As penitenciárias podem ser vistas como instituições de correção, onde os indivíduos presos despertarão em si uma integridade moral. Portanto, não se espera que haja um tratamento prioritário no bem estar desses sujeitos. Entretanto, devemos superar o senso comum que diz que a sociedade “moralmente correta” tem o direito de punir quem desobedece a previsão legal. O pensamento clássico colocava o criminoso como alguém moralmente responsável por seus atos; então, puni-lo significava a reconstituição de sua unidade como ser moral. (HEGEL, in PAIXÃO, 1987, p.30).

Roberto Requião, ex-governador do Estado do Paraná, em discurso no encontro “Sistema Penitenciário: Desafios e Soluções” (PARANÁ, 2010) afirmou categoricamente que, não importa quantas prisões mais sejam construídas:

“(…) Inauguramos num dia e no dia seguinte o estabelecimento está lotado. O problema não se resolve. O número de condenações se multiplicou. A própria eficiência de nossa polícia viabiliza essa super população. O sistema penitenciário do Pa-

raná e do Brasil está falido. Os moldes em que ele se encontra hoje, aqui e no resto do país, não tem mais solução.”

Em outra parte de seu discurso, afirmou que:

“Autores de pequenos delitos enviados a uma penitenciária pública em más condições forçam a tendência á criminalidade. As nossas penitenciárias são academias para pós graduação do crime. Temos que pensar em uma modificação definitiva.”

Em termos financeiros, a violência custa caro ao Brasil. Na realização da chamada “CPI dos Presídios”, elaborada em 2009, dados já revelavam que, para cada R\$10,00 produzidos no país, a sociedade gasta R\$1,00 para que se combata a criminalidade (aqui inseridos os gastos com tratamento dos efeitos da violência, prevenção da criminalidade, no sistema de justiça criminal, no encarceramento de pessoas, serviços médicos e sociais, além da proteção residencial e pessoal da iniciativa privada). O custo estimado é de 200 bilhões de reais por ano (BRASIL, 2002).

A CPI ainda elaborou denúncias que envolvem aspectos das penitenciárias brasileiras, como, por exemplo, a comida de péssima qualidade servida aos presos. As empresas que fornecem esse serviço muitas vezes servem as marmitas com peso abaixo do contratado pela administração, com comida velha (em alguns casos foram encontradas na comida pernas de barata e pelos de rato) e com salitre, que é uma substância semelhante ao sal e que causa uma sensação maior de saciedade mesmo quando consumida

pouca comida. A denúncia relativa ao salitre foi repetida em vários presídios, e um dos presos chegou a dizer que é proibido que os familiares levem açúcar aos internos, por cortar o efeito da substância. (Brasil, 2002)

Em síntese, a CPI chegou a seis principais problemas envolvendo o sistema que serão pormenorizados adiante e que, segundo os estudiosos, são as causas do caos que se instala hoje (Brasil, 2002, p. 361):

- Falta de trabalho para os presos: mais de 80% dos presos não trabalham, o que faz com que eles fiquem mais tempo presos (pois não há a possibilidade de remissão dos dias de pena) e ainda impossibilita o interno de arcar com despesas processuais e até mesmo pessoais e de sua família.

- Falta de estudo: a taxa é de 80% em relação a falta de oportunidade de estudo nos estabelecimentos penais. As consequências são as mesmas da falta de trabalho.

- Terceirização da alimentação: foi fonte de vários problemas, e irregularidades em praticamente todos os presídios analisados, dentre eles, a alimentação possui alto custo, de péssima qualidade, contaminada com substâncias impróprias para a saúde e com restos de animais, além de ser servida em condições precárias. Logo, é certo indício de corrupção.

- Excesso de prazos e superlotação: também foram constatadas penas vencidas, excesso de prazo na concessão de benefícios cuja consequência óbvia é a superlota-

ção. Cada dia que o preso passa atrás da cela, além de ser uma grande injustiça, também é custo extra para o estado; a superlotação ocasiona doenças, motins, rebeliões e outros prejuízos.

- Fóruns de justiça longe dos estabelecimentos prisionais: a principal consequência é o número elevado de escoltas que precisam ser realizadas para o transporte dos presos, que tem um custo enorme para o Estado, além de desviar os agentes policiais de suas atividades regulares.

- Construções mal executadas: são estruturas precárias, projetos arquitetônicos deformados e reformas paliativas, que só agravam o problema.

Em matéria recente, feita pela Folha de São Paulo, o número total de presos brasileiros é estimado atualmente em 715.655, sendo assim a terceira maior população carcerária do mundo, atrás apenas de Estados Unidos e China. Esse número também considera os delinquentes que estão em prisão domiciliar; cujo montante é de 147.937 presos. Tendo o sistema penitenciário brasileiro uma capacidade para 357.219 presos, logo se percebe que o déficit de vagas é de aproximadamente 210.000. Se forem considerados os presos domiciliares, o problema salta aos olhos com a falta de 358.000 vagas (s.a., 2014).

De acordo com os dados obtidos no próprio site do Departamento Penitenciário brasileiro, entre 1995 e 2005, a população carcerária do Brasil saltou de pouco mais de 148.000 presos para 361.402, o que representou um

crescimento de 143,91% em uma década. A taxa anual de crescimento oscilava entre 10 e 12% anteriormente. (BRASIL, 2008).

A população carcerária brasileira compõe-se de 93,4% de homens e 6,6% de mulheres. No geral, são jovens com idade entre 18 e 29 anos, afrodescendentes, com baixa escolaridade, sem profissão definida, baixa renda e muitos filhos. (Cabe salientar que a maioria das presas é mãe solteira). Em geral, praticam mais crimes contra o patrimônio (70%) e tráfico de entorpecentes (22%); a média das penas é de quatro anos.

Segundo Prudente (2013), de todos esses reclusos, 56% já foram condenados e estão cumprindo pena e 44% são presos provisórios que aguardam o julgamento de seus processos. Existem por volta de 500 mil mandados de prisão já expedidos pela justiça que não foram cumpridos.

Cerca de 10 mil pessoas são detidas mensalmente, apesar de o índice de punição de crimes cometidos no Brasil ser inferior a 10%. Isso nos mostra que, se a polícia fosse mais eficiente em suas investigações, o poder público não teria como alojar tantos presos e a superlotação seria maior. Além disso, quase 60 mil pessoas se encontram presas nas próprias delegacias, pois as penitenciárias já não comportam tanta gente.

Apesar dessa problemática, houve uma sensível redução no número de presidiários. Segundo análises mais recentes do próprio DEPEN, muitos fatores podem ser atri-

buídos a essa redução do encarceramento. Entre elas estão: a expansão da aplicação, por parte do Poder Judiciário, de medidas e penas alternativas; a realização de mutirões carcerários pelo Conselho Nacional de Justiça; a melhoria no aparato preventivo das corporações policiais e a melhoria das condições sociais da população são todos fatores significativos na diminuição da taxa. No entanto, apesar da redução da taxa anual de encarceramento, o Brasil ainda apresenta um déficit de vagas de 194.650.

Ainda de acordo com o relatório do DEPEN, o gasto mensal total com o sistema penitenciário é R\$ 3.604.335.392,00 (três bilhões, seiscentos e quatro milhões, trezentos e trinta e cinco mil, trezentos e noventa e dois reais), sendo R\$ 2.642.579.873,00 (dois bilhões, seiscentos e quarenta e dois milhões, quinhentos e setenta e nove mil, oitocentos e setenta e três) gastos com a folha de pagamento dos servidores ativos; R\$ 27.701.964,00 (vinte e sete milhões, setecentos e um mil, novecentos e sessenta e quatro reais) gastos com a folha de pagamento dos servidores inativos; R\$ 799.481.100,00 (setecentos e noventa e nove milhões, quatrocentos e oitenta e um mil, e cem reais) aplicados em despesas de custeio; e R\$ 134.572.455,00 (cento e trinta e quatro milhões, quinhentos e setenta e dois mil, quatrocentos e cinquenta e cinco reais) destinados a despesas de investimento (BRASIL, 2008).

Já os gastos mensais com os presos totalizam R\$1.904.743.682,00 (um bilhão, novecentos e quatro milhões, setecentos e quarenta e três mil, seiscentos e oitenta

e dois reais). Os números são bastante significativos e surpreende perceber que investimentos tão elevados ainda não são satisfatórios para assegurar aos presos o mínimo de condições de higiene e espaço adequados.

A CPI dos Presídios trouxe, em seu relatório final, dados sobre presídios terceirizados e perspectivas de custo desse sistema. Assim, em valores, “(...) o total despendido por vaga a ser criada é de R\$25.000,00 a R\$30.000,00”. Sabendo-se que o déficit de vagas atualmente é de 183.000 não incluindo os mandados de prisão já expedidos, o custo seria de aproximadamente R\$5.000.000.000,00 (cinco bilhões de reais), apenas para adequar o sistema aos presos que já estão presos. Com o atual investimento feito pelo governo, levariam 37 anos para chegar a esse cenário. (BRASIL, 2002, p. 327).

O grande problema é que não existem dados ou informações sobre outros custos do sistema, e que por isso não estão inclusos nesses cálculos. Podem-se mencionar gastos extras como: o custo do preso na fase policial, durante a fase de instrução e julgamento, a relação do preso com sua família, com a defesa que envolve advogados e testemunhas, o custo de escoltas para transferência e transporte de presos, as reformas necessárias com rebeliões e fugas dos presídios.

No que concerne à Legislação, o Brasil tem um dos sistemas mais organizados e eficientes do mundo. A Constituição da República de 1988, no seu art. 5º, onde trata das

garantias fundamentais do cidadão, dispõe de 32 incisos para a proteção das garantias do presidiário.

Ainda, em legislação específica, a Lei de Execução Penal, os incisos I a XVI do artigo 41 dispõem sobre os direitos do preso, a saber:

Constituem direitos do preso:

I - alimentação suficiente e vestuário;

II - atribuição de trabalho e sua remuneração;

III - Previdência Social;

IV - constituição de pecúlio;

V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;

VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;

VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;

VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;

IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;

X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;

XI - chamamento nominal;

XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;

XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;

XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;

XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.

XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente.

Parágrafo único - Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.

Embora existam todas essas garantias na legislação para aqueles que cumprem pena privativa de liberdade, na prática elas não são cumpridas. De maneira geral, as penitenciárias e delegacias são associadas à falta de segurança.

Para ilustrar essa situação, segundo dados do InfoPen, um único médico é responsável por 646 presos; cada advogado público é responsável por 1.118 detentos; cada dentista, por 1.368 presos; e cada enfermeiro, por 1.292 presos. O grande problema é que o descumprimento da lei não está apenas na assistência dos presos.

A falta de trabalho e de incentivos à educação e profissionalização, que deveriam ser oferecidas aos presidiários, acaba fazendo com que o sedentarismo e uso de dro-

gas se proliferem; juntamente com a falta de higiene e de saneamento básico, diversas doenças (principalmente tuberculose, pneumonia, hepatite, doenças virais e doenças sexualmente transmissíveis) se transmitem a outros presidiários com facilidade.

Como possível solução a este problema, surge a privatização dos presídios no Brasil. Esta é totalmente legal; encontra amparo no ordenamento jurídico, em diversas legislações vigentes nos estados e municípios brasileiros. A competência para legislar sobre o direito penitenciário é concorrente entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do artigo 24, inciso I, da Constituição da República.

Sabe-se, também, que a administração do sistema penitenciário se enquadra como uma das modalidades de serviço público, prestado pelo Estado para a população.

Mello (2008, p. 659) define que:

“Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais - instituto em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.”

Assim, o serviço público tem como escopo atender às necessidades básicas da sociedade, a todos sem distinção. Além disso, tem como objeto maior o bem da coletividade e, nesse sentido, então, toda atividade penitenciária é serviço público.

Trúlio (2006, p.85) diz que a privatização de um serviço público:

“(...) significa transferir ao particular a gestão de uma atividade que vinha sendo realizada pelo Poder Público, mediante compensação financeira para este. A privatização, portanto, no rigor da expressão, importa em compra e venda de uma empresa estatal.”

Os serviços públicos relacionados à execução penal apresentam características singulares, no entanto. Não há pagamento de taxas pela população para a prestação de tais serviços, e também não pode ser classificada como uma obrigação decorrente do pagamento de impostos.

Portanto, antes de considerarmos acerca da viabilidade ou não da privatização das prisões, faz-se necessário considerar a natureza peculiar do serviço público que cuida dos prisioneiros que estão encarcerados no sistema.

Uma vez que a pena privativa de liberdade é usada como forma de punição pelo Estado, prevaleceu nos ordenamentos jurídicos ocidentais o pensamento de que caberia a este a obrigação de custódia e manutenção dos presos.

Atualmente, entretanto, o serviço público relacionado à execução penal é completamente insatisfatório, o que traz à tona a discussão sobre a possibilidade de privatização dos presídios, como forma de solucionar os problemas de um sistema penitenciário ineficaz e custoso para o Estado. A tese da privatização das penitenciárias ganha força quando observada por este perfil.

Quanto à forma que essa privatização ocorreria, Lins e Silva (1992, p.11) define as quatro principais possíveis modalidades de privatização penitenciária, quais sejam:

- a) o Estado entrega ao administrador particular presídios já construídos, para que sejam gerenciados e administrados mediante contrato de prestação de serviço. O particular pode ou não ter o controle da segurança.
- b) o Estado contrata, junto a particulares, construção e gerenciamento de todos os serviços de infraestrutura e administração, com ou sem controle último de segurança.
- c) não haverá interferência na manutenção e custeio da estrutura pelo particular, ele apenas terá a utilização do trabalho dos presos nas prisões industriais pelos particulares;
- d) haverá a entrega de determinados serviços para o setor privado, o que pode ser caracterizado por terceirização.

Interessante colocação do autor quanto à maneira que seria feita essa privatização penitenciária, isso por-

que, mesmo que alguns setores sejam passados para a administração privada, fica claro que o Estado ainda será o mandante por trás de todas as ações que envolvem o presídio a ser privatizado.

Segundo Paula (2010), as primeiras noções de privatização do sistema presidiário remontam ao Panóptico, de Bentham. O modelo idealizado por Bentham concebia função disciplinar aplicável a várias instituições de controle e vigilância.

Foucault (2000, p.180), discorrendo sobre o Panóptico, diz que:

“(...) o Panóptico pode ser utilizado como máquina de fazer experiências, modificar o comportamento, treinar ou retrainar os indivíduos. Experimentar remédios e verificar seus efeitos. Tentar diversas punições sobre os prisioneiros, segundo seus crimes e temperamentos, e procurar as mais eficazes (...). O Panóptico funciona como uma espécie de laboratório de poder. Graças a seus mecanismos de observação, ganha em eficácia e em capacidade de penetração no comportamento dos homens; um aumento de saber vem se implantar em todas as frentes do poder, descobrindo objetos que devem ser conhecidos em todas as superfícies onde este se exerça.”

Segundo Sacchetta, em seu texto publicado no portal *Reportagem Pública* [2000?], existem no mundo atualmente aproximadamente 200 presídios privados, sendo metade deles nos Estados Unidos. O modelo de gestão privada começou a ser implantado naquele país ainda nos anos 1980

e hoje atende 7% de sua população carcerária.

No Brasil, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária propôs, oficialmente, em janeiro de 1992, a adoção de prisões privadas no país. De acordo com Minhoto (2002, p.147), a proposta surgiu através da observação dessa experiência que já havia ocorrendo em outros países, como Estados Unidos, França, Inglaterra e Austrália. A proposta, segundo seus autores, vinha para:

- a) atender os preceitos constitucionais de tratamento digno aos presos; lançar uma política de re-inserção social do condenado e assim diminuir os índices altíssimos de reincidência;
- b) introduzir um modelo administrativo de gestão moderna;
- c) reduzir encargos e gastos públicos;
- d) desenvolver uma política de prevenção da criminalidade, ao envolver a comunidade nas tarefas de execução da pena e, certamente, diminuir a superpopulação que abarrotava o sistema.

A partir de então, o modelo vem sendo implantado no Brasil. Em janeiro de 2013, a primeira penitenciária em regime de parceria público-privada do país foi inaugurada, em Ribeirão das Neves, Minas Gerais. A prisão de Ribeirão das Neves é o primeiro projeto deste tipo no país, pois foi parceria público-privada desde sua licitação. As outras prisões privatizadas no Brasil iniciaram como unidades públicas que foram futuramente assumidas por uma administração privada. A empresa privada tem a função de

administrar o presídio e o Estado fiscaliza o trabalho da empresa. (Minhoto, 2002)

D'Urso (2011, *apud* Duarte, 2012) preconiza que a privatização das prisões brasileiras, em sua melhor forma, deverá ser feita sob uma espécie de gestão mista, envolvendo a administração pública e a administração privada. Sendo assim, a proposta é que as atividades inerentes à administração pública devem ser preservadas, envolvendo as tarefas de: supervisão das atividades de reinserção moral e social do interno, para que sejam observados os preceitos estabelecidos na Lei de Execução Penal, além da assistência jurídica aos presos e ainda a exigência ao cumprimento das obrigações assumidas pelo grupo ou empresa privada.

Desta forma, ficaria a cargo da iniciativa privada a função material da execução, tendo funções de construir e manter o funcionamento do estabelecimento prisional, fornecer o mobiliário e equipamentos, bem como responsabilizar-se pelo bem estar dos presidiários, envolvendo higiene pessoal, vestuário e alimentação, entre outras funções secundárias.

O termo privatização, aqui especialmente em relação aos presídios, pode passar a ideia de transferência do poder estatal de punição para a iniciativa privada. Mas o que se pretende, segundo os doutrinadores que defendem essa linha, é a transferência da administração das prisões para iniciativa privada, sem que isto implique na retirada da função de punir do Estado, função que é indelegável.

Além disso, os partidários da privatização argumentam que faz muito tempo desde que o Estado não investe devidamente no sistema penitenciário. Considerando isso, refutar a privatização, de forma precipitada, é de certa forma concordar com o caos instalado em prisões que são verdadeiras universidades do crime, como já citado anteriormente, nas palavras de Paixão (1987). Ainda salientam que não há por que se preocupar com a administração da prisão por empresa particular, uma vez que o Estado estará sempre vigilante para evitar desvios no acordo feito, e que a própria empresa terá interesse em mostrar zelo e eficiência, não só para garantir a manutenção do contrato como também para merecer a credibilidade pública.

Vários juristas defendem que a privatização prisional seria constitucional, desde que agentes penitenciários trabalhem sob as ordens de uma autoridade estatal (modelo francês). É o modelo adotado no Brasil, de acordo com Laurindo Dias Minhoto. Nas palavras de D'urso (1999, p.72):

“(...) a privatização prisional é tão somente chamar e admitir a participação da sociedade, da iniciativa privada, que viria a colaborar com o Estado nessa importante e arriscada função, a de gerir nossas unidades prisionais. Ao Estado continua a função jurisdicional da pena e a remuneração do empreendedor privado.”

Dizem ainda os defensores da privatização que as empresas particulares dispõem de maior agilidade na tomada de decisões administrativas ou de própria ge-

rência do sistema que cuida, uma vez que estão liberadas da morosa e difícil burocracia do serviço público, que muito prejudica a lenta rotina das instituições estatais (TRULIO, 2006).

A corrente favorável à privatização sustenta que as empresas têm interesse em aperfeiçoar a prestação dos serviços essenciais aos presos, e ainda conciliar a gerência desse patrimônio com a redução de despesas; essa preocupação não é relevante no serviço público, que gasta o que julgar necessário para a manutenção do presídio.

Outro importante argumento favorável à privatização diz respeito ao menor custo do sistema privado em relação aos presídios não terceirizados. A experiência norte-americana com a privatização aponta a redução de custos: enquanto gerida pelo Estado, onde o custo diário era de 50 dólares por preso, quando a gestão foi transferida para a iniciativa privada caiu para 25 a 30 dólares por vários motivos, mas o principal deles foi o maior cuidado e zelo do particular com a administração do seu dinheiro (NETO, 2014).

Em relação ao trabalho que os internos exerceriam, muitos deles, talvez até a maioria, sejam a favor. Segue depoimento de uma interna, ouvida pelos relatores da CPI dos presídios. A interna está presa na Unidade Feminina Ana Maria do Couto May, no estado de Mato Grosso, onde uma designer implantou uma espécie de fábrica na prisão para dar trabalho para as presidiárias: “Se você não estiver

trabalhando fica o dia inteiro sem fazer nada e se sente inútil; além disso, aqui aprendi uma profissão: sou costureira e quando sair já tenho o que fazer para sustentar meus filhos” (BRASIL, 2002, p. 158). Fica o adendo que a comissão considerou este presídio o melhor dos presídios femininos visitados.

Segundo essa ideologia, no sistema prisional os condenados se tornariam pacificados, ressocializados e reeducados, devido à disciplina que o trabalho exige. A exigência de trabalho dos presos, por parte da classe trabalhadora, decorre do senso comum predominante na sociedade brasileira, de que a ociosidade dos encarcerados é uma ofensa: um absurdo que os presos não trabalhem.

Os aspectos positivos argumentados concentram-se na maior eficiência geral do sistema em parceria público-privada ou ainda no de gestão compartilhada resultando em maior segurança para a sociedade uma vez que traria uma ressocialização efetiva do apenado, humanizando a pena e tornando o preso apto a trabalhar e a viver em sociedade, o que seria comprovado, por exemplo, com baixas taxas de reincidências dos egressos desse sistema.

Em corrente contrária, vêm os doutrinadores contrários à privatização. O principal argumento contra as parcerias público-privadas em presídios é a aparente inconstitucionalidade de se entregar à iniciativa privada o poder de aplicar pena a um condenado. Para esses estudiosos, a linha que divide a administração privada e a pública seria

excluída na prática, o que resultaria na falta de controle da iniciativa privada pelo Estado.

Uma vez se tratando de uma atribuição do Estado, e é sabido que o *jus puniendi* é de exclusivo monopólio estatal, o ordenamento pátrio não autoriza nenhum tipo de vingança ou punição privada, portanto seria impróprio contratar agentes particulares para punir um ser humano.

Nesse sentido, expondo os riscos da privatização, em reportagem do Portal O Tempo (s.a, 2014) tem-se a notícia de que a Justiça do Trabalho condenou o governo de Minas Gerais por terceirização ilícita no Presídio Público Privado de Ribeirão das Neves, na região metropolitana de Belo Horizonte, conhecido por ser um dos presídios mais modernos e seguros do Brasil, conforme demonstrado. De acordo com a sentença do douto magistrado, o Estado terá um ano para promover concurso público para substituir os empregados irregulares por servidores públicos. A decisão foi de encontro com a tese apresentada pelo Ministério Público do Trabalho, que vem no seguinte sentido:

“Entre os postos de trabalho terceirizados estão atividades relacionadas com custódia, guarda, assistência material, jurídica e à saúde, uma afronta à Lei 11.078/04 que classifica como indelegável o poder de polícia e também a outros dispositivos legais. Além de ser uma medida extremamente onerosa para os cofres públicos, poderá dar azo a abusos sem precedentes.”

Segundo a notícia veiculada, o procurador classificou a privatização das prisões como inaceitável. Segue trecho que exprime a opinião do jurista:

“Numa sociedade democrática, a privação da liberdade é a maior demonstração de poder do Estado sobre seus cidadãos. Licitar prisões é o mesmo que oferecer o controle da vida de homens e mulheres para quem der o menor preço, como se o Estado tivesse o direito de dispor dessas vidas como bem lhe aprouvesse.”

A juíza do Trabalho Jane Dias do Amaral, também citada na reportagem, concorda com a tese apresentada, reforçando que as prisões são exemplo típico do poder estatal; segundo a magistrada, decisões como essa, que privatizam os presídios, deixam a execução penal e todos os serviços a ela inerentes à mercê de pessoas jurídicas privadas, contrariando o disposto no art. 37 da Constituição Federal, que disciplina o funcionalismo público.

Minhoto (2002, p. 91), por sua vez, afirma que a privatização traria um benefício apenas temporário e que o efeito benéfico que se espera (que seria a humanização e melhoria geral no tratamento do preso) logo seria superado e que os problemas que hoje afligem os estabelecimentos públicos as atingiriam também. Assim, as causas para esse declínio seriam, de acordo com o pensador:

“(...) notadamente a superpopulação, um regime disciplinar desumano e um contexto avesso às estratégias de reabilitação, minando assim a viabili-

dade dos próprios indicadores de qualidade fixados nos contratos.”

Em relação a superpopulação que atualmente assola o sistema, esses doutrinadores consideram que com medidas de eficiência se reduziria a superlotação dos presídios públicos, ou seja, que não seria necessário que se recorra à privatização. Entre estas medidas, encontram-se: a maior celeridade processual das Varas de Execução Criminal e a ampliação de experiências do tipo APAC (Associação de Proteção e Assistência aos Condenados) – que são colônias agrícolas, onde os presos trabalham nas atividades pertinentes à agricultura, com taxas de reincidência baixíssimas - que prioriza a recuperação do condenado e sua inserção no convívio social protegendo a sociedade de novos crimes, com a recuperação efetiva do preso.

Por fim, Trindade (2012, p.443) disciplina o principal objetivo dessas formas alternativas de justiça:

“Essa abordagem conceitual pretende demonstrar que o modelo tradicional de punição não considera os fatores emocionais e sociais das pessoas envolvidas pelo crime e que suas sanções são estigmatizantes e essencialmente repressivas. Por isso, é necessário romper com a ideia já arraigada de punição, abrindo a possibilidade para uma nova leitura do agir humano que valorize também o elemento relacional dos sujeitos e seu desenvolvimento individual e social.”

As ações incluem ainda a realização dos chamados mutirões carcerários para avaliar a situação de presos em

relação ao cumprimento da pena. Essas e outras medidas têm como objetivo dar mais efetividade às leis de execução penal, bem como modificar a realidade da situação prisional no país. Nos objetivos do programa também está prevista a criação do sistema “Bolsa de Vagas” para centralizar no CNJ a oferta de postos de trabalho das empresas que se interessam no projeto.

Logo se vê que, o programa é bem estruturado e organizado, sendo mais uma alternativa para que se desafogue o sistema penitenciário sem precisar recorrer à privatização. Ante o exposto, se mostra que a privatização do sistema não é tão necessária quanto se prega, e que existem alternativas para a problemática do sistema penitenciário.

Ou seja, se para alguns a privatização do sistema é um avanço em termos de gestão administrativa, outros consideram uma porta aberta para o desperdício do dinheiro público. (*in* RABELO et al, 2009)

Ainda há os que argumentam contra a privatização por ela proporcionar, segundo a opinião dos doutrinadores, a exploração de mão de obra dos apenados, submetendo-os a trabalho forçado, com remunerações abaixo do mercado e sem o interesse na sua reinserção social, apenas no lucro da empresa que gerencia a penitenciária.

Nucci (2007) é um dos partidários desta teoria, e ainda complementa dizendo que considera ilegal o trabalho do preso, pois este não teria os benefícios trazidos pela Con-

solidação das Leis do Trabalho. Ou seja, o trabalho estará passível de regulamento legal.

Já foram diversas as propostas para a privatização no Sistema Penitenciário do Brasil. A ideia principal é que a empresa que vencer a concorrência pública terá o direito de auferir os lucros obtidos com o produto dos investimentos na prisão, após deduzidas as despesas de gerenciamento, prestação de serviços, manutenção, funcionamento do estabelecimento e remuneração do trabalho dos presos.

Paula (p.1146) traz em seu trabalho informação interessante acerca do documento que foi elaborado para que se propusesse a privatização penitenciária no país:

“Alguns pensadores assinalam que a ideia de privatização de presídios é nova no Brasil, como também no planeta, pois só aproximadamente há 10/15 anos é que o mundo conhece os chamados presídios privados. O argumento das experiências estrangeiras foi inclusive usado no texto para justificar proposta de lei federal sobre programa de privatização do Sistema Penitenciário do Brasil, nestes termos: A presente proposta de privatização do sistema penitenciário brasileiro é oriunda de reflexões sobre as modernas e recentes experiências que, nesse sentido, vêm sendo colocadas em prática em estabelecimentos prisionais dos Estados Unidos, da França, da Inglaterra e da Austrália.”

Nesse sentido, Schelp (2009, p.12) afirma que “(...) o modelo de parcerias entre público e privado é semelhante

ao modelo da França, que possui aproximadamente 15% dos presídios sob administração conjunta.”

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), do Ministério da Justiça, propôs formalmente, em janeiro de 1992, a adoção das prisões privadas no Brasil. Esta proposição foi contestada pela OAB (Ordem dos Advogados do Brasil), que considerou a proposta insatisfatória, e afirmou mais uma vez que a execução da pena seria função única e intransferível do Estado (SILVA e BEZERRA, 2005). Estas e outras divergências geraram o arquivamento da proposta do Ministério da Justiça.

Transcreve-se agora excelente explanação de Paula (2010, p. 1147), sobre o início da privatização brasileira:

“Sublinhe-se que, mesmo com pouca ou quase nenhuma discussão sobre o tema da privatização dos presídios pelos estudiosos da área criminal, há, no Brasil, algumas ações concretas e modelos no sentido de implementar privatizações. Em solo pátrio nota-se a emergência de vários modelos de privatização, donde se destacam-se o federal, o paulista e o paranaense. A proposta da União parte do pressuposto da criação de um sistema penitenciário federal. Criado o sistema, as prisões de segurança máxima ficariam a cargo da União. Essa proposta permitiria a chamada gestão mista, com envolvimento da administração pública e da privada. Em breves notas, são essas as características básicas do modelo federal: os servidores do sistema penitenciário seriam servidores estatais; a empresa privada construiria a prisão dentro dos parâmetros

da Administração e gerenciaria o centro penal; exploraria o trabalho remunerado dos presos, ao tempo em que estes contribuiriam com seu trabalho para a manutenção do estabelecimento prisional, que seria tanto para presos condenados como para provisórios; os lucros obtidos com o produto dos investimentos seriam auferidos pela empresa privada; os contratos não seriam superiores ao período de 10 anos; os terrenos seriam cedidos pelo Governo Federal e as construções e benfeitorias poderiam ser incorporadas ao patrimônio da empresa privada.”

