



UNIFEOB
Centro Universitário da Fundação de Ensino Octávio Bastos
CURSO DE DIREITO

PROJETO INTEGRADO
PARECER JURÍDICO

São João da Boa Vista
2020



UNIFEOB
Centro Universitário da Fundação de Ensino Octávio Bastos
CURSO DE DIREITO

PROJETO INTEGRADO
PARECER JURÍDICO

3º Módulo — Turma A — Período Noturno

Professores

Direito Civil: Profa. Ms. Ildelisa Cabral

Processo Civil: Profa. Ms. Rosana Ribeiro da Silva

Direito Penal: Prof. Ms. Juliano Vieira Zappia e Prof. Ms. Cyro G. Nogueira Sanseverino

Direito do Consumidor: Profa. Ms. Juliana Marques Borsari

Direito Constitucional: Prof. Rafael Bragagnole Cambaúva

Elaborador do texto: Prof. Rafael Bragagnole Cambaúva

Estudantes

Marcela Sabrina Cruz Roberto, RA 19001061

Maria Clara Rodrigues, RA 19000681

Vitória Mansano de Lima, RA 19000285

PROJETO INTEGRADO 2020.1

3º Módulo - Direito

DESCRIÇÃO DA ATIVIDADE

Os alunos, em trios (mantidas as formações do bimestre anterior), devem elaborar um Parecer Jurídico Interdisciplinar (cujos modelos, à sua escolha, estão à disposição no *Google Classroom*) que aborde todas as unidades de estudo do módulo a partir do caso hipotético apresentado abaixo.

OBJETIVOS

Auxiliar o aluno a preparar-se para que ele seja:

- competente do ponto de vista técnico, político e ético, plenamente cômico de sua responsabilidade na tomada de decisões;
- preparado para problematizar o processo de trabalho no campo do Direito, explorando suas contradições em favor das demandas legítimas da sociedade brasileira;
- capaz de analisar, interpretar e aplicar os conhecimentos adquiridos no curso, buscando novas respostas aos problemas apresentados, exercitando sua autonomia técnico-intelectual;
- comprometido com a formação permanente, com o diálogo e com a convivência guiada pela ética da solidariedade, preocupado com os problemas de seu tempo e de seu espaço;
- apto a constituir-se referência de qualidade nos serviços por ele prestados, individual, associada ou coletivamente, ensinando e desenvolvendo a cidadania pelo exemplo ativo e atuante;

- competente para identificar necessidades individuais e coletivas, interferindo na alteração do perfil social, econômico e político do país, desenvolvendo formas judiciais e extrajudiciais de prevenção e solução de conflitos;
- dotado de sólida formação humanística, técnica e prática, compreendendo a complexidade do fenômeno jurídico e as transformações sociais, bem como a gênese, fundamentos, evolução e conteúdo do ordenamento jurídico vigente.

INSTRUÇÕES

- O Parecer Jurídico será elaborado tendo como base o caso hipotético anexo, em que deverão ser respondidos questionamentos formulados no formato de consulta.
- Não haverá orientação **específica** dos docentes para a solução dos questionamentos formulados, todavia, eles **deverão abordar os conteúdos, ainda que superficialmente, em suas aulas**. Espera-se que os estudantes busquem as informações necessárias e complementares em todos os meios disponíveis (material de aula, biblioteca, *sites* jurídicos, entrevistas com profissionais da área, pesquisa de campo, etc), uma vez que o caso não é fácil e a solução não é óbvia.
- Cada grupo deverá entregar um único Parecer Jurídico em formato digital (**arquivo.pdf**), enviando o arquivo na pasta do *Google Classroom* dedicada à sua entrega.
- **Prazo de entrega: 09/06/2020**
- O padrão de resposta esperado será divulgado no dia 10/06/2020

PONTUAÇÃO:

O valor máximo a ser acrescido na nota P2 de cada um dos professores das unidades presenciais do módulo será o de dois pontos. O valor a ser atribuído será o resultado da média obtida pela soma das notas individuais dos professores, dividida por cinco, admitindo-se apenas um

décimo após a vírgula e sem aproximação. As notas dos professores serão atribuídas da seguinte forma:

- 0,0 (zero), caso não seja entregue o parecer no prazo
- 0,5 (meio), caso o parecer seja considerado ruim
- 1,0 (um) caso o parecer seja considerado regular
- 1,5 (um e meio) caso o parecer seja considerado bom
- 2,0 (dois), nota destinada apenas aos pareceres passíveis de publicação oficial, na opinião do professor.

CASO HIPOTÉTICO

[continuação]

Em face do exposto, conclui-se que o estacionamento de veículos é civilmente responsável pelos danos sofridos pela passageira em referência, devendo indenizá-los.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Machadinho ouviu atentamente a leitura do extenso documento feita pelo pai, tentando absorver todas as informações, com o que não tinha muita familiaridade.

— O que é esse documento, pai? Não foi feito por um juiz, e eu não tive chance de me defender antes. Não vale nada isso.

— Não, filho. Isso é um parecer, uma opinião fundamentada de um profissional. Quem fez foi o doutor Cerquilho, um advogado experiente aqui da cidade. Conte pra ele todo esse rolo do carro, e ele me entregou isso. É a visão dele.