Kloch (in RODRIGUES,2013, p.17) cita de forma resumida, os exemplos dos vários Estados brasileiros que já adotaram a terceirização de alguns dos serviços da administração ou da execução das penas privativas de liberdade e que serão analisados mais detidamente a seguir:

- O Estado do Paraná iniciou a privatização com a Penitenciária construída no município de Guarapuava;
- No Estado do Ceará, a Penitenciária Regional do Cariri, Sobral e Fortaleza foram terceirizadas;
- A Penitenciária edificada no município de Valença, no Estado da Bahia, é gerida por empresa privada;
- No Estado do Amazonas também existem Penitenciárias terceirizadas;
- No Estado de Santa Catarina há implantação dos serviços penitenciários com parcerias públicas e privadas;

- O governo do Estado do Pernambuco implantou a terceirização com parcerias entre as empresas públicas e privadas, para construção e gestão de presídios;

- No Espírito Santo, o governo do Estado também privatizou a administração de um presídio.

Kloch ainda explica que 16 unidades prisionais brasileiras já adotaram a privatização dos serviços penitenciários, onde aproximadamente 9 mil detentos estão sob a administração de empresas da iniciativa privada, além de contratações feitas por meio das parcerias públicas e privadas e terceirização, onde empresas prestam alguns serviços para a unidade prisional, sob a gerência direta da administração pública.

Apesar da desaprovação de certos entes, o Estado do Paraná foi o primeiro a adotar o modelo, implementando a proposta com a Penitenciária Industrial de Guarapuava (PIG). Analisando mais profundamente, a experiência de Guarapuava foi considerada exitosa e incentivou a expansão do sistema para a Casa de Custódia de Curitiba, a Casa de Custódia de Londrina, as prisões de Piraquara e Foz do Iguaçu. O programa de privatização de presídios no Estado foi desenvolvido, chegando aos cinco presídios privatizados anteriormente apresentados. Este programa, porém, veio a ser desativado no ano de 2006, segundo a autora (TRULIO, 2006, p.107):

“No Estado do Paraná, que ousou ser o primeiro a adotar a proposta de terceirização de seus pre-

sídios, percebeu-se, após quatro anos de sua aplicação, a sua inadequação. A partir daí, foi sendo restaurada a gestão pública dos estabelecimentos prisionais, à medida que os contratos formalizados iam se vencendo, até que, em 2006, o projeto foi completamente extinto, reconhecendo-se a obrigação de prestação direta de tais serviços pelo Estado.”

O governo paranaense é bastante elogiado pela iniciativa de privatização. Como exemplo, tem-se a Penitenciária Industrial de Guarapuava que custou, segundo dados oficiais, R\$ 5.323.360,00 (cinco milhões, trezentos e vinte e três mil, trezentos e sessenta), sendo 80% do valor proveniente de Convênio com o Ministério da Justiça e 20% financiado pelo governo do Estado. Já o custo de um preso aos cofres estaduais no sistema privatizado é de R\$ 1.200,00 (mil e duzentos) mensais, sendo, portanto, 33% mais caro do que o sistema convencional que é de R\$ 700,00 a R\$ 800,00 mensais. Para Roberto de Paula, a Penitenciária só não foi totalmente privatizada porque a legislação brasileira não permite que o Estado abra mão da tutela do preso, sendo um poder que não pode ser delegado.

O modelo adotado no Estado paranaense se assemelha ao francês, estabelecendo-se um programa de co-gestão entre o Poder Público e a iniciativa privada. Após quatro anos de sua aplicação, foi identificada a inadequação do projeto, pelo aumento de custos em contraposição aos poucos resultados obtidos. Então, a partir deste momento,

foi sendo retomada a gestão penitenciária pelo estado, até que em 2006, o projeto foi completamente extinto, retomando-se a prestação direta de tais serviços pelo Estado (TRULIO, 2006).

No entanto, Prado (2013) em matéria na revista Isto É, complementa esses dados acerca do projeto paranaense com algumas informações. O autor nos diz que o estado do Paraná realmente testou a privatização, mas acabou desistindo, pois o custo por preso, conforme demonstrado, chegou a aumentar em quase 40%, sem retorno na recuperação dos institucionalizados, o que era um dos objetivos. Com a privatização, ensinam experiências passadas que o condenado corre o risco de vir a ser, nas palavras do autor, “o preso dos ovos de ouro”, um produto que gera lucro.

Já no Estado do Ceará, em 2000, foi terceirizada a Penitenciária Regional do Cariri, situada em Juazeiro do Norte. No entanto, foram encontradas inadequações no processo de terceirização, e que foram noticiadas por uma Promotora de Justiça daquele Estado, a seguir (CORDEIRO, *apud* TRULIO):

“(…) Mediante um contrato de concessão firmado entre a Secretaria de Justiça do Estado do Ceará e a empresa Humanitas (atualmente Conap), vem sendo administrada a Penitenciária Industrial Regional do Cariri, em Juazeiro do Norte. Contudo, o referido contrato nunca foi publicado no Diário Oficial, nunca foi realizada licitação para a contratação da empresa prestadora de serviços, além do que a sobredita concessão não foi regulamen-

tada por lei, disciplinando o modo e a forma de prestação do serviço. Como se vê, esse modelo terceirizador adotado pelo Estado do Ceará viola vários princípios constitucionais que regem a Administração Pública, a saber, os da legalidade, moralidade e a publicidade. (...) Esse modelo terceirizador promove ainda uma verdadeira deturpação da Lei de Execução Penal, ao dispor que o diretor do estabelecimento penal deve ser um servidor público, uma forma encontrada para mostrar que a execução da pena prisional não foi entregue totalmente ao particular. Ora, pela LEP, o diretor do estabelecimento penal pode ser alguém que não seja servidor público, pois se trata de um cargo em comissão, de livre nomeação e exoneração.”

Em contraponto, a equipe do jornal “O Dia” (in ALVES, 2013) realizou uma reportagem acerca do presídio de Ribeirão das Neves, que foi citada anteriormente como a primeira penitenciária privada do país. A equipe jornalística elogiou o sistema de trabalho, o ensino que é dado aos presos e a segurança, que é tratada como prioridade. Ainda, o diretor dos presídios informou que empresas parceiras pagam o valor de R\$488,00 por mês para cada preso pelo trabalho que prestam. Além de construir a penitenciária, o consórcio terá direito a administrar o complexo pelos próximos 25 anos e vai receber, por cada preso, R\$ 2,7 mil mensais. O custo médio por detentos de outras unidades prisionais é R\$ 2,8 mil, de acordo com os dados do DEPEN, já citados anteriormente. (ALVES, 2013).

Como contraprestação, o consórcio tem que atender os indicadores de desempenho definidos pelo governo, entre eles, impedimento de fugas e rebeliões. Na ocorrência de um desses casos, o valor pago ao consórcio sofrerá desconto. Tanto a manutenção das unidades prisionais quanto a execução de serviços como fornecimento de refeições, uniformes, atendimento à saúde e assistência jurídica aos detentos são de responsabilidade do consórcio. A segurança interna fica a cargo de funcionários contratados pelo grupo, e agentes penitenciários do estado cuidam do entorno da unidade. (ALVES, 2013).

Um dos itens do contrato de parceria mais importantes, estabelece que o grupo particular não pode obter lucros com o trabalho dos presos. Como já citado acima, os detentos receberão três quartos do salário mínimo por uma jornada de cinco dias, de seis horas de trabalho. Oito empresas de confecção de móveis, calçados, refrigerantes e de uniformes já manifestaram à secretaria interesse em instalar galpões no interior da penitenciária.

Outro estado que merece destaque no assunto é o Espírito Santo. Segundo Trulio (2006), a experiência da terceirização no estado está em seu ápice, pois, após a terceirização de um de seus estabelecimentos prisionais (qual seja, a Penitenciária de Segurança Máxima, situada no município de Viana) que, devido aos bons resultados, fez com que entrasse em andamento o processo para a terceirização da Penitenciária Regional Masculina de Cachoeiro de Itapemirim e do Centro Prisional Feminino de Cachoeiro de Itapemirim.

O contrato que resultou nessa terceirização foi assinado no mês de julho de 2007, prevalecendo até os dias atuais. Tecnicamente, trata-se de um contrato de prestação de serviços para operacionalização daquela unidade, em regime de co-gestão, firmado entre a Secretaria de Estado da Justiça do Espírito Santo e a empresa Instituto Nacional de Administração Prisional Ltda – INAP. A modalidade de contratação restou estabelecida como sendo a empreitada por preço global, onde o Estado optou por efetivar uma forma indireta de execução dos serviços públicos, transferindo-os ao particular, mantendo-se, porém, como gestor de tais serviços. O prazo estabelecido para a duração do contrato foi o de 36 (trinta e seis) meses, permitida a prorrogação, estando a contratada obrigada a prestar serviços técnicos e assistenciais, bem como material médico-ambulatorial. Esse projeto foi bastante elogiado e se mostrou eficiente.

Por fim, destaca-se ainda a Penitenciária Industrial de Joinville, em Santa Catarina, considerada um modelo a ser seguido. De acordo com Mello (*in* RODRIGUES, 2013, p. 19):

“(...) fundada em 2005 a um custo de aproximadamente R\$10.000.000,00, a Penitenciária Industrial de Joinville tem capacidade para 366 apenados, distribuídos em celas com seis detentos cada. O governo do Estado de Santa Catarina repassa mensalmente R\$ 770.000 (cerca de R\$ 2.100 por detento) para a empresa contratada por meio de licitação para a gestão da prisão. Por esse valor, a

empresa deve oferecer segurança, saúde, vestuário, limpeza, manutenção, alimentação, educação, assistência psicológica, assistência social e demais serviços previstos na Lei de Execução Penal.”

O autor ainda explica que a direção, as gerências e os mestres são cargos ocupados por servidores indicados pelo Governo do Estado de Santa Catarina (cargos de confiança), no regime de gestão público-privada compartilhada que é o da penitenciária. Ainda segundo Mello, o quadro é composto por 21 funcionários do quadro administrativo e 20 do setor técnico, sendo 1 médico psiquiatra, 1 médico clínico geral, 1 odontólogo, 2 psicólogos, 2 assistentes sociais, 1 terapeuta ocupacional, 2 advogados, 1 pedagoga, 1 enfermeiro, 4 técnicos em enfermagem, 1 atendente de gabinete odontológico, 1 atendente de farmácia e 1 estagiário de direito. Além desses, há o pessoal do setor de segurança, que conta com 1 coordenador, 1 supervisor geral, 5 supervisores, 3 assistentes, 1 motorista e 100 agentes de disciplina.

Esse modelo de gestão privada se torna eficiente quanto ao propósito da pena na medida em que o índice de reincidência no sistema prisional catarinense é de 75%, e na Penitenciária Industrial de Joinville é de 17%, conforme dados do autor.

Já no ano de 2007, o Ministério da Justiça, preocupado com as questões carcerárias no Brasil, retomou-se a discussão sobre as Parcerias Público-Privadas, por meio do Novo Plano Nacional de Política Penitenciária. Seriam, ini-

cialmente, sete Estados com penitenciárias com diversos graus de privatização: Paraná, Ceará, Bahia, Amazonas, Santa Catarina, Pernambuco e Minas Gerais, com dezesseis unidades prisionais com aproximadamente nove mil detentos sob a administração de empresa privada.

Com esses dados expostos, logo se vê que a privatização do sistema penitenciário pode se mostrar uma alternativa para a grande problemática da superlotação e da falta de soluções para o atual panorama que assola todo o sistema, de forma geral.

Referências Bibliográficas

ALVES, Francisco Edson. Presídio privado é sucesso. O Dia, Rio de Janeiro, 14 jul. 2013. Disponível em: <http://odia.ig.com.br/noticia/rio-de-janeiro/2013-07-14/presidio-privado-e-sucesso.html>. Acesso em 28 Ago. 2014.

AMARAL, Junior Leite. O caráter fragmentário do direito penal e as limitações na atividade persecutória do Estado. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13029. Acesso em set 2014.

ANDRADE, Talis. Privatização de presídios espelha-se em Pedrinhas para enriquecimento ilícito, tortura e morte. Disponível em <http://jornalggn.com.br/noticia/privatizacao-de-presidios-espelha-se-em-pedrinhas-para-enriquecimento-ilicito-tortura-e-morte>, acesso em 01/03/14.

ARRUDA, Sande Nascimento de. Comentários acerca da saúde pública nos presídios. Conteudo Juridico, Brasília-DF: 16 nov. 2010. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29624&seo=1> . Acesso em 19/06/14.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. Execução penal: esquematizado. 1. ed. - São Paulo:Forense, 2014.

BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução a sociologia do Direito Penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3 ed: RJ: Editora Revan. Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. São Paulo: Martin Claret, 2006.

BENEVIDES, Paulo Ricardo. Superlotação X Penas alternativas. Matéria disponível em <http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/59/superlotacao-x-penas-alternativas-213023-1.asp>, Acesso em 09 Jul. 2014.

BENTHAM, Jeremy. O Panóptico / Jeremy Bentham... [et al.]; organização de Tomaz Tadeu; traduções de Guacira Lopes Louro, M. D. Magno, Tomaz Tadeu. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 19 ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

BLASCO, Bernardo Del Rosal. As prisões privadas: Um novo modelo de uma nova concepção sobre a execução penal. in <http://amigonerd.net/humanas/direito/questao-penitenciaria-e-privatizacao>, acesso em 24/09/2013.

BRAGON, Rayder. Presídio privado em Minas Gerais registra a primeira fuga. Disponível em <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/11/28/presidio-privado-em-minas-gerais-registra-a-1-fuga.htm#fotoNav=2>, acesso em 01 Mar. 2014

BRANCO, Tales Castelo. Da Prisão em Flagrante. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. CPI sistema carcerário. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. 620 p. – (Série ação parlamentar; n. 384). Disponível em: http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/2701/cpi_sistema_carcerario.pdf?sequence=5. Acesso em 17 Ago. 2014.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-comecar-de-novo>. Acesso em 23 Set 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 01 Mar. 2014

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 239498 - RJ (2012/0076863-7). Relator: Ministra Laurita Vaz. Disponível em <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24659183/habeas-corpus-hc-239498-rj-2012-0076863-7-stj>

_____. Decreto-Lei 2.848 de 7 de Setembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 28 Ago. 2014.

_____. Decreto n. 4720 de 5 de julho de 2003. Ministério da Justiça. Disponível no site www.mj.gov.br. Acesso em 19 Ago. 2014.

_____. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm, acesso em 08 Mar. 2014.

_____. Ministério da Justiça. Execução Penal. Sistema Prisional. Brasília, 2008. Disponível em <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={D574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896}&BrowserType=IE&LangID=pt-br¶ms=itemID%3D%7B364AC56A-DE92-4046-B46C-6B9CC447B586%7D%3B&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>. Acesso em 17 Jun. 2014.

CARVALHO, Priscila Almeida. Privatização dos presídios: Problema ou solução? Disponível em http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=020revista_artigos_leitura&n_artigo_id=5206, acesso em 04/11/2013

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 1, parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CHACHA, Luciana. Aspectos críticos sobre a privatização dos presídios no Brasil . Disponível em <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1001977/aspectos-criticos-sobre-a-privatizacao-dos-presidios-no-brasil-luciano-chacha>, acesso em 19/07/2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em <http://global.org.br/wp-content/uploads/2014/05/Resoluci%C3%B3n-de-22-de-mayo.pdf>, acesso em 19/06/2014.

DOTTI, René Ariel. Curso de direito penal: parte geral. 1ed. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2001.

DUARTE, Jaqueline Cristiane. Privatização das prisões. Disponível em http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=9661, 2011. Acesso em 19 Jul. 2014.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. A privatização dos presídios. Super Interessante, 2002. Disponível em <http://super.abril.com.br/ciencia/privatizacao-presidios-442830.shtml>, acesso em 24/09/2013.

FALCONI, Romeu. Sistema presídial: reinserção social? Prefácio de Dirceu de Mello. SP: Ícone, 1998.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhete. 34 ed. RJ: Editora Vozes, 2007.

FOUCAULT, Michel. Microfísica do poder. 15 ed., Rio de Janeiro: Editora Graal, 2000.

FOLHA DE SÃO PAULO. Brasil passa a Rússia e tem a terceira maior população carcerária do mundo. Folha de São Paulo, Brasília, 5 jun. 2014. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/06/1465527-brasil-passa-a-russia-e-tem-a-terceira-maior-populacao-carceraria-do-mundo.shtml>. Acesso em 28 Ago. 2014.

GELINSKI NETO, Francisco. A crise carcerária e a privatização do sistema prisional. Disponível em http://www.apec.unesc.net/V_EEC/sesoes_tematicas/Temas%20Especiais/A%20CRISE%20CARCER%-C3%81RIA%20E%20A%20PRIVATIZA%20C3%87%-C3%83O%20DO%20SISTEMA%20PRISIONAL.pdf , acesso em 10/07/2014.

GRAZIANO, Sérgio in MONTEIRO, Paulo César Pastor. Prisões existem para controlar massas e demandas sociais, diz especialista. Disponível em <http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticias/68360/Prisoos+existem+para+controlar+massas+e+demandas+sociais+diz+especialista.shtml>, acesso em 01/03/14.

GRECO, Rogério. Curso de direito penal. 12 ed. Rio de Janeiro, Editora Impetus, 2010.

IBCCRIM, Boletim 185 de abril de 2008. Disponível em http://www.ibccrim.org.br/novo/boletim_artigo/3623-Privatizacao-de-presidios, acesso em 01/03/14.

LINS E SILVA, E. Privatização das prisões. *Jornal da Tarde*, Rio de Janeiro, 1992, 4 de abr.

MARCÃO, Renato. *Execução penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. Coleção Saberes do Direito.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MINHOTO, Laurindo Dias. *As prisões do mercado*. Lua Nova: *Revista de Cultura e Política*, São Paulo, v 55-56, p. 133-153, 2002.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 1991.

MORSCH, Carlos Eduardo. *O sistema prisional e as parcerias público-privadas*. Trabalho de Conclusão de Curso. Graduação em Direito - Universidade Federal de Santa Maria - RS. 2009.

MOURA, Daniele Velela. *A crise do Sistema Carcerário Brasileiro e sua consequência na ressocialização do apenado*. *Revista Jus Vigilantibus*, 2009. Disponível em <http://jusvi.com/artigos/40365/3>, acesso em 01/03/14

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 2 ed. rev., atual. e ampl. SP, Editora Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Odete Maria de. *Prisão: um paradoxo social*. 3 ed. rev. SC: Editora da UFSC, 2003.

OLIVEIRA, Sérgio Rodas. Presídios privados não são melhores do que os públicos, dizem especialistas. Disponível em <http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticias/68491/presidios+privados+nao+sao+melhores+do+que+os+publicos+dizem+especialistas.shtml>, acesso em 01/03/14.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Disponível em <http://www.onu.org.br/declaracao-do-escritorio-da-onu-para-direitos-humanos-sobre-a-situacao-das-pri-soes-no-maranhao/>. Acesso em 17 Jun. 2014.

PAIXÃO, Antonio Luiz. Recuperar ou punir? Como o Estado trata o criminoso. Editora Cortez, SP, 1987. Coleção “Polêmicas do nosso Tempo.”

PARANÁ. GOVERNO DO ESTADO. Sistema penitenciário: desafios e soluções. Curitiba: Governo do Paraná, 2010. 38 p.

PAULA, Roberto de. Privatização dos presídios: mão de obra encarcerada. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI – 2010.

PEREIRA, Fábio Martins; PEREIRA, Fernanda Simões Viotto. Breves apontamentos sobre as modalidades de prisão cautelar no sistema processual penal brasileiro. Disponível em <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direi-topub/article/viewFile/11582/10278>, acesso em 10 Jun. 2014.

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro, Volume 1. 5ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PRUDENTE, Neemias Moretti. Sistema prisional brasileiro: desafios e soluções. Disponível em <http://atualidadesdodireito.com.br/neemiasprudente/2013/03/06/sistema-prisional-brasileiro-desafios-e-solucoes/>, acesso em 18 Set 2014.

RABELO, César Leandro de Almeida; VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo et al. A privatização do sistema penitenciário brasileiro. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2960, 9 ago. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/19719>. Acesso em: 27 jul. 2014.

RANGEL, Rodrigo. Segurança Mínima. Revista VEJA, São Paulo, Ed. Abril, edição n. 2395, ano 47, número 42. De 15 Out. 2014

REPORTAGEM PÚBLICA. A chegada das penitenciárias privadas ao Brasil: o modelo adotado e o perigo do encarceramento em massa. Reportagem Pública, s.d. Disponível em: <http://www.apublica.org/Reportagem-Publica/portfolio/a-chegada-das-penitenciarias-privadas-ao-brasil-o-modelo-adotado-e-o-perigo-do-encarceramento-em-massa/>. Acesso em 28 Ago. 2014.

REVISTA ISTOÉ. Armadilhas na privatização de presídios. Revista Istoé, s.d. Disponível em http://www.istoe.com.br/colunas-e-blogs/coluna/330364_ARMADILHAS+NA+PRIVATIZACAO+DE+PRESIDIOS, acesso em 23 Set 2014.

RODRIGUES, Bettina; PUNTEL, Maria Angelica; BECKER, Daniela; BARBOSA, Marcio; HERMES, Vanda;

POSSUELO, Lia Gonçalves. Prevalência de Doenças infecciosas na população masculina recolhida no presídio regional de Santa Cruz do Sul. In: III Salão de Ensino e de Extensão Vivenciando a integração, 2012, Santa Cruz do Sul, SC. Anais (on-line). ISSN 22379193. Disponível em: http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/salao_ensino_extensao/article/view/10561/389, acesso em 20 Jun. 2014.

RODRIGUES, Rodolfo Silveira. A terceirização de presídios no Brasil. Revista Ordem Pública, Vol. 6, número 1, Semestre I – 2013. Disponível em <http://www.acors.org.br/rop/index.php?pg=revista>, acesso em 22 Out 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. As raízes do crime: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Privatizações de presídios. Instituto de Criminologia e Política Criminal, 2002. Disponível em http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/privatizacoes_presidios.pdf, acesso em 24/09/2013.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: parte geral. 2ª ed. Curitiba: Lumen Juris, 2007.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

TRINDADE, Jorge. Manual de Psicologia Jurídica para Operadores do Direito. 6 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TRULIO, Maria Cristina de Souza. Privatização dos estabelecimentos prisionais no Brasil: uma reavaliação da proposta após experimentação em alguns estados ante a sua pretensão em contribuir para o desenvolvimento humano. Rio de Janeiro. Universidade Cândido Mendes, Mestrado em Direito, 2006.

VARELLA, Drauzio. Estação Carandiru. São Paulo, Editora Companhia das Letras, 1999.

VILAR, Eduardo Franco. Direito Penal Brasileiro - Prisão - Conceito -Aspectos Históricos. Disponível em <http://www.recantodasletras.com.br/artigos/3022403> , acesso em 03 set 2014.

WACQUANT, Loic. As prisões da miséria. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2001.

WACQUANT, Loic. Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]. Tradução de Sérgio Lamarão. 3 ed., revista e ampliada.

A QUESTÃO MÉDICA E A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE

Luciana de Campos Cheres

Advogada autônoma em Curitiba nas áreas Cível e Tributária, graduada em Direito pela Universidade Tuiuti do Paraná e em Letras pela Universidade Estadual de Ponta Grossa. Pós-graduada em Direito Civil e Processo Civil pelo Centro Universitário Curitiba (Unicuri-tiba) e em Docência Superior pela AVM Faculdade Integrada.

Resumo: O presente artigo analisa a questão médica na responsabilidade civil pela perda de uma chance, partindo de noções introdutórias acerca da responsabilidade civil e a teoria da perda de uma chance, até se chegar à responsabilidade do médico e a possibilidade de sua condenação pela perda de uma chance de cura ou sobrevivência. Analisa-se a teoria clássica da perda de uma chance e a sua aplicação na responsabilidade civil médica, adotando-se a causalidade parcial. Analisa a aplicabilidade da teoria a uma profissão de meio e de responsabilidade subjetiva e suas peculiaridades. Finalmente atenta para julgados pá-

trios, verificando a forma como nosso pretório decide questões envolvendo a responsabilidade do médico pela perda de chance de cura ou sobrevivência – ainda que tal questão não tenha sido suscitada pelas partes demandantes. Neste diapasão, verifica a possibilidade de aceitação da indenização por perda de chance em nosso direito pátrio, cujo foco principal é a vítima do evento danoso.

Palavras-chave: responsabilidade civil; perda de chance; indenização; vítima; dano; médico.

1. Introdução

A ordem jurídica, a fim de manter o equilíbrio social, reprime condutas contrárias ao Direito, numa incessante busca do justo com a repressão do injusto, trazendo a noção de responsabilidade. Destarte, aquele que causa um dano, pratica um ilícito e quebra a harmonia social, devendo responder pelos atos praticados. Tal responsabilidade advém do dever geral de não prejudicar outrem, expresso pela máxima *neminem laedere*.

Tais noções nos trazem a responsabilidade civil como é entendida hoje: um fenômeno jurídico de composição de danos, vinculando o sujeito aos atos praticados. Com a evolução da responsabilidade civil, seu foco principal passou a ser a vítima do ilícito, aquele que sofreu prejuízo na sua esfera de direitos subjetivos, e que, portanto, merece uma resposta.

E foi buscando a ampla defesa à vítima do ilícito, que o direito francês nos apresentou a *responsabilité civile pour la perte d'une chance*, que, recebida com cautela por nossa doutrina, considera a chance perdida séria e real, um dano e, como tal, indenizável.

Desta feita, a infração ao direito de outrem – fundamento da responsabilidade civil - se caracteriza pelo próprio embaraço na verificação de uma possibilidade de ganho ou exclusão de prejuízo. Tal oportunidade – a chance numa acepção jurídica – incorporar-se-á ao patrimônio do indivíduo, sendo que a violação desta chance ensejará o dever de indenizar.

Assim é que, gradativamente, o ressarcimento da oportunidade frustrada passou a ser aceito pelo nosso pretório, embora ainda gere controvérsias, sobretudo no que tange à quantificação do dano e à natureza jurídica da chance perdida. Mas tendo como alicerce o princípio constitucional de reparação integral do dano, a chance séria e real passou a ser considerada como incorporada ao patrimônio da vítima, merecendo uma resposta dentro de um cálculo de probabilidades quando injustamente violada.

Considerando que a chance perdida é um prejuízo passível de indenização, há de se considerar qual seria a responsabilidade do médico quando retira do paciente a chance de cura ou sobrevivência - *la perte d'une chance de survie ou guérison*. De fato, tal questão ainda gera muitas controvérsias, mormente porque se sabe que a responsabilidade do médico é de meio, e não de resultado.

Neste diapasão, várias questões ainda são passíveis de debates: quando o resultado é morte, se verificado o erro médico, este será responsabilizado pelo resultado final – morte – ou pela falta de diligência que tão somente contribuiu para o evento danoso? Se na demanda proposta, a vítima ou seu representante legal não aventarem a hipótese de reparação pela perda de uma chance, podem nossos julgadores decidirem a questão com base na teoria não invocada? Neste caso, haveria violação ao princípio da demanda?

Tais questões serão suscitadas no presente artigo, que abordará a teoria da perda de uma chance em sentido amplo e a responsabilidade civil do médico na chance perdida, sobretudo quando tal chance perdida se caracteriza pela cura perdida ou própria vida da vítima.

2. Teoria da perda de uma chance

Para que se configure a responsabilidade civil, hão de ser verificados os pressupostos ensejadores da reparação, quais sejam, dano, ou prejuízo injustamente suportado pela vítima, conduta omissiva ou comissiva do agente, e nexos causal, ou liame que liga a conduta ao resultado danoso.

É possível que haja responsabilidade civil sem culpa do agente²⁰⁴, mas o dano é o elemento imprescindível à

204 A responsabilidade civil sem culpa, ou objetiva, está disciplinada no parágrafo único do art. 927 do Código Civil, e artigos 12 e 14 do Código de

sua caracterização - “a sombra da obrigação para Sérgio Cavalieri Filho”²⁰⁵.

Cedição que o dano – prejuízo, ofensa, diminuição de patrimônio ou lesão a bem juridicamente tutelado - deve ser ressarcido pelo seu causador a fim de se restabelecer a harmonia e equilíbrio social, indenizando-se a vítima do ilícito perpetrado, é que surge uma nova espécie de dano ressarcível, tema do presente estudo:

A perda de uma chance séria e real é hoje considerada uma **lesão a uma legítima expectativa suscetível de ser indenizada da mesma forma que a lesão a outras espécies de bens ou qualquer outro direito subjetivo tutelado pelo ordenamento.**²⁰⁶ (destacamos)

Tal indenização à legítima expectativa frustrada foi por muito tempo rechaçada por nossa doutrina e jurisprudência, com base no fato de que o que não aconteceu, não pode ser objeto de certeza. E ao se exigir da vítima a prova cabal de que auferiria o benefício esperado ou não experimentaria certo malefício se não fosse a interferência externa do “causador do prejuízo”, nossos tribunais afastavam o cabimento de uma indenização.

Defesa do Consumidor, e prevê a responsabilização do agente independente da existência de culpa.

205 CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

206 SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009. P. 111

Atualmente, entretentes, seguindo legado da tradição romano-germânica, de que ferir a máxima *neminem laedere* acarreta no dever de se oferecer uma resposta a quem sofreu um dano, aliado ao fato de que “não há como negar a existência de uma possibilidade de vitória, antes da ocorrência do fato danoso”²⁰⁷, a aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil por perda de chance passou a ser aceita pelo nosso pretório.

Paulatinamente doutrina e jurisprudência pátrias passaram a considerar indenizável o prejuízo advindo do simples fato de se interromper um processo aleatório que poderia resultar em benefício ou ausência de prejuízo a quem se socorre nesta forma de responsabilização para justificar o cabimento de uma indenização.

Rafael Peteffi da Silva nos traz o século XIX como o marco do surgimento da responsabilidade civil pela perda de uma chance, em 17 de julho de 1889, quando a Corte de Cassação francesa imputou a um oficial ministerial o dever de indenizar advindo de sua atuação culposa, extinguindo as possibilidades de êxito na demanda.²⁰⁸

Todavia, foi a partir de julgados da década de 1960 que a teoria passou a estar presente em julgados e ganhar maior destaque, havendo quem afirme ser nesta época o nascedouro do instituto:

207 *Ibidem*, p. 3.

208 SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2009. P. 10.

A teoria da *perda de uma chance* (*perte d'une chance*) guarda certa relação com o lucro cessante uma vez que a doutrina francesa, onde a teoria teve origem na década de 60 do século passado, dela se utiliza nos casos em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor.²⁰⁹

Eduardo Abreu Biondi, na mesma linha de Cavaliere, afirma que a responsabilidade civil pela perda de uma chance surgiu na França em meados de 1965, a fim de se imputar responsabilidade a médico pela perda de chance de cura de seu paciente. Foi quando a Corte de Cassação Francesa responsabilizou um médico que teria proferido diagnóstico equivocado, retirando da vítima suas chances de cura da doença que lhe acometia.²¹⁰

Assim é que a teoria da perda de uma chance tomou impulso pela *perte d'une chance de survie ou guérison*²¹¹, respaldando-se a indenização por erro médico na “perda de uma chance de cura ou de sobrevivência”, tendo a França como responsável pela difusão desta nova espécie de dano reconhecido e passível de indenização, apesar da incerteza do resultado final.

209 CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2009. P. 74.

210 BIONDI, Eduardo Abreu. **Teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil**. Disponível na internet: www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3988/Teoria-da-perda-de-uma-chance-na-responsabilidade-civil.

211 ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. **A perda da chance de cura na responsabilidade civil médica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2009. P. 8

Como o Direito acompanha as mudanças e avanços sociais, não havia mais como ignorar e deixar sem resposta acontecimentos até então considerados como fatalidades, acaso do destino ou *Act of God*²¹², deixando à vítima o encargo de suportar os prejuízos resultantes de eventos que fugiam às suas forças²¹³.

Ora, se a legislação nacional estabelece que aquele que causa dano a outrem fica obrigado de ressarcir-lo (art. 186, c/c art. 927, CC)²¹⁴, estando implícito nos dispositivos atinentes à responsabilidade o princípio da reparação integral dos danos, não há como ignorar que há um prejuízo quando se perde uma oportunidade bastante razoável de se obter uma vantagem ou evitar um prejuízo.

E é justamente com base no princípio da reparação integral dos danos que, ao dispor sobre o tema, alguns

212 SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance..** 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009. P. 102.

213 Sérgio Savi explica, citando Josserand, que os acidentes de causa desconhecida eram atribuídos a uma divindade, configurando um *damnum fatale*, coisas de Deus - *Act of God*, do destino ou dos inimigos do rei, devendo-se deixar as coisas em paz.

214 Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

estudiosos²¹⁵ respaldam a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance. Tais autores fundamentam sua tese nos artigos 186, 402, 927, 948 e 949 do Código Civil - que acolhem a possibilidade de reparação de qualquer dano injusto causado à vítima -, bem como na cláusula geral de responsabilidade estampada no art. 5º, V da Constituição Federal.

Sérgio Savi e Maria Helena Bodin de Moraes ainda baseiam-se no princípio da dignidade da pessoa humana como escopo da reparação de todos os prejuízos injustamente causados ao indivíduo, que, via de consequência, acaba por servir de respaldo à imputação de responsabilidade ao agente que impede que o indivíduo realize uma expectativa legítima ou não experimente certo prejuízo. E termina Sérgio Savi, ao comentar o princípio da reparação integral dos danos: “o mais importante princípio da responsabilidade civil ressurgue mais forte, mais eficaz, principalmente pelo fato de encontrar sua nova sede na Constituição Federal.”²¹⁶

Convém destacar que, numa acepção jurídica, chance significa “probabilidade de obter um lucro ou de evitar uma perda”²¹⁷; “é a probabilidade real de alguém

215 Neste sentido: Sérgio Savi, Rosamaria Lopes, Eduardo Biondi e Raimundo Melo.

216 SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009. P. 98.

217 *Ibidem*, p. 3.

obter um lucro ou evitar um prejuízo.”²¹⁸. Nesta seara é que se admite que a chance passa a integrar o patrimônio do indivíduo, cuja perda acarreta num dano passível de indenização. Daí que o que se busca indenizar com a aplicação desta teoria **não é a vantagem não auferida, e sim a chance perdida de obtê-la.**

Tal premissa resta muito clara aos defensores da responsabilidade civil pela perda de uma chance, que entendem ser indenizável a própria frustração legítima, sem se perder de vista que “a indenização da chance perdida será sempre inferior ao valor do resultado útil esperado.”²¹⁹

A título de ilustração sobre as chances perdidas,

Imagine um aluno vítima de um acidente de trânsito que o impede de apresentar os seus exames. Pourra t’il encore poursuivre l’indemnisation d’une année d’étude perdue, dès lors qu’il ne pourra jamais prouver avec certitude qu’il aurait réussi ses examens ? Pode ainda pedir compensação por um ano perdido de estudo, uma vez que nunca poderá provar com certeza que ele passaria nos exames? Vu cette incertitude, il faut bien reconnaître que son dommage relève davantage de la perte d’une chance de réussir plus que de la perte d’une année d’étude. Dada esta incerteza, temos de reconhecer que

218 BIONDI, Eduardo Abreu. **Teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil.** Disponível na internet: www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3988/Teoria-da-perda-de-uma-chance-na-responsabilidade-civil.

219 SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance.** 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009. P. 68.

sua lesão é mais uma oportunidade perdida para conseguir do que a perda de um ano de estudo. (tradução livre)²²⁰

Rafael Peteffi da Silva, ao discorrer sobre a responsabilidade civil pela perda de uma chance, também menciona alguns exemplos de prejuízos experimentados pela oportunidade perdida: o do cavalo de corrida que é impedido de correr, o da gestante que, acometida de embolia, morre no parto por negligência do médico, e da atitude culposa do advogado que perde o prazo de apresentar um recurso, impedindo que seu cliente tenha a matéria reexaminada pelas instâncias superiores.

E prossegue em suas análises:

... será sempre possível observar, em casos de responsabilidade pela chance perdida, uma ‘aposta’ perdida por parte da vítima. Tal aposta é uma possibilidade de ganho; é a vantagem que a vítima esperava auferir, como a procedência da demanda judicial, a obtenção do primeiro prêmio da corrida de cavalos, ou a sobrevivência no caso do parto.²²¹

220 CARNOY, Gille. **La perte d'une chance est-elle encore indemnisable?** Disponível na internet: <http://www.businessandlaw.be/article693.html>: *Imaginons un étudiant victime d'un accident de la circulation qui l'empêche de présenter ses examens. Pourra t'il encore poursuivre l'indemnisation d'une année d'étude perdue, dès lors qu'il ne pourra jamais prouver avec certitude qu'il aurait réussi ses examens? Vu cette incertitude, il faut bien reconnaître que son dommage relève davantage de la perte d'une chance de réussir plus que de la perte d'une année d'étude.*

221 SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance.** 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009. P. 12

Destarte, o que se perde é a própria “aposta”, a possibilidade de ganho, e sobre ela gravitarão as possibilidades de indenização.

Neste diapasão, há de se ter em mente que

A chance representa uma expectativa necessariamente hipotética, materializada naquilo que se pode chamar de ganho final ou dano final, conforme o sucesso do processo aleatório. Entretanto, quando esse processo aleatório é paralisado por um ato imputável, a vítima experimentará a perda de uma probabilidade de um evento favorável. Esta probabilidade pode ser estatisticamente calculada, a ponto de lhe ser conferido um caráter de certeza.²²²

Percebe-se, portanto, que a chance indenizável há de preencher certos requisitos, sendo rechaçada por nossa doutrina e jurisprudência a indenização a danos hipotéticos, incertos:

Com isso se estabelece que o dano hipotético não justifica a reparação. Por isso que não há que distinguir, para efeito de responsabilidade, entre dano atual e dano futuro. Todos os autores concordam em que a distinção a fazer, nesse sentido, é tão-somente se o dano é ou não certo.²²³

Nesta esteira, conforme ensinamento de Sílvio de Salvo Venosa, deve ser vista com parcimônia a exigência da

222 *Ibidem*, p. 13

223 STOCO, Rui. . **Responsabilidade Civil – Interpretação jurisprudencial**. 2 ed. revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. P. 439.

verificação de um dano certo, real e atual, como insistentemente vem apontando a doutrina, já que na indenização pela perda de uma chance, há de se considerar também a potencialidade de perda, a previsibilidade do dano.²²⁴

Isso não quer dizer que a interrupção de qualquer processo aleatório justificará a imposição de indenização. A chance há de ser séria e real, como pontua Sérgio Savi, seguido pelos demais estudiosos do tema. E prossegue afirmando que “Na maioria dos casos, a chance somente será considerada séria e real quando a probabilidade de obtenção da vantagem esperada for superior a 50% (cinquenta por cento).”²²⁵ Ou ainda, conforme ensinamento de Rafael Peteffi da Silva, “para que a demanda do réu seja digna de procedência, a chance por esta perdida deve representar muito mais do que uma simples esperança subjetiva.”²²⁶

Outro ponto salientado pelos doutrinadores Savi e Silva é que o que se indeniza, conforme apontado acima, é a chance perdida, e não a vantagem frustrada. Desta forma, “a reparação da chance perdida sempre deverá ser inferior ao valor da vantagem esperada e definitivamente perdida pela vítima.”²²⁷

224 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Responsabilidade civil.** Vol. 4. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005. P. 271

225 SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance.** 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009. P. 31.

226 SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance.** São Paulo: Atlas, 2009. P. 138.

227 *Ibidem*, p. 142/143.

Destarte, além de ter de haver uma chance perdida, uma interrupção de um processo aleatório que poderia resultar em benefício ou impedir um prejuízo, as chances em questão não de ser sérias e reais, mas o resultado da indenização não poderá coincidir com a vantagem esperada caso o curso normal dos acontecimentos se processasse.

Há ainda alguns estudiosos que trazem os tradicionais elementos da responsabilidade civil, adaptados a esta nova forma de imputação de responsabilidade, afirmando que

para subsistir o dever de indenizar devem estar presentes os seguintes requisitos: uma conduta (ação ou omissão); um dano, caracterizado pela perda da oportunidade de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo (e não pela vantagem perdida, em si, porque é hipotética); e um nexo de causalidade entre os primeiros.²²⁸

Todavia, prevalece a noção de que, por se tratar de uma teoria nova, a responsabilidade civil pela perda de uma chance possui requisitos *sui generis* presentes apenas no vislumbre das chances perdidas:

evidente perda da chance de obter a vantagem ou de evitar o prejuízo; a existência da expectativa séria e real da obtenção de um resultado útil; e a ob-

228 BIONDI, Eduardo Abreu. **Teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil**. Disponível na internet: www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3988/Teoria-da-perda-de-uma-chance-na-responsabilidade-civil

servação do critério de probabilidade no sentido de que uma vez inexistente a conduta do agente, a vítima conseguiria conquistar a vantagem esperada.²²⁹

O que resta incontestado é que a vítima da perda de uma chance não poderá requerer em juízo uma indenização equivalente ao benefício esperado se a oportunidade não fosse perdida por interferência do agente causador do dano. Isso porque tal benefício encontra-se no campo da incerteza, **restando à vítima requerer indenização pela expectativa séria e real que fora frustrada** – e sobre tais premissas é que gravitarão as probabilidades de reparação.

Neste aspecto, convém inferir acerca das possibilidades de indenização advindas do erro médico, posto que, como o resultado final negativo poderia se verificar ainda que fossem empregadas as melhores técnicas de cura ao paciente, questiona-se acerca da responsabilidade de tal profissional, que como se sabe, via de regra é de meio, e não de resultado. Ademais, como será visto adiante, há tribunais que condenam o médico com base na teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance, ainda que tal aspecto sequer tenha sido suscitado pela vítima do evento danoso ou seus representantes legais.

229 LOPES, Rosamaria Novaes Freire. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. Disponível na internet: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3861/Responsabilidade-civil-pela-perda-de-uma-chance>

3. A responsabilidade civil médica pela perda de uma chance

Com os avanços tecnológicos, a eficácia tem caracterizado a medicina moderna. Contudo, ainda que a ciência traga muitas respostas a doenças até há algum tempo incuráveis, a cura não pode ser garantida. Isso porque vários outros fatores norteiam a questão, e variantes precisam ser consideradas, como a própria resposta do organismo – inconstante de paciente para paciente.

Por tais razões é que se pode exigir do médico cuidado, diligência, prudência, atenção, zelo e ética no cuidado para com os pacientes, mas não a cura, que foge a seu controle.

Não à toa o §4º do art. 14 da Lei 8.078/90 dispõe que a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação da culpa.

Por sua vez, o capítulo III do Novo Código de Ética Médica dispõe que é vedado ao médico causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência. E prossegue o parágrafo único que a responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida.

Já o art. 951 do Código Civil estatuiu que o disposto nos artigos 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

Comentando tal dispositivo legal, Clóvis Beviláqua afirma que

A responsabilidade das pessoas indicadas neste artigo, por atos profissionais, que produzem morte, inabilidade para o trabalho, ou ferimento, funda-se na culpa; e a disposição tem por fim afastar a escusa, que poderiam pretender invocar, de ser o dano um acidente no exercício da profissão. O direito exige que esses profissionais exerçam a sua arte segundo os preceitos que ela estabelece, e com as cautelas e precauções necessárias ao resguardo da vida e da saúde dos clientes e fregueses, bens inestimáveis, que se lhes confiam, no pressuposto de que zelem. E esse dever de possuir a sua arte e aplicá-la, honestamente e cuidadosamente, é tão imperioso que a lei repressiva lhe pune as infrações.²³⁰

Tem-se, portanto, que a responsabilidade do médico é subjetiva, ou seja, precisa da demonstração de culpa *stricto sensu* – imprudência, negligência e imperícia – para ser caracterizada.

Também de acordo com tais premissas, é que se pode afirmar que a responsabilidade médica é de meio, e não de resultado. Compete ao profissional da saúde empregar todo empenho e técnicas para a cura do paciente, sem garantir, contudo, que o resultado seja aquele pretendido ou esperado pelo paciente e sua família.

230 BEVILÁQUA, Clóvis, Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, v. 4. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1924, p 696.

Ao inserir tais conceitos na teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance, pode parecer contraditória a responsabilização médica pela perda de chance de cura ou sobrevivência.

Rafael Peteffi da Silva afirma que, de fato, tais situações fogem à teoria clássica da perda de uma chance²³¹, que considera a oportunidade perdida revestida de um caráter danoso próprio. Isso porque não há como se fazer projeções futuras em que se analisaria as possibilidades de êxito ou ausência de prejuízo caso não houvesse a conduta do agente responsável pela interrupção de um processo aleatório. De fato, na seara médica, não se trata mais de uma possibilidade, mas sim de um dano consumado e conhecido – a morte ou invalidez do paciente.

Neste sentido, importa observar ainda que um dos elementos da responsabilidade civil para que haja o dever de indenizar é o nexu causal – liame que liga a conduta do agente ao dano experimentado pela vítima. Em caso de erro médico, é certo o dano sofrido pelo paciente, mas não o quanto a participação médica interferiu para o resultado final.

De acordo com Jean Penneau (1990, p.537, *apud* Silva, 2009, p. 86/87),

Na perspectiva clássica da perda de chances, um ato ilícito (*une faute*) está em relação de causa-

231 SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2009. P. 84.

lidade certa com a interrupção de um processo do qual nunca se saberá se teria sido gerador de elementos positivos ou negativos: em razão deste ato ilícito um estudante não pôde apresentar-se ao exame, um cavalo não pôde participar de uma corrida. Assim, deve-se apreciar as chances que tinha o estudante de passar no exame ou o cavalo de ganhar a corrida. Portanto, aqui, é bem a apreciação do prejuízo que está diretamente em causa. A perda de chance de cura ou de sobrevida coloca-se em uma perspectiva bem diferente: **aqui, o paciente está morto ou inválido; o processo foi até o seu último estágio e conhece-se o prejuízo final. A única incógnita é, na realidade, a relação de causalidade entre esse prejuízo e o ato ilícito do médico:** não se sabe com certeza qual é a causa do prejuízo: este ato ilícito ou a evolução (ou a complicação) natural da doença.²³² (destacamos)

De fato, quando se trata de ocorrência de perda de uma chance na seara médica, há de se aplicar o instituto da causalidade parcial – relação havida entre a falha do profissional e o dano final.²³³

Neste sentido, como o resultado final é conhecido, diferente da situação clássica de perda de chance, amparada na expectativa do futuro, faz-se necessário perquirir

232 PENNEAU, Jean. **La réforme de la responsabilité médicale: responsabilité ou assurance**, 1990. In: SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2009

233 SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2009. P.83 a 87.

o quanto o médico contribuiu para que o prejuízo experimentado pela vítima se concretizasse.

Destarte, o dano experimentado é certo; a incerteza está na participação do médico neste resultado, como bem dito pela ministra Nancy Andrighi, relatora do REsp 1254141 / PR.²³⁴

234 DIREITO CIVIL. CÂNCER. TRATAMENTO INADEQUADO. REDUÇÃO DAS POSSIBILIDADES DE CURA. ÓBITO. IMPUTAÇÃO DE CULPA AO MÉDICO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE. REDUÇÃO PROPORCIONAL DA INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O STJ vem enfrentando diversas hipóteses de responsabilidade civil pela perda de uma chance em sua versão tradicional, na qual o agente frustra à vítima uma oportunidade de ganho. Nessas situações, há certeza quanto ao causador do dano e incerteza quanto à respectiva extensão, o que torna aplicável o critério de ponderação característico da referida teoria para a fixação do montante da indenização a ser fixada. Precedentes.

2. Nas hipóteses em que se discute erro médico, a incerteza não está no dano experimentado, notadamente nas situações em que a vítima vem a óbito. A incerteza está na participação do médico nesse resultado, à medida que, em princípio, o dano é causado por força da doença, e não pela falha de tratamento.

3. Conquanto seja viva a controvérsia, sobretudo no direito francês, acerca da aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance nas situações de erro médico, é forçoso reconhecer sua aplicabilidade. Basta, nesse sentido, notar que a chance, em si, pode ser considerado um bem autônomo, cuja violação pode dar lugar à indenização de seu equivalente econômico, a exemplo do que se defende no direito americano. Prescinde-se, assim, da difícil sustentação da teoria da causalidade proporcional.

4. Admitida a indenização pela chance perdida, o valor do bem deve ser calculado em uma proporção sobre o prejuízo final experimentado pela vítima. A chance, contudo, jamais pode alcançar o valor do bem perdido. É necessária uma redução proporcional.

5. Recurso especial conhecido e provido em parte, para o fim de reduzir a

A referida decisão comporta reflexões pontuais e muito pertinentes à responsabilidade civil pela perda de uma chance. A primeira é a consideração da chance como um bem juridicamente tutelável, que integra o patrimônio da vítima, cuja violação acarretaria num dano autônomo na concepção da perda de uma chance tradicional, podendo também ser compreendida como uma causalidade parcial – como na decisão em tela.

De fato, os dois estudiosos sobre o tema que escreveram obras específicas sobre a responsabilidade civil pela perda de uma chance, Sérgio Savi e Rafael Peteffi da Silva, compreendem que há hipóteses de aplicação da teoria da perda de uma chance alicerçadas numa noção de dano autônomo e outras de causalidade parcial do dano final, nas quais, segundo Rafael Peteffi, flexibilizar-se-ia o ônus da prova da *conditio sine qua non* – como nos casos em que se discutiria o erro médico.

Outra importante consideração presente na ementa analisada é que em casos nos quais se discute o erro médico, não se perquire a incerteza do dano; este é certo e conhecido, não caracterizando, portanto, a interrupção de um processo aleatório, como muitas vezes ocorre na concepção tradicional da perda de uma chance. Nos casos de discussão acerca da responsabilidade médica, o que se discute é a participação do

indenização fixada. (destacamos)

(REsp 1254141/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 20/02/2013)

profissional para a ocorrência do dano final, ou em que proporção sua atividade concorreu para o prejuízo experimentado pela vítima.

Ainda, acerca do julgamento em tela, importante observar que quando se fala em indenização pela chance perdida, há de se calcular de acordo com a proporcionalidade, ou, como bem pontuado pela relatora, “a chance, contudo, jamais pode alcançar o valor do bem perdido”.

Importante observar a ponderação da ministra acerca da controvérsia sobre a aplicação da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance nas situações de erro médico, mormente no direito francês.

De fato, não há unanimidade sobre o tema, contudo, não há de se olvidar que, apesar de também dissidente, foi o direito francês que primeiramente empregou a teoria da perda de uma chance em caso de erro médico – “*la perte d’une chance de survie ou guérison*” (a perda de uma chance de uma cura ou sobrevivência).

Note-se que embora não haja conformidade absoluta quando se fala no surgimento da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance, estudiosos como Rafael Peteffi da Silva, Sérgio Cavalieri Filho e Eduardo Abreu Biondi afirmam que a responsabilidade civil pela perda de uma chance surgiu na França, e pelo direito francês tomou impulso no resto do mundo.

Eduardo Abreu Biondi afirma ainda que o marco inaugural da teoria se deu na França, em meados de 1965, a fim de se imputar responsabilidade a médico pela perda de chance de cura de seu paciente. Foi quando a Corte de Cassação Francesa responsabilizou um médico que teria proferido diagnóstico equivocado, retirando da vítima suas chances de cura da doença que lhe acometia.²³⁵

Rafael Peteffi da Silva também traz ilustrações interessantes sobre o surgimento da teoria, como o caso de 14 de dezembro de 1965, no qual a Corte de Cassação francesa entendeu que o fato de o médico ter diagnosticado de forma equivocada um menino de 8 anos que machucara o cotovelo e teria tratado como uma fratura no braço, causando sequelas, seria um erro de diagnóstico responsável pela perda de algumas chances de cura.²³⁶

O autor prossegue narrando a decisão da Corte de Apelação de Paris de 10 de março de 1966, ao julgar o caso da mulher que após ter dado à luz, teve fortes hemorragias, vindo a falecer. Apesar de entender que o médico foi negligente ao não dar a assistência necessária, a Corte entendeu que como em torno de 20% das pacientes no mesmo estado vinham a falecer, o médi-

235 BIONDI, Eduardo Abreu. **Teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil**. Disponível na internet: www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3988/Teoria-da-perda-de-uma-chance-na-responsabilidade-civil.

236 SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2009. P.83 e 84..

co seria responsabilizado por tirar 80% das chances de cura de sua paciente²³⁷.

Há de se destacar ainda que quando o assunto é a perda de cura ou sobrevivência, ou seja, casos de responsabilidade civil médica pela perda de uma chance, é possível, segundo alguns estudiosos, uma presunção de culpa:

A presença da teoria da “perte d’une chance”, em um atendimento médico-hospitalar, na sua avaliação em juízo, pode se dizer que fica bem caracterizada quando, mesmo que não se possa dizer com toda certeza que um paciente venha a se recuperar de uma determinada doença, seja possível se admitir que o paciente teve a perda de uma chance de se curar integralmente, ou até mesmo parcialmente, da sua doença, ou mesmo evoluiu para óbito, por não ter o médico empregado todos os meios de investigação e terapêutica, inclusive com o concurso de outros especialistas, à sua disposição para o tratamento da mesma. **A culpa, no caso, se caracterizaria pelo fato de não terem sido dadas ao paciente todas as “chances” (investigação e tratamento, inclusive especializados) de se recuperar de sua moléstia. Pode, neste caso, pois, presumir, o julgador, estar a culpa presente no agir - conduta - do profissional médico**, podendo, assim, haver decisão judicial de conceder uma indenização ao paciente, embora até possa vir a ser, na sentença, de menor monta o seu valor pecuniário.²³⁸ (destacamos)

237 *Ibidem*, p. 84.

238 SOUZA, Neri Tadeu Camara. **Erro médico e perda de uma chance**. Disponível na internet: <http://www.ambito-juridico.com.br/pdfsGerados/arti->

Percebe-se que no que tange à responsabilização médica pela perda de uma chance, não há unanimidade. Nossa doutrina e jurisprudência estudam o assunto com cautela e sem consenso. Há inclusive estudiosos sobre o tema que chegam a considerar “cruel” responsabilizar o médico pela perda de cura ou sobrevivência, alegando que com isso, muitos métodos de cura deixarão de ser aplicados pelo risco que encerram, e ainda que a teoria pode funcionar num país como a França, que ocuparia o primeiro lugar em saúde, distante, portanto, da realidade brasileira.²³⁹

Predomina, no entanto, a possibilidade da responsabilização do médico pela perda de chance de cura ou sobrevivência, embora não haja anuência no que diz respeito à justificativa da aplicação da teoria – se por flexibilização (relativização ou mitigação para alguns) do nexu causal, se por culpa presumida, se por causalidade parcial. Fato é que como o foco atual da responsabilidade civil está centrado na vítima do evento dano, o médico que de alguma forma contribuiu para o insucesso no tratamento do paciente, poderá ser responsabilizado não apenas por imprudência, negligência ou imperícia, mas também pela perda de uma chance de cura ou sobrevivência.

gos/4155.pdf e <http://jusvi.com/artigos/26825>

239 BERNARDES, Amanda. **Questões atuais sobre a responsabilidade civil médica: a indústria do dano contra médicos.** Disponível em <http://jus.com.br/artigos/35343/questoes-atuais-sobre-a-responsabilidade-civil-medica-a-industria-do-dano-contramedicos#ixzz3dmyGs1ql>

3.1. Reparação parcial e/ou do resultado final em caso de morte advinda por erro médico

Pela aplicação clássica da teoria da perda de uma chance busca-se compensar a vítima que sofreu o prejuízo diante de uma oportunidade factível não alcançada pela interferência do agente²⁴⁰. Já em caso de erro médico, como pontua Rafael Peteffi da Silva, o dano é certo e conhecido – a morte ou invalidez do paciente, razão pela qual não se aplica a mesma cognição dos casos clássicos de perda de chance.

Fernando Noronha traz uma distinção clara sobre a teoria clássica da perda de uma chance e a perda de uma chance de se evitar um prejuízo já ocorrido:

As diferenças entre a perda de chance clássica e a perda da chance de evitar que outrem sofresse um prejuízo acontecido são evidentes. Enquanto na perda de chance clássica o fato antijurídico interrompeu um processo em curso e o possível dano resulta desta interrupção, no caso da perda de chance de evitar um prejuízo o dano surge exatamente porque o processo em curso não foi interrompido, quando poderia tê-lo sido. Se o processo tivesse sido interrompido, haveria a possibilidade de o dano não se verificar, mas sem se poder saber agora se realmente isto teria acontecido. Diversamente do que acontece nos casos que cabem na perda de chance clássica, agora as chances não dizem respeito a algo que poderia vir a acontecer no futuro, antes são relativas

240 LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**. Obrigações e responsabilidade civil. Vol. 2. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. P. 479.

a algo que podia ter sido feito no passado, para evitar o ano verificado. Agora sabe-se que ocorreu um dano e que este é resultante do processo que estava em curso; o que se pergunta é se o dano poderia ter sido evitado, caso tivessem sido adotadas certas providências que interromperiam o processo.²⁴¹

Quando se trata de erro médico, opera-se a perda de chance de se evitar prejuízo. Se resultar a morte do paciente, questões são ponderadas no que diz respeito à reparação civil. Note-se que antes mesmo da discussão acerca da responsabilidade civil pela perda de uma chance de cura ou sobrevivência, já havia a responsabilização médica quando o facultativo se comprometia expressamente pelo resultado da cirurgia ou operação, ou em casos de responsabilidade delitual, abrangendo hipóteses de ação por culpa do profissional, e ainda a responsabilidade por fato danoso praticado por terceiros submetidos diretamente às suas ordens.²⁴²

Ressalte-se ainda, que como bem pondera Sérgio Cavaliéri Filho²⁴³, a culpa do médico é de difícil constatação em juízo, tendo o reconhecimento da culpa pelos tribunais em casos de omissão injustificável ou erro grosseiro – de diagnóstico ou tratamento.

241 NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações**. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2003. P. 676.

242 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Vol 4. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 240.

243 CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. P. 372.

Contudo, como ressalta Paulo Nader²⁴⁴, ao se elevar o princípio da dignidade da pessoa humana a um dos fundamentos do Estado brasileiro, ampliou-se a tipologia dos danos indutores da indenização, tornando viável, portanto, a indenização pela perda de uma chance.

Considerando tais premissas, fato é que a responsabilidade civil médica pela perda de chance de cura ou sobrevivência é passível de indenização e mais uma hipótese de responsabilização admitida pelo nosso pretório.

Neste caso específico, não há mais a interrupção de um processo aleatório imputável a terceiro que impediu que o resultado favorável se verificasse; aqui o processo chegou a seu término, e o que se analisa é se, caso houvesse a conduta adequada do profissional, o resultado seria diverso e o prejuízo não ocorreria. Ou seja, *a chance perdida está na probabilidade de ser obstado o resultado final*.²⁴⁵

No que tange ao resultado danoso final com a morte do paciente, pondera-se acerca da reparação, eis que o instituto da responsabilidade civil busca exatamente a restituição da vítima ao *satus quo ante* ao dano, o que muitas vezes é impossível quando se trata de erro médico. Contudo, pelo princípio da reparação integral dos danos aliado ao princípio da dignidade humana, o sujeito que sofreu um

244 NADER, Paulo. **Curso de direito civil**. Responsabilidade civil. Vol. 7. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. P. 71.

245 GONDIM, Glenda Gonçalves. **A reparação civil na teoria da perda de uma chance**. Curitiba, 2010. P. 96

prejuízo não pode suportar sozinho as consequências de ato danoso praticado por terceiro.

Desta feita, cumpre dar uma resposta à vítima, mas quando se trata de erro médico, o nexo causal entre a ação do facultativo e o resultado final ‘morte’ é de difícil verificação, eis que outras variáveis hão de ser consideradas, conforme mencionado alhures. Nestes casos, o que nossos tribunais verificam é o quanto a ação do médico contribuiu para a morte do paciente, e as probabilidades de cura que pairavam a favor da vítima. Ou seja, também como nos casos da teoria clássica, há aqui um cálculo de probabilidades, mas não de se obter vantagem ou evitar prejuízo, mas sim especificamente a contribuição da conduta profissional para a morte do paciente.²⁴⁶

246 Ementa: APELAÇÕES CÍVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDEMNIZATÓRIA POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. GRAVIDEZ. MEDICAÇÕES PRESCRITAS. TROCA DE MEDICAMENTO QUANDO DO FORNECIMENTO PELO AGENTE PÚBLICO. ABORTO. ATO ILÍCITO E DANO COMPROVADOS. NEXO CAUSAL. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. No caso dos autos, o ato ilícito se tipificou basicamente na forma comissiva do preposto do ente público, qual seja, no fornecimento incorreto de medicação à paciente grávida. Frisa-se, outrossim, a inexistência de certeza quanto ao nascimento da criança esperada (feto), mas a chance que adviesse, caso não houvesse sido ministrado medicação não indicada para gestantes. **Típico caso, pois, de responsabilidade por perda de uma chance, havendo os danos serem estabelecidos por arbitramento, sopesando-se, sobremaneira, que não se indeniza a morte, no caso o aborto, mas sim a perda da oportunidade do nascimento do primeiro filho. A indenização deve ser graduada tendo em vista a probabilidade do nascimento, que, no caso, não se mostrava aleatória, porém também não era certa.** DANOS MORAIS. VALOR A SER REPARADO. CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO. EXPLICITAÇÃO. MANUTENÇÃO. VERBA HONORÁRIA. FIXAÇÃO EM PERCENTUAL. CONSEQUENTE

Destarte, analisar-se-á a doença e a chance de cura do paciente antes da intervenção médica, considerada ao final para cálculo de reparação. Ou seja, verifica-se a conduta do agente e o desenvolvimento da patologia, pois não se indenizará a totalidade do dano experimentado pela vítima, mas sim o percentual de cura existente antes da intervenção médica.²⁴⁷

Em caso de doença preexistente com um percentual de cura a favor do paciente, a probabilidade de cura relacionar-se-á com a responsabilização do facultativo: se pequena a probabilidade de cura, pode não ser considerada uma chance séria e real; se alta, poderá ser imputado ao médico o dever de reparação pelo resultado final – a morte do paciente.

Neste sentido, decisão pertinente emanada do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, acerca de paciente portadora de câncer que faleceu após sentir-se mal e ser levada pela mãe ao médico, que, negligenciando seu estado patológico, não solicitou qualquer exame suplementar ou internações, sugerindo ajuda psiquiátrica em razão das alegações de moleza no corpo e febre alta.²⁴⁸

MAJORAÇÃO. APELAÇÃO DO RÉU DESPROVIDA. APELAÇÃO DOS AUTORES PARCIALMENTE PROVIDA. (destacamos) (Apelação Cível Nº 70034816306, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em 01/09/2010)

247 GONDIM, Glenda Gonçalves. **A reparação civil na teoria da perda de uma chance**. Curitiba, 2010. P. 108

248 APELAÇÃO CÍVEL AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS ERRO MÉDICO PACIENTE QUE FOI A ÓBITO SENTENÇA SINGULAR

No caso em tela, interessante observar que a justifi-

QUE JULGOU PROCEDENTE, FUNDAMENTANDO NA NEGLIGÊNCIA MÉDICA E NA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE INCONFORMISMO REALIZADO. ALEGAÇÃO PRELIMINAR DE JULGAMENTO EXTRA PETITA INOCORRÊNCIA LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO MAGISTRADO MÉRITO DEFEITO NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS RESPONSABILIDADE SUBJETIVA - ART. 14, § 4º, DO CDC ATO MANIFESTAMENTE INCOMPATÍVEL TANTO COM O PROCEDIMENTO REALIZADO COMO COM O DEVER DE DILIGÊNCIA DE UM MÉDICO NEGLIGÊNCIA MÉDICA COMPROVADA AUSÊNCIA DE EXAME LABORATORIAL EM PACIENTE EM TRATAMENTO DE CÂNCER COMPLICAÇÕES POSTERIORES QUE LEVARAM A VÍTIMA A ÓBITO APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE CHANCES OBJETIVAS E SÉRIAS PERDIDAS DANOS MORAIS CONFIGURAÇÃO DANO IN RE IPSA PRESCINDÍVEL PROVA QUANTO À OCORRÊNCIA DE PREJUÍZO CONCRETO MANUTENÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO (R\$ 50.000,00) DE OFÍCIO FIXAR A CORREÇÃO MONETÁRIA DA DATA DA SENTENÇA PELA MÉDIA INPC E IGP/DI SÚMULA 362 DO STJ JUROS DE MORA DE 1% AO MÊS DA DATA DA CITAÇÃO RESPONSABILIDADE CONTRATUAL RECURSO DESPROVIDO POR UNANIMIDADE. 1. “Embora seja o médico um prestador de serviços, o Código de Defesa do Consumidor, no § 4º do seu art. 14, abriu uma exceção ao sistema de responsabilidade objetiva nele estabelecido. Diz ali que: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”. (in Sergio Cavalieri Filho, Programa de Responsabilidade Civil) 2. “A alegada culpa, na modalidade de negligência, do médico apelante é principalmente por ter dispensado à filha da apelada a adequado diagnóstico e os cuidados e providências que a situação exigia. Frisa-se, que a conduta culposa do apelante foi a causadora do hiato no atendimento adequado da paciente, o que criou ou agravou o quadro clínico da mesma”. 3. “Em outras palavras, o dano moral existe in re ipsa; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, ipso facto está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção hominis ou facti que decorre das regras de experiência comum”. (in Sergio Cavalieri Filho, Programa de Responsabilidade Civil) 4. **“Não vale dizer que a vítima/paciente morreria de qualquer modo em razão da agressividade da doença. A teoria da perda de uma chance não descarta a possibilidade de o evento morte decorrer exclusivamente da doença; ao contrário, trabalha com essa possibilidade, mas sem perder de vis-**

cativa para a aplicação da teoria da perda de uma chance reside na ausência de certeza quanto ao evento ‘morte’ decorrente exclusivamente da moléstia que acometia a paciente, entendendo, por outra vertente, que a existência de chances sérias de cura ou de uma sobrevida menos sofrida são suficientes para o cabimento da indenização pela perda de uma chance.

Destarte, quando se trata de responsabilidade civil pela perda de uma chance relativa à atuação médica, haverá uma reparação parcial do dano final calculada sobre as probabilidades de a vítima conseguir a cura ou evitar a morte.²⁴⁹

Assim, se pela teoria clássica da perda de uma chance, o dano é considerado autônomo e determinável em razão de se perder exatamente uma chance – que, portanto, não será certeza, nem tampouco inócua ou

ta a probabilidade de cura, atuando, a teoria, nas hipóteses em que há dúvidas a respeito da causa adequada do dano. Ela envolve chances perdidas, e apenas isso. É suficiente que existam chances sérias de cura ou de uma sobrevida menos sofrida, perdidas em razão da culpa do médico». 5. “Ao lado de critérios gerais como a incomensurabilidade do dano moral, o atendimento à vítima, à minoração do seu sofrimento, o contexto econômico do País etc., a doutrina recomenda o exame: (i) da conduta reprovável, (ii) da intensidade e duração do sofrimento; (iii) a capacidade econômica do ofensor e (iv) as condições pessoais do ofendido”. (destacamos) (TJPR - 8ª C.Cível - AC - 817844-9 - Ponta Grossa - Rel.: José Laurindo de Souza Netto - Unânime - - J. 08.03.2012)

249 LOVATO NETO, Renato. **APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA SEARA MÉDICA E CRÍTICAS DA DOCTRINA PÁTRIA.** Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?co-d=ae31ee951b4d4bfb>

irreal -, pela perda de uma chance na seara médica, o dano é certo e determinado, eis que o processo aleatório chegou ao fim com um resultado indesejável, qual seja, a morte ou invalidez do paciente.

Neste diapasão, embora não se tenha certeza de que a conduta médica foi determinante para a ocorrência do evento danoso, não há que se falar em ausência denexo causal, como muitos propagam, eis que a falta de um dever de cuidado, ou ocorrência de culpa em sentido estrito, foi um dos fatores para a verificação do prejuízo final.

Por esta vertente, o agente indenizará de acordo com sua participação no evento danoso, fazendo-se um cálculo de probabilidades e o quanto a conduta do profissional colaborou para a verificação do resultado final negativo. Destarte, considerar-se-ão os fatores que dizem respeito à ocorrência do dano, seja a evolução normal da patologia, as reações do organismo da vítima no caso concreto, as chances que teria de cura ou sobrevivência e a participação do médico para a concretização do indesejado resultado final.

Desta feita, no caso concreto todas as variáveis não de ser consideradas, mas não se olvidará da participação do médico e o que ele poderia fazer ou deixar de fazer para prolongar a vida de seu paciente ou lhe trazer o benefício da cura.

Analisando todas as possibilidades e variáveis é que se chegará à quantificação da participação do médico. Des-

tarte, se se tratar de patologia de pouca chance de cura, a responsabilização do médico poderá ser afastada; se, por outra vertente, sua participação for decisiva para a ocorrência do evento danoso, ele poderá ser responsabilizado pela reparação do resultado final morte.

Neste aspecto, cumpre salientar que as estatísticas consideradas e os cálculos de probabilidades não de ser instrumentos motivadores para o convencimento do juiz, mas não a única consideração a ser feita quando se trata de perda de chance de cura ou sobrevivência, eis que a utilização da perda de uma chance no terreno médico não pode se manter como o paraíso do juiz indeciso.²⁵⁰

3.2. A perda de uma chance a justificar a responsabilização civil médica e o princípio da demanda

Ao se falar em obrigação médica, está-se diante de uma responsabilidade negocial, cujo contrato, segundo Cavalieri, tem natureza jurídica *sui generis*, posto o médico não ser tão somente um prestador de serviços, como ainda assumir uma posição de conselheiro e protetor do enfermo e seus familiares.²⁵¹

O médico, ao tratar de um paciente, há de lhe oferecer todas as oportunidades de cura, sendo que privar

250 RENÉ SAVATIER *apud* SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2009. P. 89.

251 CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. P. 317.

o doente de perseguir a saúde perdida caracterizaria um ilícito imputável ao profissional.²⁵²

Desta feita, o atuar desprovido de todo o cuidado e atenção necessários pelo profissional da saúde, seria capaz de ensejar sua responsabilização pela perda de uma chance de cura ou sobrevivência, já que aquele que viola direito e causa dano a outrem, comete ato ilícito e tem o dever de reparar²⁵³.

Nestes casos, é possível que a atuação do médico seja a única responsável pela ocorrência do dano final, mas sendo inegável sua participação, não há de passar incólume sob os auspícios de mera responsabilidade subjetiva de meio, sem comprometimento com o resultado.

Ora, variantes são consideradas, de forma que a reparação do dano em caso de perda de chance no âmbito médico, será calculada de acordo com a probabilidade de a vítima alcançar a cura ou evitar a morte.²⁵⁴

Não há unanimidade, contudo, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, no que se refere ao nexos causal entre a falha do médico e o resultado. Rafael Peteffi da Silva sugere a aplicação da causalidade parcial, posto que a incerteza sobre o ato do ofensor e o resultado danoso não

252 ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. **A perda da chance de cura na responsabilidade civil médica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. P. 8

253 Artigo 186 c/c 927 do Código Civil

254 LOVATO NETO, Renato. **APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA SEARA MÉDICA E CRÍTICAS DA DOCTRINA PÁTRIA**. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?co-d=ae31ee951b4d4bfb>

haveria de acarretar na improcedência da demanda, mas em uma condenação parcial medida pelo grau de incerteza na análise do caso pelo magistrado.²⁵⁵

O autor prossegue afirmando que nesse caso as chances perdidas não são consideradas como um dano autônomo, mas uma forma de quantificar o liame causal entre a ação do agente e o resultado²⁵⁶, já que sua atitude pode não ser considerada a *conditio sine qua non* para a verificação do evento danoso.

Grande parte da doutrina se filia ao mesmo entendimento. Miguel Kfourri Neto²⁵⁷ afirma que

Já existem alguns julgados brasileiros que admitem a aplicação da teoria da perda de uma chance às questões médicas e hospitalares. Mesmo nos acórdãos em que a falha médica ou hospitalar é a causa para a perda das chances, não existe a preocupação de que a reparação das chances perdidas poderia caracterizar um desvirtuamento da noção clássica de nexó de causalidade.

Grácia Cristina Moreira do Rosário considera que nos casos de perda de chance de cura, o nexó causal é estritamente jurídico, e não natural, eis que não se trata de demonstrar que a culpa do médico causou o dano, mas sim

255 SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2009. P. 85/86.

256 SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2009. P. 50.

257 KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 7. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. P. 99.

que sua falha no tocante ao tratamento eficaz retirou da vítima a chance de cura²⁵⁸. E prossegue:

No que concerne à perda da chance de cura, para deflagrar a responsabilidade civil do médico faz-se necessário um liame objetivo que oferte a chance desejada ao aguardado pelo enfermo. A chance há de ser séria e realizável, sendo **indispensável a determinação da identidade do nexos causal ligado à conduta ilícita do agente, como causa obrigatória à realização do evento danoso**. A perda da chance só será possível quando der lugar à reparação da lesão procedente de uma oportunidade perdida devida a um erro médico.²⁵⁹ (grifamos)

Há ainda quem entenda que a perda de uma chance é uma forma autônoma de indenização, possível quando não se puder apurar a responsabilidade direta do agente pelo resultado danoso final, mas que jamais admitirá a mitigação do nexos causal, ainda que na seara médica.²⁶⁰

Por fim, há julgados que entendem pela impossibilidade de responsabilização médica pela perda de uma chan-

258 ROSÁRIO, Graça Cristina Moreira. **A perda da chance de cura na responsabilidade civil médica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. P. 10.

259 *Ibidem*, p. 165.

260 CASSETTARI, Cristiano. **Aplicabilidade da teoria da perda de uma chance para a apuração de responsabilidade civil ocasionada por erro médico**. Disponível em <http://christianocassettari.jusbrasil.com.br/artigos/121942871/direito-civil-responsabilidade-civil-aplicabilidade-da-teoria-da-perda-de-uma-chance-para-a-apuracao-de-responsabilidade-civil-ocasionada-por-erro-medico>

ce em razão da ausência do nexo de causalidade²⁶¹. E tal entendimento encontra eco nos defensores da impossibilidade da aplicação da teoria da perda de uma chance em se tratando de responsabilidade civil médica por entender²⁶²

261 RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - ERRO MÉDICO - MORTE DE PACIENTE DECORRENTE DE COMPLICAÇÃO CIRÚRGICA – OBRIGAÇÃO DE MEIO - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MÉDICO - ACÓRDÃO RECORRIDO CONCLUSIVO NO SENTIDO DA AUSÊNCIA DE CULPA E DE NEXO DE CAUSALIDADE - FUNDAMENTO SUFICIENTE PARA AFASTAR A CONDENAÇÃO DO PROFISSIONAL DA SAÚDE - TEORIA DA PERDA DA CHANCE - APLICAÇÃO NOS CASOS DE PROBABILIDADE DE DANO REAL, ATUAL E CERTO, INOCORRENTE NO CASO DOS AUTOS, PAUTADO EM MERO JUÍZO DE POSSIBILIDADE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

I - A relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral (salvo cirurgias plásticas embelezadoras), obrigação de meio, sendo imprescindível para a responsabilização do referido profissional a demonstração de culpa e de nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano causado, tratando-se de responsabilidade subjetiva;

II - O Tribunal de origem reconheceu a inexistência de culpa e de nexo de causalidade entre a conduta do médico e a morte da paciente, o que constitui fundamento suficiente para o afastamento da condenação do profissional da saúde;

III - A chamada “teoria da perda da chance”, de inspiração francesa e citada em matéria de responsabilidade civil, aplica-se aos casos em que o dano seja real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade, porquanto o dano potencial ou incerto, no âmbito da responsabilidade civil, em regra, não é indenizável;

IV - In casu, o v. acórdão recorrido concluiu haver mera possibilidade de o resultado morte ter sido evitado caso a paciente tivesse acompanhamento prévio e contínuo do médico no período pós-operatório, sendo **inadmissível, pois, a responsabilização do médico com base na aplicação da “teoria da perda da chance”**;

V - Recurso especial provido. (destacamos) (Superior Tribunal de Justiça. REsp 1104665/ RS. RELATOR: Ministro MASSAMI UYEDA, julgado em 09/06/2009).

262 BERNARDES, Amanda. **Questões atuais sobre a responsabilidade**

...cruel e não razoável utilizar essa limitação trazida pela teoria como instrumento de presunção de existência denexo causal ou de substituição do efetivo dano. A utilização dessa teoria retorna aos tempos antigos, quando o médico era punido quando não lograva êxito no tratamento

Não há de se perder de vista, contudo, que hoje o foco da responsabilidade civil é a vítima, e não por outra razão novas probabilidades de responsabilização surgiram, como a viabilidade da indenização do dano moral puro, a responsabilidade objetiva, independente de culpa, a responsabilidade por fato de outrem, e responsabilidade no exercício de atividade perigosa como fundamento da responsabilidade civil, dentre muitas outras possibilidades de reparação²⁶³. Fato é

de civil médica: a indústria do dano contra médicos. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/35343/questoes-atuais-sobre-a-responsabilidade-civil-medica-a-industria-do-dano-contra-medicos#ixzz3dmyGs1ql>

263 Há várias formas de reparação hoje admitidas doutrinária e jurisprudencialmente. Apenas para citar decisões envolvendo as espécies de danos reparáveis atualmente e citados anteriormente no presente estudo, seguem ementas atuais, provenientes do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

1. **Dano moral puro:** RECURSO INOMINADO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DE VEÍCULO. CULPA DO ACIDENTE DEVIDAMENTE DEMONSTRADA. DEVER DE CUIDADO DO CONDUTOR AO CRUZAR VIA PREFERENCIAL. CAUSA PRIMÁRIA DO ACIDENTE. CONSIDERAÇÃO DAS PROVAS CONSTANTES NOS AUTOS. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. RELATÓRIO Trata-se de ação de indenização por danos materiais e morais decorrentes de acidente de veículo proposta por SILMARA GUIMARÃES DOS SANTOS em face de LUIZ ALBERTO DA ROSA MIKA e ZELI DA APARECIDA DA ROSA MIKA. Sustentou a parte autora que foi vítima da imprudência dos réus, haja visto terem estes invadido preferencial, colidindo com a moto da autora, acarretando

que, aliando os princípios da reparação integral de danos

danos de ordem moral e material. Requereu a condenação dos réus ao pagamento de indenização por danos materiais e morais. O juízo singular julgou parcialmente procedente os pleitos iniciais para fins de condenar os réus, solidariamente: a) ao pagamento de R\$1.850,00 (um mil oitocentos e cinquenta reais) a título de danos materiais e; b) ao pagamento de R\$3.000,00 (três mil reais) a título de danos morais. R 2 Inconformada com a decisão, a parte ré interpôs recurso inominado alegando, em síntese, que trafegava por via preferencial, vez que não havia sinalização, imperando a regra da direita do condutor. Pleiteou a reforma da sentença. A parte recorrida apresentou contrarrazões aos recursos. Em síntese, é o relatório. (...) **3. A simples produção de lesões corporais, porque implica em violação da integridade física do ofendido, atributo de personalidade juridicamente tutelado, importa em dano moral puro, ou seja, de ocorrência presumida e comprovação dispensada.** 4. Situação em que o autor, vitimado em acidente de trânsito em que pilotava motocicleta, sofreu fratura de antebraço, restando submetido a longo e penoso tratamento, incluindo sessões de fisioterapia. (TJPR - TURMA RECURSAL ÚNICA - 20080006904-3 - Londrina - Rel.: TELMO ZAIONS ZAINKO - - J. 22.08.2008) (grifei). Em relação ao quantum indenizatório, resta consolidado, tanto na doutrina, como na jurisprudência pátria o entendimento é de que a fixação do valor da indenização por dano moral deve ser feita com razoabilidade, levando-se em conta determinados critérios, como a situação econômica da parte autora, ora recorrente, o porte econômico da ré, o grau de culpa, visando sempre à atenuação da ofensa, a atribuição do efeito sancionatório e a estimulação de maior zelo na condução das relações. R 7 Assim, no presente caso, entendo que o valor dos danos morais fixado em R\$ 3.000,00 (três mil reais) se mostra adequado aos parâmetros supramencionados, devendo ser mantido. Deste modo, voto pelo não provimento do recurso da parte ré, mantendo-se a sentença, nos termos da fundamentação supra. Não logrando êxito, a parte recorrente deve arcar com as despesas do processo e verba honorária, arbitrada em 15% sobre o valor da condenação, com fulcro no artigo 55 da Lei 9099/95, observada a suspensão na cobrança pela Lei 1.060/1950, sendo este o caso dos autos. 3. DISPOSITIVO Diante do exposto, decidem os Juízes integrantes da Turma Recursal, por unanimidade de votos, CONHECER E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, nos exatos termos deste voto. O julgamento foi presidido pela Senhora Juíza Fernanda de Quadros Jorgensen Geronasso (votante) e dele participaram e votaram os Senhores Juízes Fernanda Ber-

ao da dignidade da pessoa humana, fato é que a vítima de

nernt Michielin (relatora) e Fernando Swain Ganem. Curitiba, 02 de julho de 2015. FERNANDA BERNERT MICHIELIN Juíza de Direito Substituta. Diante do exposto, decidem os Juízes integrantes da Turma Recursal, por unanimidade de votos, CONHECER E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, nos exatos termos deste voto. (destacamos)(TJPR - 1ª Turma Recursal - 0022123-60.2013.8.16.0019/0 - Ponta Grossa - Rel.: Fernanda Bernert Michelin - - J. 07.07.2015)

2. Responsabilidade objetiva: Agravo de Instrumento. Ação de indenização. Denúnciação à lide. Art. 70, inciso III, CPC. Não obrigatoriedade. **Responsabilidade objetiva.** Art. 37, § 6º, CF. Ação de regresso. Princípio da celeridade e economia processual. Não ofensa. Decisão mantida. Recurso não provido. 1. **Em se tratando de responsabilidade objetiva do Município da Lapa, não há que se falar em obrigatoriedade de denúncia da lide à empresa prestadora do serviço, sob o argumento de dolo ou culpa da mesma.** 2. Tal questão deverá ser discutida em ação de regresso, a fim de se preservar o direito da autora, em ver responsabilizado objetivamente o ente estatal. 3. Não há que se obrigar a autora, portanto, a aceitar denúncia da lide de empresa contratada pelo ente estatal para a prestação do serviço, sob pena de se estar penalizando o ofendido, cuja obrigação é limitada à demonstração da responsabilidade objetiva do ente público. (destacamos) (TJPR - 3ª C.Cível - AI - 1368950-2 - Lapa - Rel.: Hélio Henrique Lopes Fernandes Lima - Unânime - - J. 07.07.2015)

3. Responsabilidade por fato de outrem: APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CONTÁBEIS. APROPRIAÇÃO DE VALORES, SUPOSTAMENTE RECOLHIDOS A TÍTULO DE ICMS, POR FUNCIONÁRIA DA EMPRESA RÉ. PARCIAL PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS. INCONFORMISMOS FORMALIZADOS. APELAÇÃO CÍVEL. SÚPLICA PELO RECONHECIMENTO DE INEXISTÊNCIA DE CULPA POR FATO PRATICADO POR TERCEIRO. IMPERTINÊNCIA. TESE DE CULPA CONCORRENTE NÃO ADMITIDA. RESPONSABILIDADE INEQUÍVOCA DO EMPREGADOR POR ATO DE SEU PREPOSTO. RECURSO NÃO PROVIDO. **“A responsabilidade por fato de outrem também constitui responsabilidade por fato próprio, posto que as pessoas que respondem a esse título terão sempre contribuído para o fato danoso.** (...) é que, havendo culpa do empregado, empenha-se o dever de reparar do seu empregador, sem qualquer indagação acerca da culpa in eligendo ou in vigilando deste, ou se houver omissão no momento em que

evento danoso não merece ficar sem resposta – ainda que tal

se exigia um facere (culpa in omittendo)” (Rui Stoco, Tratado de Responsabilidade Civil, ed. Revista dos Tribunais). RECURSO ADESIVO. SÚPLICA PELA CONFIGURAÇÃO DE DANO MORAL AO CASO VERTENTE. CONGRUÊNCIA. RECURSO PROVIDO. (destacamos) (TJPR - 8ª C.Cível - AC - 527379-4 - Pato Branco - Rel.: Guimarães da Costa - Unânime - - J. 09.07.2009)

Responsabilidade no exercício de atividade perigosa: RESPONSABILIDADE CIVIL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - COLISÃO DO NAVIO-TANQUE “NORMA” COM A DENOMINADA “PEDRA DA PALANGANA” DURANTE MANOBRA DE DESATRACAÇÃO DO PÍER DA TRANSPETRO - VAZAMENTO DE NAFTA PETROQUÍMICA NA BAÍA - DANO AMBIENTAL COM REPERCUSSÃO INDIVIDUAL. (...). 2.2. RESPONSABILIDADE OBJETIVA E TEORIA DO RISCO INTEGRAL Assevera a ré-apelante, Petróleo Brasileiro S/A - Petrobrás, que os danos decorreram por culpa de terceiro (empresa Ponta Leste de Angra Atividades Subaquáticas Ltda.), visto que a colisão e o encalhe do Navio-Tanque “Norma” foram causados pelo fato de a bóia de sinalização da entrada do porto estar fora do devido local, razão pela qual a Petrobrás S/A não pode responder por tais danos, argüindo, também com esteio neste argumento, a sua ilegitimidade passiva. Ocorre que, conforme muito bem asseverou o digno Juízo a quo, “a responsabilidade da empresa que opera com produtos potencialmente nocivos à saúde é objetiva, prescindindo-se de demonstração de culpa (art. 14, § 1.º, da Lei n.º 6.938/81 e art. 225, § 3.º da CF)”. Dispõe o referido artigo 14, § 1.º, primeira parte, da Lei n.º 6.938/81, a qual dispõe sobre a Política Nacional de Meio Ambiente: “§ 1.º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade.” - sublinhou-se. Trata-se, portanto, de responsabilidade objetiva, prevista em lei, em que a responsabilidade do agente causador do dano independe da caracterização de sua culpa. Destaque-se que **esta responsabilidade objetiva encontra-se escorada na teoria do risco, segundo a qual aquele que desenvolve uma atividade capaz de implicar em risco para os direitos de outrem tem a obrigação de reparar os danos causados, independentemente de culpa.** CARLOS ROBERTO GONÇALVES, citado por RUI STOCO, em seu Tratado de Responsabilidade Civil, 6. ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004, pág. 165, ensina: “**Na teoria do risco se subsume a idéia do exercício de atividade perigosa como fundamento**

dano se resume à frustração de uma expectativa séria e real.

Seguindo tal linha é que²⁶⁴

Nos últimos tempos, acompanhando as transformações da responsabilidade civil, o conceito de nexos causal foi flexibilizado, com vistas a permitir a efetivação do princípio da reparação integral. Não é mais possível em alguns casos, à luz dos princípios constitucionais, exigir da vítima a prova

da responsabilidade civil. O exercício de atividade que possa oferecer algum perigo representa um risco, que o agente assume, de ser obrigado a ressarcir os danos que venham resultar a terceiros dessa atividade. E, neste mesmo sentido, RUI STOCO, na obra supracitada, pág. 167, assevera: “(...) **aquele que exerce ocupação, profissão, comércio ou indústria perigosa assume os riscos delas decorrentes, pois, mesmo sabendo da potencialidade ou possibilidade de danos a terceiros, ainda assim optou por dedicar-se a esse mister.**” Ressalte-se, ainda, que não se cuida, aqui, de risco criado, mas sim de risco integral, por se tratar de dano ecológico ou ambiental, para o qual a demonstração de caso fortuito, força maior ou mesmo culpa de terceiro não exclui a responsabilidade objetiva do agente causador em reparar os prejuízos causados a terceiros. Afirma CARLOS ROBERTO GONÇALVES, em sua obra “Responsabilidade Civil”, São Paulo, Saraiva, 2005, pág. 91, que: “No dizer de Nelson Nery Junior, ‘essa interpretação é extraída do sentido teleológico da Lei de Política Nacional de Meio Ambiente, onde o legislador disse menos do que queria dizer ao estabelecer a responsabilidade objetiva. Segue-se daí que o poluidor deve assumir integralmente todos os riscos que advêm de sua atividade, como se isto fora um começo da socialização do risco e de prejuízo. Mas não só a população deve pagar esse alto preço pela chegada do progresso. O poluidor tem também a sua parcela de sacrifício, que em, justamente, a submissão à teoria do risco integral, subsistindo a o dever de indenizar ainda quando o dano seja oriundo de caso fortuito ou força maior’ (Justitia, 126:174)” - sublinhou-se. (...) (destacamos) (TJPR - 9ª C.Cível - AC - 529358-3 - Paranaguá - Rel.: Eugenio Achille Grandinetti - Unânime - - J. 12.02.2009)

264 CRUZ, Gisela Sampaio. **O problema do nexos causal na responsabilidade civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005. P. 347.

cabal e absoluta da relação de causalidade. Dessa forma, apesar de o nexa causal ser, tal qual o dano, um dos elementos da responsabilidade civil, exige-se, com fundamento na nova ordem constitucional, que a prova da relação de causalidade seja flexibilizada em certas situações.

Destarte, predomina o entendimento de que o médico poderá ser responsabilizado pela chance perdida de seu paciente em alcançar a cura ou evitar o óbito. Quer seja flexibilizando-se o nexa causal, adotando-se a causalidade parcial ou entendendo-se tratar de um nexa causal meramente jurídico, fato é que o médico que não adotou todas as diligências necessárias para evitar a ocorrência do dano, responderá pela perda de chance de cura ou sobrevivência de seu paciente.

Feitas tais considerações, importante observar, contudo, que há casos em que os limites em que a demanda é proposta não albergam a possibilidade de chance perdida em responsabilidade civil médica. Assim, ao se buscar uma tutela estatal em resposta a uma lesão supostamente causada por um médico ou cujo dano teve como concausa a atuação do profissional, a vítima sequer suscita a hipótese de chance perdida – e mesmo assim o tribunal condena o médico por retirar de seu paciente as chances que este teria de curar-se ou sobreviver.

Importante ressaltar que o princípio da demanda impõe limites à atuação jurisdicional²⁶⁵, exigindo que o ma-

265 Art. 128, CPC. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

gistrado se atenha aos pedidos formulados pela parte, sob pena de ter sua decisão anulada em razão de extrapolar os limites da demanda – *extra petita* -, ou conceder além do pleito formulado pelo autor – *ultra petita*.

Destaque-se que o Novo Código de Processo Civil não inovou no tocante aos limites da atuação jurisdicional e o princípio da demanda, conclusão a que se chega da leitura dos seguintes dispositivos:

Art. 2º do CPC Projetado. O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo às exceções previstas em lei.

Art. 141 do CPC Projetado. O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte (atual art. 128 do CPC, com substituição da terminologia “lide” por “mérito”)

Art. 502 do CPC Projetado. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado (atual art. 460 do CPC, com substituição da palavra “defeso” por “vedado” e, também, “sentença” por “decisão”).

Assim é que se pode concluir que, com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, o magistrado ainda estará vinculado aos limites impostos pela própria demanda proposta pela parte.

Neste diapasão, caberia ponderar se seria viável ao juiz, ao analisar uma responsabilidade civil médica, condenar o profissional pela perda de uma chance, quando esta não for invocada pelas partes.

Note-se que há julgados recentes em que o médico é condenado justamente pela perda de uma chance, quando esta sequer foi suscitada pelo autor da ação proposta.

Neste sentido, a título de ilustração, sentença proveniente da 4ª Vara Cível de Porto Alegre, a qual decide demanda movida em face de hospital em razão de diagnóstico equivocado – transtornos de ordem psicológica tratado com ansiolíticos ao invés da mielite transversa disseminada aguda, que diagnosticada tardiamente em outro nosocômio, causou dependência completa da paciente, que perdeu o controle sobre o esfíncter urinário e passou a se locomover com a ajuda de uma cadeira de rodas.

Apesar de a ação pedir condenação em danos morais e materiais, entendeu a julgadora que o médico errou ao não investigar os demais sintomas da paciente e acompanhar a evolução de seu quadro, pelo que entendeu estar caracterizada a perda de uma chance, “pela perda da possibilidade de cura, do não agravamento da doença, da eliminação do sofrimento desnecessário, ou, ainda, de preservar da melhor maneira possível a qualidade de vida da paciente.”²⁶⁶

266 Ante o exposto, com fulcro no art. 269, inciso I, do CPC, julgo PR-CIALMENTE PROCEDENTE a presente ação condenando o demandado

Entretanto, na parte dispositiva não constou a condenação pela perda de uma chance, mas em danos morais no importe de R\$30.000,00 (trinta mil reais), o que demonstra também a vacilância existente acerca da condenação por chance perdida e a própria confusão acerca da natureza jurídica da perda de uma chance – que em que pese ser, pela doutrina majoritária considerada como dano autônomo, há quem entenda tratar-se de uma modalidade de dano moral.

Em outro acórdão proveniente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, embora não ponderada pelas partes a perda de uma chance de cura, entendeu a turma, por unanimidade, tratar-se de perda de chance à demandante quanto a um tratamento eficaz para a cura da moléstia que apresentava dada a ausência de exames necessários e indicados ao quadro apresentado pela paciente.²⁶⁷

ao pagamento de R\$ 30.000,00 a título de indenização por danos morais às autoras, devidamente corrigidos pelo IGPM desde esta data e com incidência de juros legais desde a citação. Ante a sucumbência recíproca, condeno cada parte ao pagamento de 50% das custas e despesas processuais, bem como aos honorários advocatícios ao patrono da parte adversa, que fico em 10% sobre o valor da condenação, tendo em mente o tempo e trabalho exigidos, a teor do que dispõe o art. 20 do CPC, permitida a compensação. Suspendo a exigibilidade da parte autora pela gratuidade deferida, observado o disposto no art. 12 da lei 1060/50. (Comarca de Porto Alegre. 4º Vara Cível do Foro Central. Autos 001/1.10.0045212-4. Juíza de Direito Lia Gehrke Brandao. Julgado em 14/07/2014).

267 Responsabilidade civil. ação indenizatória. erro médico. negligência reconhecida. infecção. ausência de exames necessários. dever de indenizar presente.

1. “A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio, é subjetiva, ou seja, dependente da comprovação de culpa dos prepostos”

Por fim, interessante decisão emanada do Tribunal de

- lição da jurisprudência do STJ.

2. Caso em que a autora L. foi atendida nas dependências do hospital demandado, queixando-se de febre, dor abdominal e vômito. Realização de exame de Raio-X, sendo diagnosticada a hipótese de pielonefrite aguda (“inflamação do parênquima renal e da pelve devida à infecção bacteriana”). Liberação da paciente sem que fossem realizados exames complementares. Negligência da casa de saúde quanto a um mínimo de cuidado frente ao quadro apresentado pela requerente. Posterior internação com processo infeccioso grave. Necessidade de amputação de membros. Falha do serviço reconhecida. Dever de indenizar configurado. **Perda de uma chance no tratamento eficaz da infecção.**

3. Prejuízo extrapatrimonial ocorrente tanto à autora L. quanto à genitora R., esta por ricochete. Lesão às integridades física e psíquica. Internação em hospital por período considerável de tempo. Indenização por danos morais mantidos em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para L. e R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais) para à R.

4. Dano estético configurado. Mutilação permanente de membros inferiores. Autora L. que era pessoa jovem à época do fato, contando 24 anos de idade. Montante fixado em sentença mantido – R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais).

5. Dano material. Direito a ressarcimento pelo montante gasto com tratamento da sequela. Necessidade de procedimentos posteriores que igualmente restaram demonstradas. Manutenção do *decisum*.

6. Ausência de prova quanto à necessidade e desembolso de valores a título de tratamento psicológico à coautora R.

7. Inexistência do dever de indenizar pelo furto de notebook nas dependências do hospital. Ciência à mãe da coautora L. quanto ao regulamento do hospital de não se responsabilizar pelos bens de valor levados pelos pacientes para os quartos. Ausência do dever de guarda pelo nosocômio. Posse não transferida.

8. Pensão. Perda da capacidade laboral. Amputação de membros inferiores. Art. 950 do CCB. Segundo a doutrina: “O que deve ser indenizado é o dano, a lesão, a incapacidade. A questão não é de redução salarial mas de redução da capacidade laborativa.”. Falta de comprovação de renda. Pensionamento de 1 (um) salário mínimo, vitalício. Precedentes desta Corte e do STJ. NEGARAM PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS. UNÂNIME. (destacamos) (TJRS. Apelação Cível número 70059330423. 10º Câmara Cível. Julgado em 02/04/2015).

Justiça do Paraná, em que o médico apelante, dentre seus inconformismos, aponta a existência de decisão *extra petita*, em razão de a sentença originária, proveniente da 4ª Vara Cível da Comarca de Ponta Grossa, condená-lo pela perda de uma chance, questão não suscitada na inicial pela parte requerente.

Tratava-se de ação de indenização por danos morais fundada em erro médico, na qual a mãe da vítima pleiteava reparação em razão de sua filha, portadora de leucemia linfoblástica crônica aguda por dois anos e sete meses, reagindo bem a tratamentos feitos na cidade de Curitiba, foi atendida pelo médico no pronto atendimento de sua cidade em razão de febre alta e moleza no corpo, tendo diagnosticada “crise de pânico”, desprovida de qualquer exame, acarretando na morte da paciente.

Destaque-se que o apelante alega total incongruência entre a causa de pedir da inicial e a fundamentação da sentença, configurando julgamento *extra petita*, eis que a fundamentação baseou-se na perda de uma chance, sequer suscitada na inicial. Asseverou a parte, ainda, que o juiz confundiu uma mera e hipotética possibilidade com uma séria e real chance de atendimento da meta esperada, sendo descabida a condenação por perda de chance quando inexistente prejuízo econômico a ser indenizado.

O acórdão em questão negou provimento ao apelo com esteio no entendimento de que a teoria da perda de uma chance seria um complemento da fundamenta-

ção, eis que se o médico tivesse pedido a realização de exames, não teria limitado as possibilidades de cura da vítima, e esta teria a chance de sobrevivência, eis que a *causa mortis* foi a infecção generalizada. Prossegue que inexistente decisão *extra petita*, em razão do princípio do livre convencimento motivado do magistrado, que lhe confere liberdade para decidir com base nos elementos existentes no processo, apreciando-os segundo critérios críticos e racionais.²⁶⁸

Há de se mencionar ainda, que em artigo veiculado no site do Superior Tribunal de Justiça²⁶⁹, Gislene Barbosa da Costa afirma que pedidos de indenização fundados em erro médico podem ser formulados desde que presentes os requisitos tradicionais da responsabilidade civil: culpa, dano e nexos causal. Entretanto, segundo suas afirmações, nossos tribunais vêm relativizando tais requisitos com a responsabilidade civil pela perda de uma chance, pois apesar de inexistente o nexos causal direto entre o falecimento e a imperícia médica, o simples fato de o paciente ser privado de um tratamento adequado basta para responsabilizar o médico.

Com base em tais premissas, factível a conclusão de que a fundamentação de uma demanda por erro médico pautada em uma não suscitada perda de chance segue uma

268 TJPR. Processo número 817844-9. 8ª Câmara Cível. Relator José Laurindo de Souza Neto. Julgamento em 08/03/2012. (Íntegra da decisão em anexo)

269 www.stj.gov.br

tendência em nosso pretório, com base no fato de que a subtração da chance de um tratamento adequado basta para caracterizar a culpa do médico, e, por conseguinte, sua responsabilidade.

Assim, apesar de o princípio da demanda restringir a atuação do magistrado, e decisão além do pleito formulado pelo demandante caracterizar sentença *extra petita*, premissas estas não alteradas no Novo Código de Processo Civil, fato é que cada vez mais decisões com base em erro médico são pautadas na perda de uma chance de cura ou sobrevivência - ainda que as partes envolvidas não vislumbrem o cabimento de tal hipótese a seu caso.

Destarte, se o atuar médico limitar as possibilidades de cura da vítima, desde que tal análise decorra de fatos trazidos nos autos, é possível a condenação do profissional pela perda de uma chance de cura ou sobrevivência, pois ainda que seu atuar não caracterize a suplantação da vida de seu paciente, ele subtraiu uma possibilidade, e isso basta para condená-lo pela perda de uma chance de cura ou sobrevivência (a precursora francesa *la perte d'une chance de survie ou guérison*).

4. Considerações finais

A responsabilidade civil é hoje considerada como um fenômeno jurídico de composição de danos, e advindo da máxima de que a ninguém é permitido lesar outrem, evoluiu para ter como foco principal a vítima do evento danoso.

E nesta esteira é que novas espécies de responsabilização do agente causador do prejuízo surgiram, flexibilizando alguns requisitos antes tidos como indispensáveis para a caracterização da responsabilidade civil, bem como lançando novos olhares sobre os pressupostos culpa, dano e nexos causal.

Seguindo a evolução dos tempos e a atenção dispensada primordialmente ao titular do direito violado, é que aos poucos alcançou maior aceitação pela doutrina e jurisprudência pátrias a possibilidade de se reparar a vítima de um processo aleatório que foi interrompido por culpa de outrem, mas que se chegasse a seu termo, trar-lhe-ia benefício ou evitar-lhe-ia um prejuízo. Trata-se da responsabilidade civil pela perda de uma chance.

Como uma das premissas da responsabilidade civil é a impossibilidade da indenização a danos hipotéticos, apegando-se a tal concepção, muitos rechaçaram a teoria da perda de uma chance, fundando sua rejeição ao fato de que, como não se conheceu o resultado final, não haveria a indispensável certeza para a responsabilização do agente.

Entretanto, como nossa Constituição Federal, parâmetro e base às demais normas jurídicas, alçou à categoria de princípio a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), e teve como objetivo fundamental da República também a construção de uma sociedade justa (art. 3º, CF), tais premissas acabaram por ratificar o princípio da reparação

integral dos danos, como bem pondera Sérgio Savi em sua obra *Responsabilidade civil por perda de chance*.

Neste diapasão, a chance passou a ser considerada indenizável, desde que séria e real, e seguindo a premissa de que o que se indeniza não é a vantagem não auferida, mas a chance frustrada de se atingir tal vantagem, será por meio de um cálculo de probabilidades que se chegará ao *quantum debeatur*.

Assim, a chance passou a ser considerada um dano autônomo, de acordo com a teoria clássica, segundo a qual pela ação ou omissão do agente, um determinado processo aleatório foi interrompido, e que se chegasse a termo, acarretaria em benefício à vítima. Seu resultado, contudo, não se pode afirmar, mas tão somente que a oportunidade factível foi ceifada por ação de terceiro.

Tal teoria clássica, entretanto, não se aplica a todos os casos. Quando o processo chega ao fim e sua conclusão é um prejuízo à vítima que poderia ter sido evitado caso o agente agisse de forma diferente, utilizar-se-á de uma causalidade parcial para a determinação do dano.

É o que ocorre na responsabilidade civil médica pela perda de uma chance, eis que quando um paciente morre ou fica inválido, não se pode afirmar com certeza que se o médico adotasse outros procedimentos, alcançaria a cura do paciente ou lhe evitaria um mal maior. Ou seja, sua ação no curso desse processo não pode ser tida como a *conditio sine qua non* para a verificação do

dano, mas pode ser considerada como uma das causas para sua efetivação.

Apesar de a responsabilidade civil médica ser de meio, e não de resultado, apesar de sua responsabilidade não prescindir de culpa, eis que subjetiva, fato é que se o médico não agiu com toda a diligência necessária para obter a cura de seu paciente, acarretando um dano maior, de acordo com um cálculo de probabilidades será responsabilizado pelo evento morte ou invalidez.

Assim, serão consideradas outras concausas, como a própria predisposição orgânica, o avanço natural da doença, e, nessas hipóteses, também a chance que o paciente teria de curar-se. Mais uma vez, entram o cálculo de probabilidades e a discricionariedade do julgador, que haverá de levar em consideração todos esses aspectos no momento de decidir.

Note-se que nestes casos não se poderá constatar de forma categórica onexo causal entre a conduta do médico e o resultado final, razão pela qual houve grande polêmica acerca da aplicação da teoria da perda de uma chance na seara médica. Até hoje há quem repila veementemente a teoria para responsabilizar o facultativo calcado na inviabilidade da afirmação peremptória de que, se outro fosse o tratamento adotado, a vítima restaria curada.

Argumentos contrários não faltam. Além da consideração de que a aplicação da teoria da perda de chance em matéria médica ignoraria a existência de um dos funda-

mentais elementos da responsabilidade civil, o nexo causal, há ainda quem afirme que tal teoria tornaria impraticável o exercício da Medicina, desestimulando futuros profissionais, ou que a infraestrutura do sistema de saúde nacional não coaduna com a possibilidade da responsabilização médica pela perda de chance de cura ou sobrevivência.

Controvérsias à parte, fato é que cada vez mais vem sendo reconhecida pela doutrina e jurisprudência pátrias a possibilidade de se condenar um médico por não oferecer a seu paciente todas as chances possíveis para que alcançasse a cura. Destarte, o profissional que não age com toda a cautela necessária, e que de tal desídia resulta a morte ou invalidez da vítima, poderá ser responsabilizado, mas de acordo com sua atuação, ou seja, segundo o cálculo de probabilidades acerca do quanto sua ação ou omissão contribuiu para a efetivação do dano.

Note-se que o dano nesse caso é a morte ou invalidez da vítima, e o processo, que poderia ter sido aleatório, já não é mais, restando a certeza do prejuízo experimentado e a dúvida acerca da relação de causalidade entre a falha do médico e o dano - ou seja, sua efetiva participação no resultado final.

Nesses casos, muitas variantes serão consideradas até se chegar à quantificação da participação do profissional no evento danoso, que somente será reparado em parte, mas como bem lembra Rafael Peteffi da Silva em sua obra *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*, quando

o juiz não tiver certeza da contribuição do médico ou do hospital no dano ocorrido, haverá de improceder totalmente a demanda indenizatória.

Resta evidente que vem crescendo em nosso pretório a quantidade de condenações ao médico que, pela ausência de um dever de cuidado, acabou por contribuir, ainda que involuntariamente, para a concretização da morte ou invalidez de seu paciente. Embora muitos ainda se mostrem resistentes à condenação do médico pela perda de chance de cura ou sobrevivência, fato é que, havendo relação de causalidade entre uma ação do facultativo e a lesão verificada, ainda que parcial, o profissional responderá de acordo com sua participação no resultado danoso final.

Havendo essa crescente busca de reparação de prejuízo advindo da atuação médica amparada na teoria da perda de uma chance, outra questão que se mostra pertinente é a aparente dicotomia entre o princípio da demanda, que estabelece os limites da atuação jurisdicional, e a caracterização da perda de uma chance a justificar a condenação do médico pelo juiz quando tal teoria sequer foi invocada pelas partes.

Percebe-se que já não é tão incomum juízes e desembargadores condenarem o facultativo pela chance de cura ou sobrevivência perdida quando a parte autora tão somente pediu indenização pelos danos morais e materiais advindos da ineficiência profissional que contribuiu para o evento danoso.

Se o princípio da demanda impõe que o julgador limitar-se-á a julgar a lide nos limites em que é proposta, poderia parecer incongruente se invocar tal teoria para justificar a condenação de um médico quando nenhuma das partes envolvidas sequer mencionou seu cabimento.

Neste caso, duas questões hão de ser consideradas: o livre convencimento motivado do magistrado, e a chance como bem jurídico cujo valor não alcança o da vantagem perdida.

Desta feita, considerando que o juiz analisará o pedido de acordo com o que foi disposto nos autos, e considerando que a possibilidade perdida poderá abrigar tanto danos de origem moral como material, soa factível a responsabilização do médico fundada na perda de uma chance de cura ou sobrevivência. Destarte, ao analisar um pedido indenizatório que requer a condenação por danos morais advindos do resultado final ‘morte’, nada obsta ao magistrado, com base na exposição dos fatos, considerar que não houve responsabilidade total do facultativo, mas que sua ação contribuiu para a ocorrência do dano, mitigando o valor indenizatório de acordo com a participação do profissional.

O que deve ficar evidente é que a teoria da perda de uma chance de cura ou sobrevivência não é uma erosão dos filtros tradicionais da responsabilidade civil, eis que haverá de existir um nexo de causalidade, ainda que parcial, entre a conduta do médico e o dano final.

A responsabilidade do profissional continuará sendo subjetiva, bem como sua obrigação de meio, mas fato é que se novas formas de responsabilização surgiram a fim de não deixar a vítima do evento sem resposta, não de ser consideradas pelo magistrado no momento da sua decisão – sem jamais desvirtuar a utilização dos princípios da causalidade civil, o que, segundo Rafael Peteffi da Silva, acarretaria um risco para a certeza de todo o sistema.

Referências bibliográficas

BERNARDES, Amanda. **Questões atuais sobre a responsabilidade civil médica: a indústria do dano contra médicos.** Disponível em <http://jus.com.br/artigos/35343/questoes-atuais-sobre-a-responsabilidade-civil-medica-a-industria-do-dano-contra-medicos#ix-zz3dmyGslqI>

BEVILÁQUA, Clóvis, **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**, v. 4. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1924.

BIONDI, Eduardo Abreu. **Teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil.** Disponível na internet: www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3988/Teoria-da-perda-de-uma-chance-na-responsabilidade-civil.

CARNOY, Gille. **La perte d'une chance est-elle encore indemnisable?** Disponível na internet: <http://www.businessandlaw.be/article693.html>

CASSETTARI, Cristiano. Aplicabilidade da teoria da perda de uma chance para a apuração de responsabilidade civil ocasionada por erro médico. Disponível em <http://christianocassettari.jusbrasil.com.br/artigos/121942871/direito-civil-responsabilidade-civil-aplicabilidade-da-teoria-da-perda-de-uma-chance-para-a-apuracao-de-responsabilidade-civil-ocasionada-por-erro-medico>

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CORDEIRO, Fernando; MENDONÇA, Samuel; PAES DE BARROS E OLIVEIRA, Joanna; PANCIONI NOGUEIRA, Vanessa Fabiula. **Responsabilidade civil do médico e a inversão do pensamento jurídico sobre o tipo da atividade**. Plataforma Scielo: w.scielo.br/pdf/rbc/v31n1/v31n1a08.pdf

CRUZ, Gisela Sampaio. **O problema do nexa causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DELMAS-MARTY, Mireille, citada por SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Vol 4. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONDIM, Glenda Gonçalves. **A reparação civil na teoria da perda de uma chance**. Curitiba, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6 ed. São Paulo: Martins Fones, 1998.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 7. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**. Obrigações e responsabilidade civil. Vol. 2. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

LOPES, Rosamaria Novaes Freire. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. Disponível na internet: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3861/Responsabilidade-civil-pela-perda-de-uma-chance>

LOVATO NETO, Renato. **Aplicação da teoria da perda de uma chance na seara médica e críticas da doutrina pátria**. Disponível em http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ae31ee951b4d4_bfb

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**. Responsabilidade civil. Vol. 7. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações**. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

PENNEAU, Jean. **La réforme de la responsabilité médicale: responsabilité ou assurance**, 1990. In: SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

RENÉ SAVATIER *apud* SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2009.

ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. **A perda da chance de cura na responsabilidade civil médica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2009.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2009.

SOUZA, Neri Tadeu Camara. **Erro médico e perda de uma chance**. Disponível na internet: <http://www.ambito-juridico.com.br/pdfsGerados/artigos/4155.pdf> e <http://jusvi.com/artigos/26825>

STOCO, Rui. **Responsabilidade Civil – Interpretação jurisprudencial**. 2 ed. revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Responsabilidade civil**. Vol. 4. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

Jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça (disponível em www.stj.jus.br), Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (disponível em www.tjpr.jus.br) e Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (disponível em www.tjrs.jus.br).

RESPONSABILIDADE CIVIL NO SETOR AÉREO: CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR COMO EXCLUDENTES NO CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO NACIONAL DE PASSAGEIROS

Raphael Guilherme Faria

Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, apresentando a monografia "*A responsabilidade Civil no Setor Aéreo*".

Fernanda Schaefer Rivabem

Advogada em Curitiba-PR. Doutora em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Professora de Direito Civil do curso de Direito da Faculdade Estácio de Curitiba. Professora de Direito Civil e Biodireito Unicuritiba. Membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB-PR.

Resumo: Este trabalho estabelece um delineamento entre a legislação aeronáutica e o Código de Defesa do Consumidor de transporte aéreo de passageiros. Com relação aos danos decorrentes do serviço prestado no setor aéreo, é preciso observar não só o que dispõe o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n. 7.565, de 19.12.1886), como também o Sistema de Varsóvia e o CDC. Este trabalho abrange um estudo das matrizes que originaram o Código Brasileiro de Aeronáutica com a finalidade de regular o mercado no setor aéreo nacional. O foco deste trabalho está na responsabilidade civil no setor aéreo, bem como a aplicabilidade dos tratados e convenções no ordenamento jurídico Brasileiro em casos de danos decorrentes de caso fortuito e força maior. Em se tratando de prestação de serviço, sendo concessão do serviço público, este trabalho visa responder à pergunta: será que se deve aplicar o Código de Defesa do Consumidor nos voos realizados no território nacional? Se sim quais são as excludentes de responsabilidade civil? Trata-se de um estudo bibliográfico amparado em fontes teóricas com o objetivo de analisar a responsabilidade civil no setor aéreo considerando como excludentes de tal responsabilidade a existência de caso fortuito e força maior no transporte aéreo nacional de passageiros.

Palavras-chave: Código Brasileiro de Aeronáutica; responsabilidade civil; Código de Defesa do Consumidor; caso fortuito; força maior.

1. Introdução

Nos últimos anos, verificam-se sucessivos prejuízos e reestruturação no setor aéreo brasileiro. Somam-se a esse panorama as fusões e aquisições, a concentração de mercado e a inflação perante uma demanda interna que aparenta estar em um leve crescimento. Esse cenário desafiador é complexo, mas aprimoramentos regulatórios, poderão trazer um novo fôlego ao mercado, o qual será fundamental não apenas para o desenvolvimento da economia nacional.

Historicamente, o setor de aviação no Brasil possui margens de lucros muito estreitas, se há lucro, e considerando que o planejamento de expansão de frotas, novas rotas, variações cambiais, e outras, é sempre realizado ao longo prazo, qualquer alteração de mercado afeta diretamente e rapidamente os resultados (SANTOS, 2013, p.2).

Há de se mencionar o ‘custo Brasil’ nos balanços das companhias aéreas nacionais. Nesta conta, entram a elevada carga tributária (sobre a operação em si e a folha de pagamento), a variação cambial, a precariedade da infraestrutura aeroportuárias e as muitas condenações no Poder Judiciário (MARQUES, 1992, p. 156).

Neste aspecto, é necessário considerar o que é responsabilidade da companhia aérea e quais as responsabilidades de outros setores, pois de acordo com Santos (2013, p. 8) as decisões judiciais relacionadas às pessoas jurídicas precisam avaliar as reais condições da empresa além de reconhecer os motivos que levam a efetuar um determina-

do ato, como por exemplo, atraso do voo em decorrência de mau tempo, ou problema técnico na aeronave de última hora, pois é sabido que existem decisões que podem acarretar sérios problemas para a segurança dos passageiros.

Neste caso, há que se considerar que existem problemas que não são de responsabilidade das companhias, porém, quando o fato gerador indica falha humana, identifica-se a pessoa responsável, atribuindo-lhe o comportamento culposos. Mas há fatos acidentais que também servem de base à indenização, podendo provir de uma coisa ou de uma pessoa, sem haver culpa. Neste caso, leva-se em conta o risco que a atividade de transporte aéreo pode representar.

No entanto, o risco não pode impedir o crescimento e o desenvolvimento da viação, pois este é o principal meio de transporte para lugares de difícil acesso, especialmente porque o Brasil possui dimensões territoriais continentais o que vem propiciando o crescimento das atividades no setor de transporte aéreo, para fins de célere ligação de pontos distantes, com o fomento correlato às operações de financiamento de viagens pelo setor econômico do país em expansão, embora a maioria da população ainda faça uso do transporte terrestre. A partir disso, como ressaltava Valle (1973, p. 9-11), já em 1927, houve o nascedouro da aviação comercial no país, que foi sendo modernizada à medida que avançou a evolução tecnológica. Assim, os aviões convencionais foram sendo substituídos por outros mais rápidos e mais seguros. Também os aeroportos mo-

dernizaram-se buscando proporcionar mais conforto e segurança aos usuários.

Nos últimos anos o mercado das companhias aéreas expandiu-se ampliando o número de companhias aéreas, de passageiros e aeronaves em ação. As empresas apresentam cerca de 92% de pontualidade e as falhas e reclamações mais comuns são atrasos de voos, cancelamentos, preterições, extravio de bagagens, danos a bagagens, dentre outras²⁷⁰, estes são problemas que levam os usuários à processar as companhias aéreas.

Tendo em vista os dados antes apresentados surgem as perguntas: as empresas aéreas sempre deverão responder objetivamente? Há excludentes aplicáveis de responsabilidade civil no setor aéreo? Poderão as indenizações limitar-se a um determinado valor?

Diante destes questionamentos cumpre abordar as questões relativas ao transporte de passageiro e suas bagagens no transporte aéreo nacional, afastando-se, portanto, o transporte de carga aérea, haja vista o tratamento jurídico diferenciado.

É nesse contexto, abrangendo a evolução da arte de voar dentro de padrões de segurança, eficiência e o reconhecimento dos direitos do usuário que este artigo busca determinar quais os aspectos contratuais que definem a

270 AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL (ANAC). II Relatório semestral da ouvidoria 2011. Disponível em: http://www.anac.gov.br/Area.aspx?ttCD_CHAVE=11. Acessado em 17/03/2015, às 15:15 horas.

responsabilidade civil do transportador aéreo nacional de passageiros, apresentando soluções para dirimir interpretações equivocadas e que, por vezes, conspiram para mitigar a importância do Brasil no cenário internacional da aviação civil.

2. Dos tratados e convenções que regulam o direito aeronáutico.

A evolução do transporte aéreo trouxe como consequência a necessidade de organizar legalmente o segmento aéreo, o que contribuiu para o surgimento do Direito Aeronáutico, definido por Escalada (1996, p.11) como “o conjunto de princípios e regras, de Direito Público e Privado, de ordem interna e internacional, que regem instituições e relações jurídicas nascidas da atividade aeronáutica, ou por ela modificadas”.

O Direito Aeronáutico se apresenta como o “conjunto de normas jurídicas - convencionais e consuetudinárias - que regulam o transporte, pelo espaço aéreo, por meio de aeronaves, de pessoas e coisas, assim como as relações dele decorrentes” (ARAÚJO, 1998, p. 12). Verifica-se, assim, a autonomia do Direito Aeronáutico (como ramo do Direito).

Cumprе asseverar, que inexistе sistema fechado de regras e princípios (Escalada, 1996, p.13-14), atrelado aos diversos ramos do Direito, sem prejuízo da inserção das regras cogentes emanadas do Código de Defesa do Con-

sumidor, estas possuem força normativa fundamentais no ordenamento constitucional, preponderando, em todo o ordenamento jurídico, no qual possa subsistir relação de consumo, com fulcro no critério da especialidade.

Assim, definido o Direito Aeronáutico, conclui-se que a navegação aérea, não se erige a premissa caracterizadora de efetivo sistema fechado, infenso aos demais ramos que caracterizam interdependência e subordinação ao ordenamento constitucional.

Entretanto, não se podem omitir as necessidades de regulamentação internacional ao setor aéreo, pois se trata de um setor que encontra no transporte internacional uma vertente mais produtiva. Assim, surgiu o Sistema de Varsóvia, que veio a regular o transporte na seara internacional, servindo de base para elaboração para o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n. 7.565, de 19 de dezembro de 1986).

A Convenção de Varsóvia foi assinada em 12 de outubro de 1929 e seu âmbito de aplicação se estende aos documentos e ao regime de responsabilidade do transporte aéreo internacional, regulando as hipóteses de dano-evento no transporte aéreo, correlacionadas com morte, ferimento ou qualquer outra lesão corporal ao passageiro ocorrida a bordo da aeronave, ou nas operações de embarque e desembarque (art. 17), perda, destruição ou avaria de carga ou bagagem, ocorridas durante o transporte (art.18), atraso no transporte de

viajantes, bagagens ou mercadorias (art. 19), situações para as quais estabelece limites indenizatórios (BUSTI. 2001. p.612). Essa convenção foi ratificada no Brasil por meio o Decreto n. 20.704, de 24 de novembro de 1931, regulando o transporte aéreo internacional de pessoas, bagagens e bens, abrangendo, igualmente, transporte gratuitos, desde que prestados por companhia aérea regularmente constituída (art. 1º, alínea 1, in fine).

Essa convenção foi atualizada pelo Protocolo de Haia em 1955 ampliando os limites de indenização previstos no artigo 22, 'a', da referida convenção. De acordo com Schwenk et al. (1996, p. 672–676), este documento exige que seja expressa na passagem a identificação do local de partida e de destino, as escalas previstas e a declaração de responsabilidade do transportador em acordo com a Convenção de Varsóvia. Além disso, o protocolo estabelece o prazo de 7 a 14 dias para protesto de bagagens e mercadorias avariadas, estabelece um patamar limite para indenização no caso de comprovação de dano e indica a responsabilidade de agentes e servidores das companhias aéreas. No Brasil o Protocolo de Haia foi ratificado em 16.06.1964 e promulgado pelo Decreto n. 56.463, de 1965, ainda vigente.

Em 1961 foi realizada a Convenção de Guadalajara, que responsabiliza tanto o transportador de fato quanto o contratual nos termos de Convenção de Varsóvia, de modo que, na hipótese de dano-evento, a vítima poderá integrar ambos no polo passivo da demanda. Foi

criada uma quinta jurisdição, além das quatro previstas no art. 28 da Convenção de Varsóvia, possibilitando o ajuizamento de ação no local em que o transportador se encontra domiciliado ou desempenhe sua atividade negocial. No entanto, somente se aplicará a Convenção quando os Estados em que se incide e finde o transporte erijam-se ao status de Altas Partes Contratantes (HAMILTON, 1996, p. 113-114). Esta convenção ainda se encontra em vigor no Brasil, tendo sido ratificada em 8 de fevereiro de 1967, promulgada pelo Decreto n. 60.967, de 7 de julho de 1967.

O Protocolo da Guatemala foi firmado em 8 de março de 1971, por 21 países, com o escopo de modificar a Convenção de Varsóvia e apresenta modificações fundamentais, embora limitadas à seara do transporte de passageiros e bagagens, adotando a teoria do risco em caso de danos com morte ou lesão resultante de sequestro e sabotagem, devendo indenizar as vítimas. Os danos por perdas, destruição ou dano a bagagem, desde que ocorram a bordo da aeronave ou no curso das operações de embarque e desembarque, e a bagagem esteja submetida à responsabilidade do transportador. Essa teoria não pode ser adotada para casos de atrasos em voos, devendo neste caso as companhias adotar medidas que minimizem os atrasos que ocorram por motivos de força maior que sejam inevitáveis. O Brasil não adotou o Protocolo da Guatemala e o Direito Aéreo recorre aos preceitos do Protocolo da Haia e da Convenção de Varsóvia.

A Convenção de Montreal foi firmada em 28 de maio de 1999 e ratificada no Brasil por meio do Decreto n. 5.910, de 27 de setembro de 2006, aplica-se ao transporte aéreo internacional (COMENALE PINTO, 2000, p. 798-830). Esta convenção se estriba na indenização integral do passageiro por dano-evento morte, ferimento ou lesão corporal, determinando, para tanto, que os Estados Contratantes imponham aos transportadores submetidos à sua autoridade a celebração de contratos de seguro para viabilizar a efetiva cobertura, na hipótese de sinistro, nos termos do art. 50 da referida convenção (LISBÔA DE ANDRADE, 1999, p. 2-18).

Porém, tal responsabilidade não se aperfeiçoa na modalidade integral, haja vista que entre os art. 17, parágrafos 1o ao 21º, da referida Convenção, escuda-se a responsabilidade objetiva ao patamar de 100.000 DES²⁷¹ por passageiro, o que não coincide com o Sistema de Varsóvia, no

271 Direitos Especiais de Saque - As quantias indicadas em Direitos Especiais de Saque mencionadas na Convenção de Montreal, consideram-se referentes ao Direito Especial de Saque definido pelo Fundo Monetário Internacional. A conversão das somas nas moedas nacionais, no caso de ações judiciais, se fará conforme o valor de tais moedas em Direitos Especiais de Saque, na data da sentença. O valor em Direitos Especiais de Saque da moeda nacional de um Estado Parte, que seja membro do Fundo Monetário Internacional, será calculado de acordo com o método de avaliação adotado pelo Fundo Monetário Internacional para suas operações e transações, vigente na data da sentença. O valor em Direitos Especiais de Saque da moeda nacional de um Estado Parte que não seja membro do Fundo Monetário Internacional será calculado na forma estabelecida por esse Estado. (www.jusbrasil.com.br/topicos/551432/direitos-especiais-de-saque. Acesso em: 12.08.2015)

âmbito do Protocolo de Haia.

Neste aspecto, a realização de um contrato de transporte aéreo necessita estabelecer os princípios contratuais em acordo com o que se estabelecem nas convenções ratificadas pelo país.

3. Do contrato de transporte aéreo e princípios contratuais

Contrato de transporte de pessoas é um negócio jurídico por meio do qual alguém se obriga a transportar outrem, mediante um pagamento, de um lugar para outro, segundo que preceitua o art. 730 do Código Civil brasileiro. A redação espelha-se na definição de Pontes de Miranda (2012, p.8), *in verbis*, “contrato de transporte é o contrato pelo qual alguém se vincula, mediante retribuição, a transferir de um lugar para outro pessoas e bens”.

A realização concreta de um contrato será pautada sempre nos princípios estabelecidos pela convenção ratificada pela legislação local. O contrato tem uma função social, sendo veículo de circulação da riqueza, centro da vida dos negócios e propulsor da expansão capitalista. O Código Civil de 2002 determina expressamente que a liberdade de contratar só pode ser exercida em consonância com os fins sociais do contrato, implicando os valores primordiais da boa-fé e da probidade (arts. 421 e 422), princípios que também se aplicam aos contratos de transporte aéreo nacional de passageiros.

3.1. Função social

Por identidade dialética guarda intimidade com o princípio da função social da propriedade previsto na Constituição Federal. Tem como escopo promover a realização de uma justiça comutativa, aplainando as desigualdades substanciais entre os contratantes (ALVES, 2002, p. 372-373). Martins-Costa (1998, p.40) ao discorrer a respeito da função social pontua:

Evidentemente, e na literal dicção do artigo 421, uma condicionante posta ao princípio da liberdade contratual. Nesse sentido, a cláusula poderá desempenhar, no campo contratual que escapa à regulação específica do Código de Defesa do Consumidor, funções análogas às que são desempenhadas pelo artigo 51 daquela lei especial, para impedir que a liberdade contratual se manifeste sem peias.

Ao determinar que o contrato deva ser interpretado atendendo-se à sua função social (CC, art. 421), o legislador civil acrescentou um importante incremento filosófico a esse instrumento, típico das relações privadas e que até então se regia exclusivamente pela doutrina do individualismo jurídico e sob a concepção do brocardo *pacta sunt servanda*. Conforme preleciona Carneiro (2002, p.80):

Segundo o princípio *pacta sunt servanda*, a grosso modo, os tratos devem ser cumpridos, independentemente de qualquer fator ou circunstâncias porventura superveniente no interregno entre a celebração do pacto e o eu adimplemento. Essa foi por muito tempo uma regra no Direito das Obrigações.

A regra do *pacta sunt servanda*, que ditava que os contratos são lei entre as partes e devem ser cumpridos em sua integralidade, em respeito à liberdade individual de contratar, cede espaço à análise interpretativa de suas cláusulas em atendimento a uma função de cunho social, coletiva, destinada à satisfação de anseios do grupo social. Trata-se de uma flexibilização do princípio da autonomia privada, até então intangível e intocável.

Assim sendo, ocorre a flexibilização porque a autonomia privada não será afastada nem substituída. Permanecerá vigente e operante, atuando como estrutura do ordenamento privado, mas já não será regra absoluta.

Poder-se-ia pensar, e não faltarão defensores para esta ideia, que a função social do contrato é voltada para o indivíduo, protegendo os menos favorecidos e vulneráveis na relação negocial. O escopo do novo instituto elaborado pelo legislador ordinário tem alcance mais amplo, voltado ao equilíbrio social, coletivamente considerado. O indivíduo, certamente, poderá ser alcançado pela nova diretriz, por via reflexa, embora não possa ser invocado economicamente mais fraco ou juridicamente vulnerável na relação negocial, para isentar-se dos deveres e responsabilidades advindos do negócio. Disso, especificamente, cuida o Código de Proteção ao Consumidor.

Entrementes, a atuação estatal voltada a regular as regras gerais dos contratos com o escopo de atender à sua função social, em verdadeira interferência nas relações

privadas. Ao interferir no campo da autonomia privada, visando assegurar proteção à sociedade, como ente coletivo, o Estado busca garantir o cumprimento da função social do contrato.

Com base na função social do contrato, encontra guarida o Sistema de Varsóvia, na questão da limitação do dever de indenizar, que se encontra vigente, no Brasil e na seara internacional. Na seara do transporte doméstico, referidas hipóteses encontram-se contempladas no Código Brasileiro de Aeronáutica.

Assim, torna-se necessário esclarecer os aspectos intrínsecos relacionados ao transporte de passageiros, que possui regras específicas.

3.2. Segurança e proteção do contratante

Tratando-se de transporte de pessoas, a preocupação com as denominadas obrigações de segurança e proteção assumem especial relevo, sendo consideradas essenciais (ROMANELLI, 1966. p. 5-7).

Por via de consequência, uma vez configurado o dano-evento, houve crescente preocupação com a justa compensação da vítima, seguindo tendência de inserção da dignidade da pessoa humana com preceito fundante dos ordenamentos jurídicos contemporâneos.

Cumprido asseverar, ademais, a efetiva inserção dos ditames da boa-fé objetiva e proteção à parte mais fraca como

princípios contratuais, com a correlata repercussão no transporte aéreo de passageiro. Por óbvio, o princípio da boa-fé objetiva, entendido como norma de conduta, não se caracteriza por cunho unilateral, impondo o denominado dever de colaboração, abarcador, outrossim, da parte aderente.

Tecidas referidas considerações, malgrado reconhecida a obrigação essencial de proteção do passageiro, jungida à sua vulnerabilidade técnica presumida, há que se concordar que impõe-se-lhe o denominado dever de colaboração, de modo a permitir ao transportador o integral implemento de sua obrigação correspectiva, ou seja, o transporte do ponto de partida ao destino, em condições seguras (COSENTINO, 1986, p. 102-103).

Cumprе ressaltar, que o caráter consensual da avença não permite equívocos, sendo, para fins de formação do contrato, pois a exigência do embarque com documento escrito, indica situações consentâneas com a fase de execução do contrato (id.ibid. p. 104).

No que concerne ao transportador, depreende-se, sob o aspecto substancial, a prerrogativa de receber o preço pactuado, condicionar o transporte do passageiro, não realizar o transporte quando as circunstâncias justificarem tal proceder, bem como requerer indenização ao passageiro que der gênese a perdas e danos (ESCALADA, 1996 p.384). Por óbvio, a recusa no transporte deverá estar ensejada em razão justificadoras, sem prejuízo de exigibilidade de ampla informação e esclarecimentos

prévios, imponíveis ao contratado, no âmbito dos deveres laterais, que promanam da boa-fé objetiva.

Para tanto, as Condições Gerais IATA (Associação Internacional de Transporte Aéreo), fixada pelas próprias companhias aéreas, elucidam, que haverá impedimento ao transporte quando se pretender evitar “violação da lei, regulamento do país no qual a aeronave se destinará ou que proceder ao sobrevoo” (art. VIII parágrafo 1, Condições Gerais IATA).

Ulteriores razões justificadoras, com fundamento nas mencionadas Condições Gerais, coadunam-se com a segurança, conduta, idade ou estado físico do passageiro, ex vi do art. VIII, resilição unilateral, que dará azo à devolução do montante concernente ao trecho não utilizado, com base na tarifa vigente.

Por outro lado, é evidente que, uma vez reste caracterizado efetivo abuso na recusa, a reparação por danos será a mais ampla possível, tomando como norma os indicadores da Convenção de Varsóvia e o CDC, abarcando, inclusive, eventuais danos morais, uma vez comprovada efetiva lesão aos direitos da personalidade do passageiro, com esteio no referido proceder.

Em contrapartida, impõem-se ao transportador, a par dos deveres anexos ínsitos à boa-fé objetiva, máxime na seara do dever de informar e esclarecer, a denominada obrigação de proteção ao passageiro (incolumidade físico-psíquica), velando por sua segurança, transportando ao ponto de destino contratado no horário pactuado.

Ademais, impõem-se o dever de entregar o bilhete, com prazo de validade e reserva de assento na aeronave, admitindo-se forma eletrônica, desde que, previamente no embarque, haja tempo hábil para a ciência inequívoca das condições gerais do transporte. Entrementes, deverá escudar-se nas denominadas tarifas autorizadas, com patamar máximo (preço de balcão) estabelecido pela ANAC (Agência Nacional de Aviação Civil) no transporte doméstico, e pela IATA no transporte internacional. Por derradeiro, impor-se-á, salvo força maior extrínseca, ou culpa exclusiva da vítima, obediência ao itinerário previamente contratado, com dever de reembolso total ou parcial da tarifa, caso o transporte não se realize.

No âmbito das obrigações supra referidas, destaca-se aquela essencial, ou seja, a obrigação de proteção, trazendo em seu bojo a segurança e vigilância do passageiro, de modo a viabilizar a chegada ao local contratado nas mesmas condições da partida (MASTRANDREA, 1994, p. 53-71).

3.3. Obrigações do passageiro

As obrigações fundamentais do passageiro são: o pagamento do preço pelo transporte contratado; a apresentação no aeroporto, para iniciar a viagem, no dia e hora pactuado; o adimplemento das obrigações administrativas (e.g., obtenção de vistos, vacinas, como pré-requisitos de entrada nos países de destino); observar os regulamentos fixados pelo transportador, acatando as instruções deter-

minadas pelo comandante da aeronave e tripulação (ES-CALADA,1996. p.398).

Em complemento aos referidos deveres, entende-se que, no âmbito dos deveres de colaboração que norteiam a nova teoria contratual, a observância da boa-fé objetiva impõe, outrossim, ao passageiro o implemento dos deveres anexos de informação ao transportador, destacando-se, ser portador de grave doença, com sua ciência inequívoca. Deveras, com fundamento na referida informação regulativa o transportador sopesará a convivência do transporte, com os riscos de danos à sua saúde do passageiro, tendo em vista o voo e suas condições específicas (pressurização em voo).

Por óbvio, referido dever de informar coadunar-se-á com ciência inequívoca da patologia, uma vez que, em se desconhecendo o status de portador, a omissão informativa não enseja má-fé do passageiro.

No que concerne ao transporte de bagagens, sua importância é crescente, impondo formação de estrutura complexa, máxime no âmbito do denominado transporte aéreo sucessivo, com transportadores distintos e diversas conexões. De qualquer forma, malgrado o transportador possa limitar o volume e peso transportados, cobrando tarifa pelo valor excedente e até recusando eventual carga excessiva para elidir riscos ao voo, emerge que, conquanto a doutrina proceda ao tratamento autônomo de suas características, verdade é que seu enquadramento jurídico submete-se ao contrato de transporte aéreo de passageiro.

Em suma, depreende-se que não há bagagem sem que exista um titular beneficiário do transporte aéreo, o que evidencia caráter acessório (ROMANELLI, 1994, p.61-66). Por outro lado, para fins de liquidação de eventual dano, com fulcro na perda ou extravio das bagagens, as companhias de aviação de transporte de passageiros adotaram base de cálculo análoga ao transporte de cargas, ou seja, escudada no peso do volume transportado de acordo com a Convenção de Montreal que complementa as determinações da Convenção de Varsóvia e o CDC (MAPELLI, 2001, p.23)²⁷².

Escalada (1996, p. 12) assevera que o contrato de transporte de bagagens é “aquele, em virtude do qual, uma das partes se obriga a transportar do ponto de partida ao de destino, conjuntamente com o passageiro, seus pertences pessoais, adequados para sua comodidade e uso, durante a viagem” (Op. cit., p. 189).

Na seara das bagagens registradas, deduz-se que cabe ao transportador a expedição de nota de bagagens, executando o transporte, nos termos pactuados, com a entrega da bagagens no local de destino, intacta e sem retardamentos inescusáveis. O transportador, por outro lado, poderá inspecionar a bagagem, eventualmente recusando-se transportá-la, por razões vinculadas ao seu próprio conteúdo ou passageiro (COSENTINO,1986, p., 196).

272 Nos termos da Convenção de Montreal, a base de cálculo não se escudará no peso, mas no limite de 1.000 DES por passageiro.

No que concerne ao passageiro, impõem-se a entrega dos volumes, nas condições contratualmente estabelecidas, com pagamento de valor eventualmente excedente, sem prejuízo do implemento das disposições administrativas e regulamentares que regem a relação contratual.

3.4. Natureza jurídica do contrato de transporte de pessoas

O contrato de transporte de pessoas é, em regra, um contrato bilateral, oneroso, comutativo, não-solene, sinalagmático e consensual.

Embora não haja possibilidade de negociar as cláusulas do contrato, pois este é de adesão, o transportador tem o direito de não transportar e o passageiro escolhe livremente se vai ou não viajar, o horário em que quer fazê-lo, a empresa, entre outras. Sabendo-se que o consenso permite a ambas as partes a liberdade de estabelecer as regras até que seja bom para as duas partes e, neste caso, o consenso limita-se a decidir se aceita as regras postas ou não e a liberdade do passageiro de optar por outra companhia caso não concorde com as regras postas no contrato, porém tanto nas normas da ordem pública quanto no CDC, a autonomia de ambos os contratantes pode ser limitada, dependendo das circunstâncias contratuais.

Por ser contrato de adesão, o passageiro adere às cláusulas pré-estabelecidas ao adquirir a passagem ou bilhete, ou mesmo com o simples ato de adentrar no meio de

transporte com intenção de empreender viagem. As condições do contrato de adesão podem estar constantes no bilhete de passagem.

Ao embarcar, ou ao adquirir a passagem, o passageiro adere ao preço, ao horário de partida, ao trajeto, ao tempo de duração da viagem, pontos de escala, tipo de transporte oferecido, qualidade das poltronas e serviço de bordo da respectiva classe, dentre outros.

A Portaria CA 676, de 13 de novembro de 2000, expedida pelo Comando da Aeronáutica, para aprovar as condições gerais do transporte aéreo, dita, no art. 1o. de seu Anexo, que: “o transporte aéreo de pessoas, de coisas e de cargas será realizado mediante contrato entre o transportador e o usuário”. E no parágrafo único do mesmo artigo estabelece que “constituem provas do contrato de transporte aéreo: o bilhete de passagem para o transporte de pessoas, a nota de bagagem para o transporte de coisas e o conhecimento aéreo para o transporte de cargas”.

A comprovação do contrato de transporte de pessoas em sentido ‘lato’, no entanto, não segue uma regra rígida e formal, sobretudo nos demais meios de transporte, sendo que os processos de aquisição de passagem, embarque e desembarque são mais simplificados, prescindindo, muitas vezes, de qualquer fase pré-contratual e de qualquer ajuste expresso.

As situações que podem anteceder a conclusão do contrato: ou a discussão pura e simples das bases do futuro

contrato, em período de puras negociações, ou um contrato preliminar em que as bases do futuro contrato já ficaram previamente estabelecidas. Cavalieri Filho (1999, p. 212) sustenta que o bilhete de passagem,

Não é indispensável para a celebração do contrato, por se tratar de contrato não formal. Pode apenas servir como meio de prova para sua existência. Nem mesmo o pagamento da passagem é elemento necessário para a consumação do contrato. Casos existem em que isso só é feito no curso ou mesmo no final da viagem, podendo-se concluir que o pagamento da passagem já é fase da execução do contrato, e não da celebração.

Com efeito, é bastante comum nos dias atuais a aquisição de passagens aéreas em prestações sucessivas. Casos há em que o passageiro só inicia o pagamento depois do regresso, ou seja, depois que concluída a prestação dos serviços de transporte.

Nas viagens aéreas, é comum a passagem ser comprada com antecedência. Nestes casos, torna-se necessário compreender a partir de que momento o contrato passa a concretizar a responsabilidade mútua entre as partes acordantes. O art. 734 do Código Civil manteve a responsabilidade objetiva do transportador “pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior”, proibindo qualquer cláusula de não indenizar. Considerando que, em outros dispositivos, o Código refere-se conjuntamente ao caso fortuito e força maior, pode-se inferir, da leitura do aludido dispo-

sitivo, que o fato de ter sido mencionada somente a força maior revela a intenção do legislador de considerar excludentes da responsabilidade do transportador somente os acontecimentos naturais, e não os fatos decorrentes da conduta humana, alheios à vontade das partes, como guerra, motim, greve, e outros.

Prescreve o art. 735 do Código Civil: “A responsabilidade do transportador por acidente com passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva”. Assim sendo, no tema de transporte, os precedentes jurídicos não têm admitido a excludente do fato de terceiro. Justifica-se o rigor, tendo em vista a maior atenção que deve ter o responsável, entre outras palavras o preposto que conduz a aeronave, obrigado a zelar pela incolumidade física de seus passageiros.

Como se dá portanto a relação do transporte aéreo e o Código de Defesa do Consumidor, observando o Sistema da Convenção de Varsóvia e o Código Civil brasileiro? Este assunto será abordado no próximo tópico.

3.5. O código de defesa do consumidor no transporte aéreo de pessoas e bagagens

Quando se estuda o Código de Defesa do Consumidor, a primeira coisa que deve ter em mente é que se trata de norma de ordem pública e interesse social (art. 1º, CDC), e que trouxe profunda modificação no ordenamento jurídico vigente.

À expressão ordem pública utilizada pelo artigo 1º, deve-se emprestar especial atenção, pois, como afirma com pertinência Nery Jr. (2006, p. 274), ao lado da ordem pública social e da ordem pública econômica, “fala-se modernamente em ordem pública de proteção dos consumidores”.

É preciso, assim, ter-se presente que o Código de Defesa do Consumidor passou a regular, como um todo, as relações de consumo de forma cogente. Foi intuito claro do legislador que toda e qualquer relação de consumo passasse a ser regulada pelo Código de Defesa do Consumidor, estabelecendo, nas palavras de Nery Jr. *apud* Alves (2002, p. 373), um “microsistema de Direito das Relações de Consumo, cuja tendência é ganhar autonomia dentro da ciência do Direito, superada a divisão clássica de todos já conhecida”, de tal sorte que esse autor considera incorreto falar-se no Direito do Consumidor como sendo um capítulo do Direito Econômico, ou do Direito Civil, ou ainda, do Direito Empresarial.

Como consequência da natureza de ordem pública das normas insculpidas no Código de Proteção e Defesa do Consumidor (art. 1º), vê-se que a autonomia privada foi nele relegada a um plano secundário. A incidência das normas no Código insculpidas é, como dito, cogente, não podendo ser afastada pela vontade das partes. Cabe referir aqui observação de ALVIM et al. (1993, p. 91), no sentido de que o “*ius cogens* é forma de proteção do interesse social”. Arremata o autor, asseverando não ser, no sistema

do Código de Defesa do Consumidor, “facultado às partes a possibilidade de optar pela aplicação ou não de seus dispositivos, que, portanto, não podem ser afastados pela simples convenção dos interessados, exceto havendo autorização legal expressa”.

Assim sendo, o Código de Defesa do Consumidor estabeleceu ser direito básico do consumidor a “efetiva proteção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos” (art. 6º, VI, CDC). Daí porque a sua aplicabilidade aos contratos de transporte aéreo, suscita tantas controvérsias. Isto porque a indenização, nesses casos, é tradicional limitada (a valores tidos hoje em dia como francamente baixos), limitações essas que não se compatibilizam com sistema inaugurado pelo Código de Defesa do Consumidor e que, como se verá, deita raízes na Constituição Federal de 1988.

Marques (1992, p. 156) observa, com acuidade, que “a tendência é do ressarcimento amplo, incluindo mesmo os danos extrapatrimoniais, é do ressarcimento efetivo, quando não ressarcimento integral”.

Um dos pontos de partida para se enfrentar o problema, deve ser a Constituição Federal de 1988, em cujo art. 5º, XXXII, dispõe no sentido de que o “Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, tendo-se, ademais, presente que a defesa do consumidor foi erigida, também, à altura de princípios gerais da atividade econômica (art. 170, V, CF/1988).

O fato de a defesa do consumidor se ter emprestado na Constituição Federal tamanha importância traz consequências de relevo, como aponta com percuciência James Martins (ALVIM et al. 1993 p. 14-15),

Garantia constitucional desta magnitude, possui, no mínimo, como feito imediato e emergente, irradiado de sua condição de princípio geral da atividade econômica do país, conforme erigido em nossa Carta Magna, o condão de inquirir de inconstitucionalidade qualquer norma que possa consistir óbice à defesa desta figurada fundamental das relações de consumo, que é o consumidor.

Entrementes, no que diz respeito aos contratos de transporte em geral, inexistem maiores dificuldades em se concluir pela aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, como assevera Gonçalves (2012, P.217), dado que “é fora de dúvida que o fornecimento de transportes em geral é atividade abrangida pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor, por constituir modalidade de prestação de serviço”.

Com efeito, pouca ou nenhuma dúvida pode restar de que aquele que presta serviços de transporte enquadra-se na condição jurídica de fornecedor, amoldando-se à definição do art. 3º, do CDC, no qual o próprio serviço de transporte ajusta-se bem ao conceito. O transporte aéreo, todavia, apresenta algumas particularidades, conforme se estudará adiante.

3.6. Lineamentos da legislação aeronáutica

No Brasil, a responsabilidade civil no transporte aéreo, de 1925 a 1938, vinha regulada pelo Regulamento dos Serviços Civis de Navegação Aérea, de 22.07.1925, que mandava, em seu art. 84, aplicar-se à hipótese o Código Civil.

O primeiro Código Brasileiro do Ar veio em 08.07.1938 (Decreto-lei n. 483). No art. 83, previa-se a responsabilidade do transportador, por qualquer dano resultante de morte ou lesão corporal do viajante, desde que houvesse ou defeito na aeronave ou culpa da tripulação (alínea a e b do artigo 83). O art. 88, a seu turno, afirma que,

Em qualquer dos casos acima previstos, ficará o transportador exonerado de responsabilidade se provar que si ou por seus prepostos foram tomadas, de maneira satisfatória, as medidas necessárias para que não se produzisse o dano, ou que se tornou impossível fazê-lo.

Tratava-se, portanto de responsabilidade subjetiva. Havia quem vislumbrasse em tal dispositivo caso de responsabilidade com culpa presumida. Porém, não era o caso de se falar em responsabilidade com presunção de culpa, pois para a responsabilização do fornecedor era necessário provar-se ou o defeito na aeronave ou culpa da tripulação. O art. 88, a seu turno, afastava da responsabilização, ainda que ocorrentes os pressupostos do art. 83; não tratava, como dizia a seu respeito Aguiar Dias, de prova contra a presunção *iuris tantum* encerrada no art. 83. (ALVIM, 1993, p. 185).

Doutra parte, preceitua referido diploma (art. 97), quanto à responsabilidade para com terceiros que “dará direito à reparação qualquer dano que uma aeronave em voo, manobras de partida ou chegada, causar a pessoas ou bens que se encontrem à superfície do solo”.

Uma e outra eram limitadas (art. 91 e ss.; arts. 102 e ss.), cumprindo distinguir, como Marques (1992, p. 173), responsabilidade limitada de responsabilidade tarifada,

Na tarifação se presume o dano (evento morte, perda de um braço ...) e se quantifica esses tipos de danos, na limitação não se presume dano, este tem que ser provado, o limite opera somente como um quantum máximo, logo, se o dano comprovado for de menor valor, a indenização poderá ser fixada abaixo do limite máximo. (MARQUES,1992, p. 173).

Esse Código Brasileiro do Ar vigorou até 18.11.66, quando foi editado o segundo Código Brasileiro do Ar (Decreto-lei n. 32 de 18 de novembro de 1966).

Aqui, a responsabilidade contratual vinha disciplinada nos arts. 97 et seq. A responsabilidade para com terceiros vinha regulamentada nos arts. 109 et seq. A responsabilidade, tanto num como noutro caso era limitada (arts. 103 et seq., no caso de responsabilidade contratual; art. 117, no que se refere à responsabilidade para com terceiros).

No presente, a responsabilidade civil, no caso de transporte aéreo nacional, vem tratada no Título VIII (arts. 246 et seq.) da Lei n. 7.565/86 (Código Brasileiro de Aeronáuti-

ca). Da simples leitura do art. 246, já se nota que o mesmo remete aos arts. 257, 260, 262, 269 e 277, os quais estabelecem limites à indenização, que só poderão ser desconsiderados havendo dolo ou culpa grave do transportador ou de seus prepostos (art. 248). Assim há limite por dano a passageiro (art. 257), por dano à bagagem (art. 260), por dano à carga (art. 262), por dano a terceiros na superfície (art. 269), e por danos decorrentes do abalroamento (art. 277).

O Código Brasileiro de Aeronáutica é uma lei especial que encontra, atualmente, amparo de aplicabilidade no Código de Proteção do Consumidor, sendo este recurso já usado como instrumento de decisão pelo Supremo Tribunal Federal:

Usar decisão judicial recente (2010 para frente) e que se refira ao seu assunto – transporte nacional de pessoas. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ACIDENTE AÉREO. TRANSPORTE DE MALOTES. RELAÇÃO DE CONSUMO. CARACTERIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE PELO FATO DO SERVIÇO. VÍTIMA DO EVENTO. EQUIPARAÇÃO A CONSUMIDOR. ARTIGO 17 DO CDC. I - Resta caracterizada relação de consumo se a aeronave que caiu sobre a casa das vítimas realizava serviço de transporte de malotes para um destinatário final, ainda que pessoa jurídica, uma vez que o artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor não faz tal distinção, definindo como consumidor, para os fins protetivos da lei, “... toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Abranda-

mento do rigor técnico do critério finalista. II - Em decorrência, pela aplicação conjugada com o artigo 17 do mesmo diploma legal, cabível, por equiparação, o enquadramento do autor, atingido em terra, no conceito de consumidor. Logo, em tese, admissível a inversão do ônus da prova em seu favor. Recurso especial provido. (Resp 540235/TO, Recurso Especial 2003/0059595-9, Ministro Castro Filho, Terceira Turma, DJ 06.03.2006).

A utilização do Código de Defesa do Consumidor, usado como parâmetro de decisão não pode deixar de contemplar a sua condição infraconstitucional, pois toda a legislação deve seguir as determinações legais da Constituição Federal.

Monteiro (1988, v. 1, p. 15), sustenta que há hierarquia entre as normas infraconstitucionais, possuindo a lei complementar supremacia em relação às demais. Neste aspecto, o referido autor, com apoio em acórdãos publicados na RT, 1700/556, 297/339, ao tratar da origem, ao tratar da origem das normas, defende a existência de uma hierarquia. Assim, o referido autor menciona,

Num Estado Federal, como o nosso país, existe verdadeira hierarquia nas leis. A lei magna é a Constituição Federal, a lei fundamental, a lei primeira. Depois, vêm as leis federais ordinárias; em terceiro lugar, a Constituição Estadual; em seguida as leis estaduais ordinárias e, por último, as leis municipais. Surgindo confronto entre elas, observar-se-á essa ordem de precedência quanto à sua aplicação.

Neste sentido, prevalece a concepção de que, os limites de indenização previstos no Código Brasileiro de Aeronáutica, ainda que se trate de relação de consumo, encerrando diversos e profundos equívocos, deverá seguir os preceitos determinados pela legislação predominante, ou seja, respeitar os limites determinantes de respeito à pessoa humana postos pela Constituição Federal.

Destaca-se que o Código de Defesa do Consumidor, fora editado nos termos do artigo 5º, XXXII da CF/1988, diploma fundamental esse que, ademais, erigiu a defesa do consumidor à altura de princípio geral da atividade econômica, nos moldes do artigo 170, V, da Constituição Federal. Há que se emprestar a devida importância a isso. Princípios, como pondera Gordillo (2000, p. 176), são “ao mesmo tempo norma e diretriz de sistema formando-o visceralmente”. Por isso mesmo, contrariar um princípio é atentar contra os alicerces dos sistemas jurídicos por ele informado.

Leis que estabeleçam limitações à indenização que cabe ao consumidor, como é o caso do Código Brasileiro de Aeronáutica, são inafastavelmente incompatíveis com princípio constitucional de proteção ao consumidor, o que já soluciona a questão pelo critério da hierarquia, podendo ser afastada a aplicabilidade do Código Brasileiro da Aeronáutica. Com efeito, se a defesa do consumidor é princípio constitucional, indaga-se se é concebível a existência de legislação, como é o caso da aeronáutica, situada no plano infraconstitucional, que limite a

indenização devida ao consumidor. Carvalho (RT 673/48) assenta sua posição em dois pontos, fundamentalmente,

As convenções e os tratados que o Brasil tenha ratificado preponderam inquestionavelmente sobre a legislação interna, [de modo que] dúvidas não existentes quanto a prevalência de princípios. Sendo o Código de Defesa do Consumidor lei geral e o Aeronáutico lei especial, aquela não revoga esta, exceto se outra for a intenção inequívoca do legislador.

De qualquer forma, a regra de que a norma geral não afasta a aplicabilidade da lei especial não é absoluta, podendo ser afastada, desde que tenha sido claro o intuito do legislador em disciplinar a relação anteriormente regulamentada pela lei especial. É, sem dúvida, este o caso do Código de Defesa do Consumidor, que passou a regular, universalmente, toda e qualquer relação de consumo.

Daí porque, com acerto, afirma Gonçalves (2012, p.217) que,

“de pronto, percebe-se que, tratando-se de relações de consumo, as normas de natureza privada e em leis esparsas deixam de ser aplicadas. O mencionado Código retira da legislação civil, bem como de outras áreas de direito, a regulamentação das atividades humanas relacionadas com o consumo, criando uma série de princípios e regras em que se sobressai não mais a igualdade formal das partes, mas a vulnerabilidade do consumidor, que deve ser protegido”.

A proteção ao consumidor não se encaixa na legislação aleatoriamente, é regulamentada pela própria Constituição Federal à qual se submete, asseverando garantias em relação às relações comerciais e econômicas que envolvem a sociedade.

Marques (1992, p. 170) ensina,

[...]a aplicação do CDC é determinada pelo fato de ser o corpo de normas que assegura, segundo os novos parâmetros e valores orientadores, eficácia ao mandamento constitucional de proteção ao consumidor. Assegura-se, em última análise, através da norma do art. 7º do CDC, a aplicação da norma que mais favorece o consumidor. Esses limites de proteção ao consumidor, insista-se, não são compatíveis com o sistema indenizatório assegurado ao consumidor pelo Código, com esteio em (pelo menos) dois dispositivos constitucionais da maior relevância: o art. 5º, XXII e 170, V, CF/1988.

O Código de Defesa do Consumidor criou um microssistema especialmente voltado às relações de consumo, e com o objetivo de estabelecer uma nova harmonia entre o fornecedor e o consumidor. Se é assim, evidente que sua aplicabilidade não pode ser afastada sob o argumento de que se está em face da lei especial, dado o evidente intuito do legislador, em atenção a princípio constitucional da mais alta magnitude, de regulamentar, especificamente, as relações de consumo. Some-se a isto o fato de tratar-se de lei de ordem pública e função social, inafastável pela vontade particular.

Aplica-se à espécie o ensinamento de Pereira (1998, p.266) “[...] se toda uma província do direito (no caso, as relações de consumo) é submetida a uma nova regulamentação, desaparece inteiramente a lei caduca, em cujo lugar se coloca as disposições da mais recente”.

Conclui-se, pois, que juridicamente é inafastável a aplicabilidade do Código de Proteção e Defesa do Consumidor aos contratos de transporte aéreo nacional de passageiros, o que traz como consequência primeira e mais importante o afastamento da responsabilidade limitada, pois os limites do Código Brasileiro de Aeronáutica, como já dito alhures, não se compadecem com o sistema protetivo do Código de Defesa do Consumidor que estabelece a “efetiva prevenção e reparação dos danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos” como direito básico do consumidor (art. 6º, VI, CDC).

Ademais, se é correto afirmar que adoção de tais limites foi indispensável ao desenvolvimento do transporte aéreo no início do século, tal não se dá mais hoje em dia, tanto que diversos países como a Alemanha, Uruguai, Peru, México, entre outros se tem insurgido contra as limitações da Convenção de Varsóvia (RIZZARDO, 2009). Neste início de século o contexto em que insere o transporte aéreo, dos mais seguros do mundo, é com certeza bem diferente.

Há, é claro, que se analisar se, no caso concreto, se está em face de relação albergada pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Tal poderá perfeitamente suceder

se se estiver em face de uma relação de consumo, pura e simples, como é o caso do consumidor que sofre danos na sua bagagem. Nesse caso, a responsabilização do fornecedor transportador aéreo não se limita ao teto do art. 260, da Lei n. 7.505/86, supramencionada.

Não é preciso que se trate de relação de consumo, *stricto sensu*, para que fiquem afastados os limites à indenização impostos pelo Código Brasileiro de Aeronáutica nos dispositivos acima mencionados. Também no caso do art. 17 do Código, que cuida da figura do *bystander*, há incidência do Código de Defesa do Consumidor, afastando-se os limites da Lei n. 7.505/86 (art. 269 – que estabelece limite de indenização com relação a terceiros na superfície). Dispõe esse artigo que “para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”, de tal modo que sempre que houver fato do serviço (evento danoso ao consumidor decorrente de defeito do serviço prestado), aplicar-se-á, igualmente, o Código de proteção e Defesa do Consumidor, mercê da equiparação estabelecida do art.17.

Deste modo, os terceiros que estejam na superfície e sejam atingidos pela queda de um avião, por exemplo, encaixam-se perfeitamente na figura de *bystander*. Por isso, não se lhes aplicam também os limites do art. 269 da Lei n. 7.505/86, não sendo possível limitar-lhes a indenização a que tenham direito.

3.7. Excludentes de responsabilidade

Além da aplicação do Código de Defesa do Consumidor significar que a indenização deve ser integral (art. 6º, inciso VI), há outras importantes consequências defluentes de sua aplicabilidade. Como se verá, a responsabilidade pelo fato do serviço, no regime do Código de Defesa do Consumidor, não é excluída pelo caso fortuito ou pela força maior, ao passo que o Código Brasileiro de Aeronáutica, no art. 256, §1º, b, por exemplo, exclui a responsabilidade do transportador aéreo em caso de força maior.

Analisando a responsabilidade do art. 14 do Código do Consumidor, é objetiva a responsabilidade, mas comportam causas de exclusão, previstas no parágrafo terceiro, quais sejam: (1) inexistência de defeito e (2) culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Sendo assim, torna-se necessário analisar e conhecer as responsabilidades permanentes das companhias e as que são imputadas ao consumidor por serem ocasionais.

A responsabilidade pelo fato de serviço ou vício do serviço é afastada pela ocorrência do caso fortuito e força maior. Assim sendo, havendo defeito de serviço do qual decorra o evento danoso, ou mesmo o vício de qualidade no serviço prestado, não há responsabilização. Visto que o caso fortuito e a força maior tenham levado a defeituosidade do serviço, que este fica excluído do dever de indenizar, ficando o consumidor inibido de buscar o ressarcimento do dano sofrido.

O Código Brasileiro de Aeronáutica impõe limitações que recebem a sua regulamentação pela aplicação do Código de Defesa do Consumidor,

Lei nº 7.565 de 19 de Dezembro de 1986

Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica.

Art. 260. A responsabilidade do transportador por dano, conseqüente da destruição, perda ou avaria da bagagem despachada ou conservada em mãos do passageiro, ocorrida durante a execução do contrato de transporte aéreo, limita-se ao valor correspondente a 150 (cento e cinquenta) Obrigações do Tesouro Nacional - OTN, por ocasião do pagamento, em relação a cada passageiro.

De acordo com Rizzardo (2009 p.486), o Código Brasileiro de Aeronáutica e a Convenção de Varsóvia regulamentam apenas a perda, extravio e a destruição/danos como decorrência de acidentes, porém a responsabilidade do transportador limita-se até o ponto da entrega. Assim, para configurar essa responsabilidade é necessário que o dano resulte de destruição, perda ou avaria de bagagem ou carga, que a avaria tenha acontecido durante o transporte e que seja constatado acidente aéreo, isto decorre da presunção de que o transporte aéreo configura risco por suas particularidades e o contratante assume uma parcela das conseqüências inerentes ao perigo de maneira consciente.

3.8. Caso fortuito e força maior

Para tratar de casos excludentes de responsabilidade é necessário analisar a questão do caso fortuito e força maior, distinguindo um do outro. O caso fortuito caracteriza-se por acontecimentos imprevisíveis e que não podem ser evitados, porém se for um acontecimento inevitável, mas previsível, como os acontecimentos decorrentes de humanas caracteriza-se a força maior.

De acordo com Pereira (1998, p.185) o caso fortuito acontece naturalmente e, geralmente, deriva de forças naturais como terremotos, enchentes, tempestades, furacões, entre outros casos que possam acontecer inesperadamente. No caso de força maior, geralmente, os danos são provocados por ações das pessoas como as greves, os ataques de guerra e outras ações.

No entanto, o Código Civil não diferencia as causas como caso fortuito ou força maior, limitando-se a considerar as duas como causas excludentes de responsabilidade, ou seja, exonerando o dever de indenizar, uma vez que no seu art. 393, estabelece:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Sendo assim, Dias (2006, p.940) comenta que se no ato de realização do contrato de serviço de transporte aéreo, não for explícito no termo contratual a responsabilidade da empresa contratada em relação aos bens e passageiros em ocorrência de caso fortuito ou força maior, a empresa ficará exime de indenização caso aconteça um infortúnio durante a realização do serviço.

Para Pereira (1998, p.186) a responsabilidade contratual necessita de jurisprudência para a devida aplicação da responsabilidade extracontratual pautando as decisões em requisitos que caracterizem caso fortuito ou força maior estabelecendo a necessariedade, a inevitabilidade e a imprevisibilidade dos acontecimentos.

A necessariedade está ligada ao fato que é necessário para ser o causador do dano, pois o caso fortuito e a força maior geram o dano por si só, para ser inevitável é preciso que seja comprovado não existir meios que impeçam a ocorrência e seus efeitos, além disso para ser imprevisível o evento tem que ser comprovadamente de força indomável e que não possa ser evitada, assim poderá ser comprovada (DIAS, 2006).

O caso fortuito pode acontecer tanto no ambiente interno quanto externo da empresa, de acordo com Dias, (2006, p. 941), a diferença entre caso fortuito interno e externo é aplicável, nas relações de consumo. O caso fortuito interno incide durante o processo de elaboração do produto ou execução do serviço, não exi-

mindando a responsabilidade civil do fornecedor. Já o caso fortuito externo é alheio ou estranho ao processo de elaboração do produto ou execução do serviço, excluindo a responsabilidade civil.

Diante do exposto é importante salientar que é proibida a agregação de uma cláusula ao contrato que permita ao agente não indenizar, pois não se pode desonerar o devedor da responsabilidade em caso de culpa grave. Assim, o Código Civil estabelece em seu art. 424 que os contratos de adesão não podem conter cláusulas que excluam o dever de indenizar, ocorrendo também a proibição de tais cláusulas no CDC:

Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

Assim, em relação aos contratos que são celebrados para a realização de transporte, o Código Civil considera nulas as cláusulas que isentam as empresas agentes de não indenizar, pois o art. 734 estabelece:

Art. 734. O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade.

No entanto, a justiça brasileira vem recorrendo ao Código de Defesa do Consumidor, que funciona como norma de ordem pública, pois possui interesse social. Para este Código a cláusula que isenta de indenização é ilegal por-

que o consumidor é considerado hierarquicamente inferior no posicionamento em relação ao contratado. Sendo assim nos art. 25 e 51 o CDC determina:

Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenuie a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores.

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonere ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos.

Desta forma, o estudo das excludentes precisa obedecer as leis vigentes que estabelecem que as cláusulas de irresponsabilidade serão válidas somente quando houver o consentimento mútuo, não colidir com os preceitos da ordem pública, manter o equilíbrio de condições justas no posicionamento entre as partes, não eximir o agente de dolo ou a culpa grave do estipulante e não afastar a obrigação do agente em relação a sua função.

Um exemplo de jurisprudência que trata de ação indenizatória no transporte aéreo é apresentada no Diário da Justiça pelo Supremo Tribunal de Justiça:

Recurso Especial. Ação indenizatória. Transporte Aéreo. Atraso em vôo c/c adiamento de viagem. Responsabilidade Civil. Hipóteses de exclusão.

Caso Fortuito ou Força Maior. Pássaros. Sucção pela turbina de avião. – **A responsabilização do transportador aéreo pelos danos causados a passageiros por atraso em voo e adiamento da viagem programada, ainda que considerada objetiva, não é infensa às excludentes de responsabilidade civil.** - As avarias provocadas em turbinas de aviões, pelo tragamento de urubus, constituem-se em fato corriqueiro no Brasil, ao qual não se pode atribuir a nota de imprevisibilidade marcante do caso fortuito. - É dever de toda companhia aérea não só transportar o passageiro como levá-lo incólume ao destino. Se a aeronave é avariada pela sucção de grandes pássaros, impõe a cautela seja o maquinário revisto e os passageiros remanejados para voos alternos em outras companhias. O atraso por si só decorrente desta operação impõe a responsabilização da empresa aérea, nos termos da atividade de risco que oferece. (STJ - esp: 401397 SP 2001/0196968-6, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 27/06/2002, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 09.09.2002 p. 226 LEXSTJ vol. 160 p. 108 RSTJ vol. 161 p. 310).(grifo nosso)

Analisando este exemplo de jurisprudência percebe-se que excludente de responsabilidade civil vem sendo utilizada nos julgamentos de processos no Supremo Tribunal e impõe a responsabilidade da companhia aérea, por se tratar de um contratempo previsto pelo risco da atividade, o que recebe amparo no CDC para compensar os prejuízos de atraso vivenciado pelos consumidores.

Outro exemplo de jurisprudência apresentado é o recurso conhecido e provido no Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

JUIZADO ESPECIAL CÍVEL. TRANSPORTE AÉREO. ATRASO DE VÔO POR MAIS DE NOVE HORAS. FATO METEREOLÓGICO. CASO FORTUITO. ROMPIMENTO DO NEXO DE CAUSALIDADE. CAUSA EXCLUDENTE DA RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO PROVIDO. 1.O artigo 14, § 1º, da Lei nº. 8.078/90 atribui ao fornecedor responsabilidade objetiva pelos danos decorrentes da prestação defeituosa dos seus serviços. E o § 3º **elencas as hipóteses excludentes do dever de reparação, às quais deve ser acrescentado o caso fortuito e a força maior, conforme balizada jurisprudência pátria (STJ/ Resp 120.647/SP)**. 2.A partir dos documentos juntados pela própria autora (fl. 18), **restou incontroverso que o cancelamento do vôo decorreu de fatores climáticos**. E pela peça vestibular, defende-se o dever de reparação pelos danos suportados à luz do código de defesa do consumidor, independentemente de fatores externos, inclusive por eventos da natureza. **Contudo, conforme afirmado, aplica-se a Teoria da Imprevisão, mais especificamente as hipóteses de Caso Fortuito e Força Maior nas relações de consumo e como causa excludente do dever de reparar. Se não houve dúvida de que a impossibilidade de cumprimento do contrato pela transportadora decorreu de fator externo imprevisível e inevitável, é forçoso reconhecer a**

exclusão do seu dever de indenizar. 3.Merece ser digno de apontamento, o fato da empresa aérea confirmar o mau tempo como fato gerador do cancelamento da viagem no horário contratado, tendo ainda colacionado notícia de jornal dando conta que, no dia anterior, outros vôos para a mesma localidade sofreram iguais cancelamentos ou desvios. 6.RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJ-DF - ACJ: 20140111059256 , Relator: LUÍS GUSTAVO B. DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 30/04/2015, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 06/05/2015 . Pág.: 320). (grifo nosso)

Neste caso, foi aplicada a teoria da imprevisão tomando como hipótese Caso Fortuito e Força Maior o que permite a exclusão do dever de reparar, pelo reconhecimento legal e da própria empresa da impossibilidade por motivos imprevisíveis de cumprir o horário estabelecido.

As doutrinas e jurisprudências de exclusões de responsabilidade civil por Caso Fortuito e Força maior são expressões claras da ação da justiça em favor do consumidor desde que seja constatado que o mesmo age de boa fé e se encontra realmente prejudicado por ações praticadas ou por omissão das companhias aéreas.

VOTO. Viagem aérea com atraso por má condição climática. A ré alega caso fortuito. Sentença de procedência, entendendo que as intempéries fazem parte do risco da atividade da ré, não afastando a sua responsabilidade. Foi dada assistên-

cia ao passageiro. Provimento do recurso da ré com a exclusão do dano moral. Sem honorários por se tratar de recurso com êxito. Relatório: Ajuizou o autor ação narrando: que comprou passagem aérea para Brasília com previsão de saída às 06h38 e chegada às 08h28; que por conta do mau tempo o avião só pôde pousar às 14hs. Requer a compensação do dano moral. Sentença que julgou procedente o pedido para condenar a ré a pagar a autora R\$ 5.000,00 pelo dano moral. Entendeu o Juízo prolator da sentença: que condições climáticas desfavoráveis, apesar de inevitáveis e imprevisíveis, estão relacionadas com a atividade da ré, não afastando a sua responsabilidade; que a ré não apresentou qualquer excludente de responsabilidade, estando configurada a falha na prestação do serviço. Recurso inominado da ré sustentando que não teve autorização para pousar, não podendo ser culpada pelo atraso, a que não deu causa. No mérito, requer seja julgado improcedente o pedido de dano moral ou, caso outro entendimento, que seja reduzido o valor do dano moral. É o relatório. Passo a votar. Entendo, no que se refere ao recurso do réu, que esse merece ser acolhido, reconhecendo a inexistência de dano moral. **Isso porque, espera-se da fornecedora do serviço, além da prestação do serviço de transporte de passageiros com segurança, mas sim, que, uma vez constatados problemas em virtude de força maior, que o prestador do serviço garanta a seus consumidores ao máximo a prestação do serviço com qualidade, brevidade e conforto. Apesar de**

ser a responsabilidade do prestador de serviço ser objetiva, como salienta a doutrina, “não se pode desprezar o caso fortuito e a força maior como causas excludentes da responsabilidade” (v. RUI STOCO in “Tratado de Responsabilidade Civil”; Ed. RT; 5ª Ed.; p. 210). **O que se configurou no caso em tela foi um problema climático, de força maior, que exclui a responsabilidade, por quebrar a relação causal entre o comportamento e o dano.** Importante notar que o dever de indenizar das empresas aéreas, em casos semelhantes ao em julgamento, tem dois focos distintos: um dano material decorrente do mero atraso do voo e outro de natureza extrapatrimonial, consistente no descumprimento de dever de assistência devida ao consumidor pelo atraso, mudança da malha aeroviária ou cancelamento de voo. Apesar do mencionado **atraso ter causa justificada, qual seja, problema climático e não ensejar o dever de reparar da empresa de transporte aéreo; o dano moral encontraria lastro em ato posterior, ou seja, no descaso que a indigitada empresa tivesse com os seus clientes, após a ocorrência do evento. No caso em tela, vê-se que o consumidor não ficou desassistido, sem hotel ou sem refeição, uma vez que permaneceu em trânsito, dentro do avião.** PELO EXPOSTO, voto pelo provimento do recurso para reformar a sentença, julgando improcedente o pedido de indenização por dano moral. Sem honorários, por se tratar de recurso com êxito. Rio de Janeiro, 18 de fevereiro de 2011. (TJ-RJ - RI: 03185874320108190001 RJ

0318587- 43.2010.8.19.0001, Relator: LIVINGS-
TONE DOS SANTOS SILVA FILHO, Quarta
Turma Recursal, Data de Publicação: 22/03/2011
17:45). (grifo nosso)

Na ocorrência de Caso Fortuito ou Força Maior cabe às companhias aéreas o dever de prestar assistência aos passageiros proporcionando alojamento em hotel e refeição, quando se fizer necessário, isso contribui para que havendo processo indenizatório a empresa possa comprovar que não se exime de sua responsabilidade civil em relação aos seus consumidores.

4. Considerações finais

O Direito Aeronáutico, muito embora tenha arcabouço jurídico próprio em virtude das peculiaridades dessa modalidade de transporte, deve ser eficiente e veloz sem abrir mão da segurança, pois envolve questões de ordem privada, mas é norteadado pelo interesse público. Este é um ramo do Direito desconhecido não só pelo usuário em geral, mas por robusta parcela dos operadores do Direito que, muito provavelmente, buscando soluções imediatistas, não se dedicam a um estudo aprofundado das normas existentes.

Por outro lado, mesmo dentre o seletto grupo dos conhecedores do Direito Aeronáutico, muitos são aqueles que reputam maior importância às normas consumeristas, que do ponto de vista temporal são mais recentes, do que às normas estabelecidas no Código Brasileiro de Aeronáutica e as Convenções Internacionais que tratam do assunto.

Assim, embora o Brasil tenha ratificado o Tratado de Varsóvia que foi, posteriormente, modernizado pelo Tratado de Montreal, o país também necessita manter o respeito à Constituição e a outras leis infraconstitucionais, como é o caso da Lei n. 8.078/80 que estabelece o Código de Defesa do Consumidor e que também é usada como fundamento nas decisões relativas a caso fortuito e força maior, quando usuários requerem direitos judiciais.

A responsabilidade civil em sede das companhias aérea e demais empresas relacionadas à aviação civil, tem importância ímpar em um mundo cada dia mais globalizado, onde o fluxo de capitais gira literalmente nas asas das aeronaves que diuturnamente cortam os céus em todos os cantos do mundo.

Há necessidade de uniformizar as decisões judiciais, bem como respeitar os tratados e convenções nos quais o Brasil é signatário, venerando evidentemente a soberania de cada Estado e aumentando o conforto e a segurança do usuário, que independentemente do país onde esteja, saberá que seus direitos serão reconhecidos caso experimente algum dano.

Desta forma, conclui-se que o reconhecimento da responsabilidade civil de que se reveste o transporte aéreo nacional de passageiros necessita de obediência às determinações legais a fim de resguardar os direitos dos usuários.

Referências

ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza; ALVIM, Eduardo Arruda e MARTINS, James. Responsabilidade da Empresa pelo Fato do Produto. São Paulo, Ed. RT, 1993. 194p.

ARAÚJO, Álvaro Bauzá. Tratado de derecho aeronáutico. Montevideo: Ed. Amalio M. Fernandez, 1976. t.1. p.29.

ALVES, Jones Figueirêdo. Novo Código Civil comentado, coord. de Ricardo Fiuza. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 372-373.

ARAÚJO, Luis Ivani Amorim de. Curso de direito aeronáutico, Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.12.

ARRUDA ALVIM, Thereza. ALVIM, Eduardo Arruda. e James Marins, Código do Consumidor comentado, p. 16. No mesmo sentido Cláudia Lima Marques, contratos no Código de Defesa do Consumidor, p. 90, e et seq.

BUSTI. Silvo. Contratto di trasporto aéreo. In: Antonio Cicu e Antonio Messineo (Dir). Trattato di diritto civile e commerciale. Milano: Giuffrè, 2001. T.3. p.612.

CARVALHO. Luís Pinto de. O Código do Consumidor e o Direito Aeronáutico. In RT 673/48.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 212.

CARNEIRO, Maria Francisca. Direito & lógica. Curitiba: Juruá, 2002. p.80.

COMENALE PINTO, Michel. Riflessioni sulla nuova Convenzione di Montreal del 1999 sul trasporto aéreo. *Diritto Marittimo*. Genova, fasc. 3, p. 798-830, 2000.

COSENTINO, Eduardo T. Régimen jurídico del transportador aéreo. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986. p. 102-104).

DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 11^a ed. rev., atualizada de acordo com o código civil de 2002 e aumentada por Rui Bedford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 935/943

GONÇALVES. Carlos Roberto. Responsabilidade civil. 2012, p. 217.

GORDILLO. Augustin A. Introducción al Derecho Administrativo. Buenos Aires, FDA, 2000. p. 176.

HAMILTON, Scott J. Practical aviation law. 2. ed. Iowa: University Press-AMES, 1996. p. 113-114.

LISBÔA DE ANDRADE, Alessandra Arrojado. Convenção de Montreal: derradeira esperança para o transporte internacional. *Revista Brasileira de Direito Aeroespacial*, (RBDA), Rio de Janeiro, 1999.

MAPELLI, Enrique. Consideraciones jurídicas sobre el convenio de Montreal de 1999. *Revista Brasileira de Direitos Aeroespaciais* (RBDA), Rio de Janeiro, nº 84, p. 22-25, dez. 2001.

MANKIEWICZ H., René. Le Protocole de Guatemala du 8 mars 1971, portant modifications de la Convention de Varsovie. *Revue Française de Droit Aérien et Spatial (RFDA)*, Paris, v. 26, p. 15-27, 1972; Walter Schwenk Schwenk, Werner Niester e Dieter Stukenberg, *Handbuch des Luftverkehrsrechts*, cit., p. 676-678.

MARQUES. Cláudia Lima. A responsabilidade do transportador aéreo pelo fato do serviço e o Código de Defesa do Consumidor. 1992 p.156.

MARTINS, James. Responsabilidade da Empresa pelo Fato do Produto. São Paulo, Ed.RT, 1993. 194p.

MASTRANDREA, Gerardo. L'obbligo di protezione nel trasporto aereo di persone. Padova: cedam, 1994.

MILDE, Michel. Liability in international carriage by air: the new Montreal Convention (28 May 1999), p. 835-861.

MIRANDA, Pontes. Tratado de direito privado, v.45, §4.852, n.2, 2012. p.8.

MONTEIRO. Washington de Barros. Curso de direito civil. 27. ed. São Paulo, 1988. v. 1. p. 15.

NERY JÚNIOR, Nelson. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto. São Paulo: Forense Universitária. 2006, p. 274.

MARTINS-COSTA. Judith. O direito privado como um “sistema em construção”- as cláusulas gerais

no Projeto de Código Civil brasileiro, RT, 753/40-41, jul. 1998.

RIZZARDO, Arnaldo. Responsabilidade Civil. Ed. Forense. 4º ed. p. 486/487.

ROMANELLI, Gustavo. La limitazione nella giurisprudenza costituzionale. In: IL LIMITE RISARCITORIO NELL'ORDINAMENTO DEI TRASPORTI- PROFILI SISTEMATICI E PROBLEMATICHE ATTUALI, 2-3 apr. 1993, Modena. Anais... Milano: Giuffré, 1994. p.27-47.

ROMANELLI, Gustavo. Il Trasporto aéreo di persone. Padova: Cedam, 1966.

SANTOS, Rute Cardoso dos. A responsabilidade civil das companhias de transporte aéreo, como prestadoras de serviços sujeitas ao código de defesa do consumidor. (2013). Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=10764. Acesso em: 10.06.2015.

SCHWENK, W; NIESTER, W; STUKENBERG, D. Handbuch des Lufverkehrsrechts. 2. Ed. Ver. e ampl. Berlin: Carl Heymanns Verlag, 1996. p. 672-676.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso de direito civil. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954. vol. III, Dos contratos em geral, p. 67.

VALLE, Enrico Paulo. Comentários ao novo Código Brasileiro do Ar. Rio de Janeiro: Forense, 1973. p. 9-11.

ESCALADA, Federico Videla. Manual de Derecho Aeronáutico, 1976, p.11.

ESCALADA, Federico Videla. Manual de derecho aeronáutico. 2. ed. atual. Buenos Aires: Zavalia, 1996.

**JURISPRUDÊNCIA
EM DESTAQUE**

RE 574.706/PR: EXCLUSÃO DO ICMS DAS BASES DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES AO PIS/PASEP E DA COFINS

Smith Barreni

Advogado. Mestre em Direito do Estado (concentração em Direito Tributário) pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET. Professor de Direito Tributário nos cursos de graduação e pós graduação do UNICURITIBA e da Escola da Magistratura do Paraná (EMAP).

Sobre a “jurisprudência em destaque”, optamos por comentar um recentíssimo julgado do Supremo Tribunal Federal, que, ao menos até a conclusão deste breve texto, não teve seu acórdão publicado. Falamos, aqui, do RE 574.706/PR, de relatoria da ministra Cármen Lúcia, que tratou do tema relativo à exclusão do ICMS das bases de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP, bem como da COFINS.

Em 16 de maio de 2008, foi publicada a ementa da decisão que reconheceu a existência de repercussão geral da matéria em referência:

Ementa: Reconhecida a repercussão geral da questão constitucional relativa à inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS e da contribuição ao PIS. Pendência de julgamento no Plenário do Supremo Tribunal Federal do Recurso Extraordinário n. 240.785.

Decisão: O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. Não se manifestaram os Ministros Gilmar Mendes e Ellen Gracie. Ministra CÁRMEN LÚCIA Relatora.

Esta decisão deu origem ao tema n. 69 do banco de teses de repercussão geral, que conta com o seguinte enunciado: *“Inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS”*.

Muitos anos depois – mais especificamente em 15 de março de 2017 – o plenário do Supremo Tribunal Federal proferiu decisão – sob o rito da repercussão geral – a respeito do tema. Eis a conclusão a que se chegou, por maioria de votos:

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da

Cofins”. Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017.

Nestes comentários ao resultado do julgamento proferido no RE 574.706/PR, trataremos, de forma bastante objetiva, a respeito dos seguintes temas: *a)* histórico legislativo relacionado ao PIS/PASEP à COFINS, com a identificação e análise dos dispositivos que tratam das bases de cálculo destas contribuições; e *b)* o conceito de “faturamento” e de “receita”, grandezas econômicas levadas em conta para fins de apuração das contribuições ao PIS/PASEP e da COFINS, levando-se em conta, especificamente, os fundamentos da tese vencedora (=do contribuinte).

Registramos, ainda, que, muito embora a decisão proferida pelo STF no RE 574.706/PR diga respeito ao ICMS, seus fundamentos poderão servir de base para outras decisões a respeito de teses semelhantes, como no caso da discussão que envolve a exclusão do ISS da base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e da COFINS, bem como a relativa à exclusão do ICMS e do ISS da base de cálculo da contribuição previdenciária incidente sobre o faturamento das empresas. Nestes casos, espera-se que STF acolha a tese dos contribuintes, tendo em vista a semelhança dos argumentos que tratam do conceito constitucional de faturamento e de receita, bem como do sentido e alcance do princípio da capacidade contributiva no que diz respeito às bases de cálculo do PIS/PASEP e da COFINS.

1. Breve histórico legislativo relativo às bases de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e da COFINS

A tributação por meio da contribuição ao PIS/PASEP e da COFINS é regida, desde 1999, pela Lei n. 9.718/1998, que prevê, em seus arts. 2º e 3º, o seguinte:

Art. 2º As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei.

Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica. (redação anterior à Lei n. 12.973/2014)

O §1º, do art. 3º, da Lei n. 9.718/1998, por sua vez, previa que: *“Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas”*.

Este dispositivo, todavia, foi revogado pela Lei n. 11.941/2009, especialmente após a declaração, pelo Supremo Tribunal Federal, da inconstitucionalidade do referido §1º, quando do julgamento do RE 346.084-6/PR.

Em janeiro de 2003, passou a vigorar a Lei n. 10.637/2002, que trata do regime não-cumulativo da contribuição para o PIS/PASEP. E seu art. 1º, §§1º e 2º, prevê, de modo muito semelhante ao já revogado §1º, do art. 3º, da Lei n. 9.718/1998, a inclusão de todas as receitas auferidas

pela pessoa jurídica na base de cálculo das contribuições em referência. Vejamos:

Art. 1º A contribuição para o PIS/Pasep tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil. (destacamos)

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo, o total das receitas compreende a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica. (destacamos)

§ 2º A base de cálculo da contribuição para o PIS/Pasep é o valor do faturamento, conforme definido no caput.

Em seguida, passou a vigorar a Lei 10.833/2003, que, por sua vez, instituiu o regime não-cumulativo da COFINS. E no mesmo sentido do já revogado §1º, do art. 3º, da Lei n. 9.718/1998, bem como do art. 1º, §§1º e 2º, da Lei n. 10.637/2002, antes mencionado, foi determinada a inclusão, na base de cálculo da COFINS, de todas as receitas auferidas pela pessoa jurídica, conforme se pode observar da leitura do art. 1º, §§1º e 2º, da Lei n. 10.833/2003:

Art. 1º A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, com a incidência não-cumulativa, tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das

receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil. (destacamos)

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo, o total das receitas compreende a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica. (destacamos)

§ 2º A base de cálculo da contribuição é o valor do faturamento, conforme definido no caput.

A Lei n. 12.973/2014, por sua vez, modificou, por intermédio de seu art. 2º, a redação do art. 12 do Decreto-lei n. 1.598/1977, consignando, expressamente, que se incluem na receita bruta os tributos sobre ela incidentes. Confira-se: *“Art. 12. A receita bruta compreende: (...) §5º. Na receita bruta incluem-se os tributos sobre ela incidentes e os valores decorrentes do ajuste a valor presente, de que trata o inciso VIII do caput do art, 183 da Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, das operações previstas no caput, observado o disposto no § 4º”*.

Cumpramos registrar, ainda, que a mesma Lei n. 12.973/2014, através de seu art. 52, alterou a redação do art. 3º, da Lei n. Lei 9.718/98, que trata justamente da base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e da COFINS. Eis a nova redação do referido art. 3º: *“O faturamento a que se refere o art. 2º compreende a receita bruta de que trata o art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977”*.

Como se pode observar, a legislação vigente prevê que as contribuições ao PIS/PASEP e a COFINS devem ser recolhidas levando-se em conta *todas as receitas auferidas pela pessoa jurídica*. E foi justamente este contexto que motivou a propositura da demanda que culminou com o acórdão objeto destas breves considerações: para os contribuintes, é possível extrair da Constituição, ainda que implicitamente, um conceito de “receita” e “faturamento” (=base de cálculo das contribuições em comento), que, ao contrário daquilo que prevê a legislação infraconstitucional, não coincide com a totalidade das receitas auferidas.

Mas afinal de contas, qual seria o conceito de faturamento? E o de receita? A delimitação destes conceitos é fundamental, pois somente a partir de sua identificação é que será possível sustentar, de modo seguro, quais seriam as parcelas que, de fato, podem compor a grandeza econômica sobre a qual incidirá as alíquotas do PIS/PASEP e da COFINS.

Vejamos, agora, os argumentos dos contribuintes, que, em última análise, foram acolhidos pela maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal.

2. O conceito de faturamento

A fonte de custeio da Seguridade Social afeta às bases de cálculo do PIS/PASEP e da COFINS está prevista no art. 195, I, da Constituição Federal, que, ainda em sua redação original, definia o seguinte:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - dos empregadores, incidente sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro. (destacamos)

Por intermédio da Emenda Constitucional n. 20/1998, restou alterada a redação do inciso I, do art. 195 da Constituição Federal, que passou a incluir, juntamente com o faturamento, a receita como grandeza econômica apta a sofrer a incidência das normas que tratam do PIS/PASEP e da COFINS. Confira-se:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

b) a receita ou o faturamento;

c) o lucro. (destacamos)

Ao preceituar que as contribuições sociais incidirão sobre o “faturamento” ou “receita” das pessoas jurídicas, a Constituição Federal não dispôs, expressamente, o significado dos referidos termos. Contudo, é possível extrair, ainda que implicitamente, o conceito constitucional de “faturamento” e “receita”, que correspondem à soma das receitas oriundas da venda de mercadorias e/ou das prestações de serviços.

Nesse sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal, mais especificamente quando do julgamento do RE 346.084/PR, oportunidade em que se reconheceu a inconstitucionalidade do §1º, do art. 3º, da Lei n. 9.718/1998:

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - PIS - RECEITA BRUTA - NOÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.718/98. A jurisprudência do Supremo, ante a redação do artigo 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita bruta e faturamento como sinônimas, jungindo-as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. É inconstitucional o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada²⁷³. (destacamos)

273 RE 346.084 – PR, Rel. p/ acórdão Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJ de 01/09/2006.

Infere-se que o conceito constitucional de “faturamento” coincide, portanto, com o conceito estabelecido pelo direito privado, que, por sua vez, está relacionado com o valor a ser *recebido* pelo comerciante, em virtude das vendas de mercadorias, ou, ainda, pelo prestador de serviço, como nos casos que envolvem a prestação de serviço submetido à incidência do ICMS.

Nesse sentido, vale a pena mencionar o disposto no art. 1º, da Lei 5.474/1968, conhecida como “Lei das Duplicatas”, e que tratou da vinculação comercial da fatura:

Art. 1º Em todo o contrato de compra e venda mercantil entre partes domiciliadas no território brasileiro, com prazo não inferior a 30 (trinta) dias, contado da data da entrega ou despacho das mercadorias, o vendedor extrairá a respectiva fatura para apresentação ao comprador.

§ 1º A fatura discriminará as mercadorias vendidas ou, quando convier ao vendedor, indicará somente os números e valores das notas parciais expedidas por ocasião das vendas, despachos ou entregas das mercadorias. (destacamos)

Assim, se “faturamento” está relacionado com os valores recebidos pelo comerciante, ou pelo prestador de serviços, não há espaço para a inclusão do ICMS nas bases de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e da COFINS, uma vez que tais valores não são recebidos pelo comerciante, ou pelo prestador de serviços, mas, sim, pelo Estado da Federação titular da capacidade tributária ativa para exigir o imposto do contribuinte.

A esse respeito, merecem destaque as lições de ROQUE ANTÔNIO CARRAZZA:

Faturamento não é simples “rótulo”. Tampouco, *venia concessa*, é uma “caixa vazia”, dentro da qual o legislador, o intérprete ou o aplicador podem colocar o que bem lhes aprouver.

Pelo contrário, *faturamento*, no contexto do art. 195, I, da CF (que menciona este instituto próprio do direito comercial), tem uma acepção técnica precisa, da qual o direito tributário não pode afastar-se.

(...)

Muito bem, quando a Constituição, em matéria de contribuições sociais para a seguridade social, alude a *faturamento*, é preciso buscar no direito comercial (art. 187, I, da Lei 6.404/1976, que se encontrava em vigor quando da promulgação da Constituição Federal) este conceito. Depois, é certo que quando o texto constitucional alude, sem reservas ou restrições, a um instituto ou a um vocábulo jurídico, endossa o sentido próprio que possuem, na doutrina e na jurisprudência.

Ora, *faturamento*, para o direito comercial, para a doutrina e para a jurisprudência, nada mais é do que a expressão econômica de operações mercantis ou similares, realizadas, no caso em estudo, por empresas que, por imposição legal, sujeitam-se ao recolhimento do PIS e da COFINS.

O *faturamento* (que, etimologicamente, advém de *fatura*) corresponde, em última análise, ao *somatório* do valor das operações negociais realizadas

pelo contribuinte. *Faturar*, pois, é obter *receita bruta* proveniente da venda de mercadorias ou, em alguns casos, da prestação de serviços²⁷⁴.

E conclui o referido autor que:

Noutras palavras, *faturamento* é a contrapartida econômica, auferida, como riqueza própria, pelas empresas em razão do desempenho de suas atividades econômicas típicas. Conquanto nesta contrapartida possa existir um componente que corresponde ao ICMS devido, ele não integra nem adere ao conceito de que ora estamos cuidando²⁷⁵. (destacamos)

Cumpra destacar, ainda, a seguinte passagem voto proferido pelo ministro MARCO AURÉLIO no RE 240.785/MG, que reconhece a impossibilidade da inclusão do ICMS nas bases de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e da COFINS. Confira-se:

A base de cálculo da Cofins não pode extravasar, desse modo, sob o ângulo do faturamento, o valor do negócio, ou seja, a parcela percebida com a operação mercantil ou similar. O conceito de faturamento diz com riqueza própria, quantia que tem ingresso nos cofres de quem procede à venda de mercadorias ou à prestação dos serviços, implicando, por isso mesmo, o envolvimento de noções próprias ao que se entende como receita bruta.

274 CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.634-635.

275 CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.635.

Descabe assentar que os contribuintes da Cofins faturam, em si, o ICMS. O valor deste revela, isto sim, um desembolso a beneficiar a entidade de direito público que tem a competência para cobrá-lo.

(...)

Difícil é conceber a existência de tributo sem que se tenha uma vantagem, ainda que mediata, para o contribuinte, o que se dirá quanto a um ônus, como é o ônus fiscal atinente ao ICMS. O valor correspondente a este último não tem a natureza de faturamento. Não pode, então, servir à incidência da Cofins, pois não revela medida de riqueza apanhada pela expressão contida no preceito da alínea “b” do inciso I do artigo 195 da Constituição Federal. (destacamos)

Ainda em seu voto, o ministro MARCO AURÉLIO destaca a importância de se ter presente a advertência feita pelo ministro LUIZ GALLOTTI, quando do julgamento do RE 71.758: *“se a lei pudesse chamar de compra e venda o que não é compra, de exportação o que não é exportação, de renda o que não é renda, ruiria todo o sistema tributário inscrito na Constituição”*.

A verdade é que, caso não existisse um conceito constitucional de “faturamento”, os contribuintes estariam submetidos a um indesejável estado de insegurança jurídica, uma vez que ao legislador e à autoridade administrativa estariam “abertas as portas” para manipular as bases de cálculo do PIS/PASEP e da COFINS, atingindo, assim, o fluxo de caixa das empresas, e não os valores efetivamente

faturados pela sociedade empresária, conforme, inclusive, destacou o ministro MARCO AURÉLIO no já mencionado voto proferido no RE 240.785/MG:

Olvidar os parâmetros próprios ao instituto, que é o faturamento, implica manipulação geradora de insegurança e, mais do que isso, a duplicidade de ônus fiscal a um só título, a cobrança da contribuição sem ingresso efetivo de qualquer valor, a cobrança considerado, isso sim, um desembolso.

Por fim, cumpre destacar que o Supremo Tribunal Federal, antes mesmo da conclusão do julgamento do RE 240.785/MG, já havia reconhecido que não se pode entender como receita bruta (conceito que equivale ao de faturamento) parcela econômica que não é recebida pelo comerciante ou pelo prestador de serviços.

Fala-se, aqui, do RMS 14.503/SP, oportunidade em que o ministro LUIZ GALLOTTI, relator naquele feito, proferiu voto no sentido de afastar a incidência do Imposto de Indústrias e Profissões do Município de São Paulo sobre as parcelas correspondentes aos descontos para pagamentos à vista e ao Imposto de Consumo, por se entender que a receita bruta “...há de corresponder ao que a empresa recebe, jamais ao que ela não recebe”²⁷⁶.

Em suma: o contribuinte não “fatura” o ICMS. Pelo contrário, quando o particular aufere “faturamento”, em virtude do exercício de determinada atividade econômi-

276 RMS 14.503 – SP, Rel. Min. LUIZ GALLOTTI, Terceira Turma, DJ de 24/08/1966.

ca, incorre, concomitantemente, na obrigação de recolher, aos cofres do Estado competente, uma parcela desse valor, relativo ao ICMS.

3. O conceito de receita

Ainda que se leve em conta a incidência do PIS/PASEP e da COFINS sobre a “*receita ou faturamento*”, na forma como implementado pela Emenda Constitucional 20/1998, permanece a conclusão no sentido de que o ICMS não deve compor as bases de cálculo das contribuições sociais em questão.

Isso porque o conceito de “receita”, que permite sustentar o nascimento da obrigação tributária relativa ao PIS/PASEP e à COFINS, corresponde à soma dos valores auferidos em virtude das vendas de mercadorias e das prestações de serviços, não se incluindo neste montante o ICMS²⁷⁷.

277 Esse entendimento é corroborado por parte da doutrina. Confira-se: “*A necessidade de repercussão patrimonial também é ressaltada por Geraldo Ataliba e Cléber Giardino, quando ensinam que receita constitui acréscimo patrimonial que adere definitivamente ao patrimônio do alienante. A ele, portanto, não se podem considerar integradas importâncias que apenas ‘transitam’ em mãos do alienante, sem que, em verdade, lhes pertençam em caráter definitivo. Nessa mesma linha, aliás, tem se colocado praticamente toda a doutrina dedicada ao estudo do tema, considerando receita apenas ‘(...) a entrada que, sem quaisquer reservas, condições ou correspondência no passivo, se integra ao patrimônio da empresa, acrescentando-o, incrementando-o’ (AIRES F. BARRETO); ‘um plus jurídico (acrécimo de direito), de qualquer natureza e de qualquer origem, que se agrega ao patrimônio como um elemento positivo, e que não acarreta para o seu adquirente qualquer nova obrigação (RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA); o*

A esse respeito, vale a pena conferir a redação do art. 187, I, da Lei 6.404/1976: “*Art. 187. A demonstração do resultado do exercício discriminará: I - a receita bruta das vendas e serviços, as deduções das vendas, os abatimentos e os impostos*”. (destacamos)

Ao auferir receita em razão do exercício de uma atividade econômica, surge, para o particular, o ingresso de uma parcela relativa ao ICMS (em se tratando de comerciante, por exemplo), que, por sua vez, é destinada, por determinação legal, ao Estado da Federação titular da capacidade tributária ativa. Porém, uma coisa é auferir receita, e, com ela, cobrir custos e despesas; outra, completamente diferente, é ter parte da receita afetada legalmente pela tributação estadual (ICMS), tendo o contribuinte que supor-

‘incremento do patrimônio’ (ALIOMAR BALEEIRO); o ‘elemento positivo do acréscimo patrimonial’ (GISELE LEMKE); a ‘entrada de riqueza nova no patrimônio da pessoa jurídica’ (HUGO DE BRITO MACHADO e HUGO DE BRITO MACHADO SEGUNDO); as ‘quantias que a empresa recebe para si’ (HAMILTON DIAS DE SOUZA, LUIZ MÉLEGA e RUY BARBOSA NOGUEIRA); que ‘possam alterar o patrimônio líquido’ (JOSÉ EDUARDO SOARES DE MELO); a entrada ‘de cunho patrimonial’ (MARCO AURÉLIO GRECO); que ‘têm o condão de incrementar o patrimônio’ (ALEXANDRE BARROS CASTRO). Portanto, “ingresso” e “receita” são conceitos que não podem ser confundidos. Embora a “receita”, por vezes, não deixe de ser uma espécie de “ingresso” – que compreende genericamente qualquer quantia em dinheiro recebida pelo sujeito passivo do tributo -, nem todo o ingresso constitui receita. Esta pressupõe a ocorrência de um ato ou fato jurídico de alteração do patrimônio líquido ou uma entrada que se incorpora ao patrimônio daquele que a aufere, como elemento novo, ao passo que o ingresso reflete apenas um fluxo neutro de recursos financeiros”. (SEHN, Solon. COFINS Incidente sobre a Receita Bruta. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p.117-118 – destacamos)

tar a obrigação legal de efetuar o repasse do imposto aos cofres de determinado ente da Federação.

Ora, *o Estado tributante não é cliente do contribuinte*, para que a empresa aufera receita tributável pela via do PIS/PASEP e da COFINS. Disso se conclui que a Seguridade Social, financiada pelas contribuições sociais em referência, não pode, por determinação constitucional, ser custeada por outros valores que não aqueles decorrentes do faturamento ou da receita proveniente das atividades econômicas lícitas praticadas pelos particulares, e menos ainda por valores em que o contribuinte do PIS/PASEP e da COFINS figura na condição de devedor, como é o caso do ICMS.

Aliás, os precedentes do STJ, que tratam dos valores relativos às gorjetas, são perfeitamente aplicáveis, por analogia, à situação em exame.

De fato, conforme entendimento do STJ, as gorjetas, que são cobradas dos clientes nas contas dos restaurantes ou hotéis, são de titularidade dos funcionários, e não do estabelecimento comercial. E ainda que tais ingressos financeiros possam ser considerados, contábil e temporariamente, como receita da pessoa jurídica, não cabe falar na incidência das normas relativas ao PIS/PASEP e à COFINS.

A esse respeito, confira-se a ementa do AgRg no AgRg nos EDcl no REsp 1.339.476/PE, de relatoria do ministro HERMAN BENJAMIN:

TRIBUTÁRIO. GORJETA. NATUREZA SALARIAL. PIS. COFINS. IRPJ. CSLL. NÃO INCIDÊNCIA.

1. A gorjeta, compulsória ou inserida na nota de serviço, tem natureza salarial. Em consequência, há de ser incluída no cálculo de vantagens trabalhistas e deve sofrer a aplicação de, apenas, tributos e contribuições que incidem sobre o salário.
2. A exemplo do entendimento de que é ilegal a cobrança de ISS sobre os valores recebidos a título de gorjeta, é também ilegítima a exigência do recolhimento do PIS, IRPJ, CSLL e COFINS sobre a referida taxa de serviço.
3. Agravo Regimental não provido²⁷⁸.

No voto condutor proferido pelo ministro HERMAN BENJAMIN no referido AgRg no AgRg nos EDcl no REsp 1.339.476/PE, restou textualmente consignado que:

Na esteira do entendimento de ser ilegal a cobrança do ISS sobre os valores recebidos a título de gorjeta, conclui-se ser também ilegítima a exigência do recolhimento do PIS, Cofins, IRPJ e CSLL sobre a referida taxa de serviço, porquanto, assim como o ISS, os tributos questionados não podem ser cobrados sobre verba salarial, mas tão somente sobre o faturamento ou receita bruta da empresa, ou seja, sobre o resultado econômico da atividade empresarial, ou sobre o total das receitas auferidas.

278 AgRg no AgRg nos EDcl no REsp 1.339.476 – PE, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe 16/09/2013.

Como a gorjeta é repassada aos empregados, não pode ser conceituada como lucro, nem, portanto, ser incluída na base de cálculo para cobrança das exações em questão. (destacamos)

Se os valores relativos às gorjetas não podem ser incluídos na base de cálculo do PIS/PASEP e COFINS, porque são repassados aos empregados, da mesma forma não cabe admitir a inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições sociais em questão, uma vez que a parcela relativa a este imposto estadual é integralmente repassada aos cofres públicos, ou seja, ao Estado detentor da capacidade tributária ativa.

E nem se diga que o fato de o ICMS integrar sua própria base de cálculo, por força do art. 13, §1º, I, da Lei Complementar n. 87/1996, justificaria a inclusão deste imposto na base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e da COFINS, uma vez que *o simples fato de “integrar” o valor da operação não implica reconhecer que o ICMS consiste em faturamento da pessoa jurídica*. Muito pelo contrário: o valor relativo ao imposto estadual é “desembolsado” pelo contribuinte, e sua “integração” ao preço da mercadoria não passa de mera técnica de apuração do tributo estipulado pela legislação²⁷⁹.

279 Ademais, como bem ressalta RODRIGO CARAMORI PETRY: “...a conclusão desse raciocínio é equivocada, por confundir regimes jurídicos claramente distintos: i) do ICMS, que inclui o valor do imposto da venda (ICMS) em sua própria base, que é o preço da “operação/negócio”; e ii) o regime das contribuições Cofins e PIS/Pasep, que não pode incluir o valor do imposto da venda (ICMS) em sua base, sob pena de ultrapassar os concei-

4. O princípio da capacidade contributiva

A necessidade de observância ao princípio da capacidade contributiva também foi levada em conta pela maioria dos ministros do STF, quando do julgamento do RE 574.706/PR.

Mas em que consiste “capacidade contributiva”, no âmbito da tributação? E qual seria a relação deste princípio com a identificação das bases de cálculo do PIS/PASEP e da COFINS?

A resposta a esta pergunta deve partir de uma ideia muito elementar, que, por sua vez, está relacionada à própria existência do “Estado”, e da essencialidade dos recursos financeiros para a sua manutenção.

Tendo em vista que as receitas originárias (=aquelas decorrentes da exploração do próprio patrimônio da pessoa pública) são insuficientes para fazer frente às despesas públicas, é necessária a chamada dos particulares para colaborar com o financiamento destes gastos.

Deste modo, *todos* (pessoas físicas e jurídicas) são obrigados a destinar uma parcela de sua riqueza para o financiamento da *res publica*, em prol de um interesse maior, que é o bem-estar público. Destaque-se, ainda, que este dever é de solidariedade, o que significa dizer que to-

tos constitucionais de “faturamento” e “receita”, balizadores da incidência das contribuições em questão (“Faturamento”, “Receita” e “Meros Ingressos”: a “Exclusão” do ICMS e do IPI da Base de Cálculo das Contribuições Cofins e PIS/Pasep. Revista Dialética de Direito Tributário, 151, p.100).

dos, numa relação de cooperação e assistência recíprocas, sacrificam seus interesses individuais em prol da efetivação do interesse geral, sem receber, necessariamente, qualquer contraprestação direta por parte do Estado ou dos demais particulares.

Contudo, o Estado, no exercício da aptidão que lhe foi atribuída pela Constituição para impor ao particular o dever de levar dinheiro aos cofres públicos a título de tributo, não pode intervir de maneira arbitrária e desmedida no patrimônio do particular. Pelo contrário: em respeito ao princípio da capacidade contributiva, há que se levar em conta, para fins de tributação, fatos que revelem alguma manifestação de riqueza, e, além disso, a tributação não pode ultrapassar o “tamanho” da riqueza manifestada pelo particular.

Segundo FRANCESCO MOSCHETTI, “Capacidad contributiva ... es ... *aquella potencia económica que debe juzgarse idónea para concurrir a los gastos públicos, a la luz de las fundamentales exigencias económicas y sociales acogidas en nuestra Constitución*”²⁸⁰.

No caso das contribuições ao PIS/PASEP e da COFINS, o potencial econômico que revela a capacidade contributiva está relacionado com o *faturamento* ou *receita bruta*. E a “idoneidade” relacionada a esta manifestação

280 MOSCHETTI, Francesco. *El principio de capacidad contributiva*. Traducción: Juan M. Calero Gallego y Rafael Navas Vazquez. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1980 p.277.

de riqueza somente pode ser identificada nos casos em que a soma dos valores que compõem o faturamento, ou a receita, correspondam, de fato, a ingressos *definitivos* nos cofres dos particulares. Qualquer elemento econômico “estranho” àquilo que tenha o caráter de definitividade, será uma grandeza econômica inidônea no que concerne ao conceito de faturamento, ou receita, tornando a exigência, assim, inconstitucional.

Pode-se afirmar, portanto, que, de acordo com a capacidade contributiva, só se admite a tributação, por meio do PIS/PASEP e da COFINS, sobre o faturamento ou receita das empresas, e não sobre o “faturamento + ICMS”, ou, ainda, “receita + ICMS”.

Admitir a inclusão do imposto estadual nas bases de cálculo das contribuições sociais em referência implica, inexoravelmente, a tributação, por meio do PIS/PASEP e da COFINS, de parcela do patrimônio do contribuinte, em completa afronta ao princípio da capacidade contributiva, fato este que, conseqüentemente, acaba por vulnerar o direito de propriedade, positivado nos arts. 5º, XXII, e 170, II, ambos da Constituição Federal.

5. Considerações finais

Tratar do tema relativo à tributação, no Brasil, implica, inevitavelmente (e infelizmente), o enfrentamento dos abusos cometidos pelo legislador e/ou pela autoridade fazendária. E este fenômeno é histórico: se

no período colonial, por exemplo, os brasileiros eram submetidos à fúria arrecadatória da Coroa portuguesa, que buscava extrair até o último centavo daqueles que aqui viviam (basta lembrar do quinto do ouro, dos direitos de entrada, de passagem, da *derrama* – método de confisco de bens para o cumprimento de metas arrecadatórias etc.), hoje essa providência nociva à ideia de sustentabilidade tributária e violadora de direitos e garantias dos contribuintes acaba sendo praticada pelo próprio Estado brasileiro – aquele que deveria ser o primeiro a tutelar direitos, e não violá-los.

E como se não bastasse, as teses fazendárias não têm se restringido aos aspectos jurídicos. Pelo contrário: *argumentos econômicos consequencialistas* têm, em muitos casos, sido postos em primeiro plano quando se trata de defender o erário. E o julgado objeto destes breves comentários é um claro exemplo disso, em que a suposta perda arrecadatória de 20 bilhões/ano, e a saída de mais de 100 bilhões dos cofres públicos, para fins de restituição do indébito, foram objeto de especial destaque pela Procuradoria da Fazenda Nacional (e inclusive por alguns dos ministros que acataram a tese da União).

E o contribuinte? Aquele que teve que desembolsar, de modo indevido, 20 bilhões por ano? Aquele de quem se cobrou, no último quinquênio, mais de 100 bilhões de reais, de modo completamente abusivo? Como fica diante deste cenário?

Ao particular parece restar um único caminho: confiar que o STF, guardião da Constituição, não permita a prevalência de um ambiente marcado por violações aos direitos de liberdade e propriedade, decorrentes de uma insaciável sede arrecadatória do Estado.

E sejamos otimistas. O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE 574.706/PR – mais precisamente o ministro CELSO DE MELLO – deixou muito claro que “...a Constituição não pode submeter-se à vontade dos poderes constituídos nem ao império dos fatos e das circunstâncias. A supremacia de que ela se reveste – enquanto for respeitada – constituirá a garantia mais efetiva de que os direitos e as liberdades jamais serão ofendidos. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe a tarefa, magna e eminente, de velar por que essa realidade não seja desfigurada²⁸¹”.

De fato, é do judiciário o papel de “...velar pela integridade dos direitos fundamentais de todas as pessoas, o de repelir condutas governamentais abusivas, o de conferir prevalência à essencial dignidade da pessoa humana e o de neutralizar qualquer ensaio de opressão estatal”²⁸².

E para finalizar, vale a pena citar, mais uma vez, o ministro CELSO DE MELLO: “Nada compensa a ruptura da ordem constitucional, porque nada recompõe os

281 Voto proferido pelo Ministro Celso de Mello no RE 574.706/PR.

282 Voto proferido pelo Ministro Celso de Mello no RE 574.706/PR.

gravíssimos efeitos que derivam do gesto de infidelidade ao texto da Lei Fundamental”²⁸³.

283 Voto proferido pelo Ministro Celso de Mello no RE 574.706/PR.

Dean Fabio Bueno de Almeida
Eduardo Cambi
Fernanda Schaefer Rivabem
José Affonso Dallegrave Neto
Luciana de Campos Cheres
Maria Helena Blasius Cwiertnia
Matheus Gomes Camacho
Raphael Guilherme Faria
Ricardo Antonio Berbetz
Roy Reis Friede
Smith Barreni
Waldyr Grisard Filho