— Certo, então segundo esse advogado experiente, minha empresa tem que pagar tudo pra fulana que se arreventou no acidente?

— Sim, ele disse que o estacionamento é responsável.

— Então é certeza que, se ela me processar, eu vou perder?

— Não tô falando isso. O juiz não é obrigado a aceitar a opinião.

— Ah, deixa isso pra lá, então. Ela que procure os seus direitos!

— Não é bem assim, filho. A opinião dele está muito bem fundamentada, as chances de vocês perderem são grandes. E não preciso falar dos problemas que estou tendo aqui no jornal com esse negócio de Justiça...

— Não vejo a vantagem de pagar isso agora se a empresa vai ter que arcar com esse gasto de qualquer jeito.

— Machadinho, se o juiz mandar vocês pagarem, a conta não vai ficar só nisso. Vocês vão pagar a despesa médica, dano moral, juros, correção monetária, custas de processo, honorários de advogado, e por aí vai. Tô te dizendo, melhor resolver isso antes...

— Eu não concordo. O carro estava perfeito. Ela que se resolva com a motorista, e não com a gente.

— Segundo o doutor Cerquilho, o grande problema foram os sistemas de segurança do carro não estarem em pleno funcionamento.

— Não estavam mesmo, desde quando peguei o carro com você!

— Certo, mas quando você pegou o carro, tinha a luzinha acesa no painel, você tirou o cabo pra apagar, e não falou disso na hora da venda.

— Tá bom! Já entendi, não precisamos conversar disso mais. Me empresta esse parecer, que eu vou falar com o Elias. Temos que conversar só ele e eu pra gente ver o que faz.

A cabeça do rapaz estava latejando, tamanho o problema que estava prestes a enfrentar. Em casa, ele leu mais uma vez o parecer do advogado para captar todos os detalhes. De acordo com o doutor Cerquilho, ainda que os empresários não pudessem responder

criminalmente pelas lesões, teriam que arcar com os custos do tratamento médico de Cecília, um duro golpe nas finanças da empresa. O advogado também afirmou que não poderiam ter sido retiradas as rodas do veículo, pois são partes integrantes do carro, e não meros acessórios, e, assim, é possível que a empresa também fosse obrigada a devolver os quatro mil reais adicionais pagos pela cliente Luana.

Machadinho sabia que havia cometido uma série de erros na venda do carro do pai, a começar pela fixação do preço do automóvel, que não deixou margens para qualquer lucro do estacionamento. Além disso, poderia ter levado o veículo para reparo do *airbag*, problema que, talvez, fosse mais simples de resolver que pudesse supor. Na verdade, uma pressa desnecessária levou à tomada de decisões irrefletidas. Cuidados adicionais pediriam um pouco mais de tempo, mas também poupariam um bom dinheiro.

Enquanto isso, Luana, presa em flagrante pela prática do crime de lesões corporais, estava, aos prantos, numa sala abafada para dar seu depoimento. Sentada na cadeira de estilo secretária, olhava para as mãos, bem hidratadas e ainda com esmaltes em boas condições, agora algemadas, quando percebeu a abertura da porta por onde surgiu o Delegado de Polícia.

— Senhora Luana: estamos concluindo as investigações do evento que vitimou a senhora Cecília. Embora não seja obrigada a responder minhas perguntas, gostaria de conhecer a versão da senhora.

— Eu quero falar sim.

— Pois bem. Estou ouvindo.

— Doutor Delegado, eu comprei o carro no dia do acidente. Ou melhor, comprei no dia anterior, mas só busquei no dia do acidente. Meu antigo carro foi roubado, o seguro me pagou, e eu precisava de outro. Comprei esse Corolla cinza, que estava anunciado num site. Como o estacionamento tinha boas avaliações, e a documentação do carro estava

em dia, não me preocupei, e fechei negócio por telefone mesmo. No outro dia, quando eu fui buscar o carro, o funcionário do estacionamento disse que não vinha com as rodas, mas que eles tinham pra vender. Acabei comprando as rodas, veja que absurdo! Aí foram instalar no carro. Nisso demorou muito, muito mesmo, até a gente poder sair de lá. Eu e a Ciça estávamos atrasadas para um compromisso. A gente pensava que era só chegar lá e tirar o carro, mas deu todo esse problema, e a gente se atrasou. Depois saí de lá com o carro, fui para a pista, indo pra Pouso Alegre, e perdi o controle.

— A senhora estava correndo?

— Não, eu estava numa velocidade normal.

— Mas disse que estava com pressa.

— Sim, eu estava com pressa, mas não saí correndo como uma louca na estrada.

— Senhora Luana, a perícia apontou que o carro estava a mais de cento e trinta quilômetros por hora. Nenhuma rodovia no Brasil permite trafegar nessa velocidade.

— Veja, era um carro bom, muito estável. Eu sei que estava acima da velocidade da pista, mas eu me sentia bastante segura, confiante de que isso não aconteceria.

— Mas aconteceu...

— Infelizmente, e eu lamento muito, principalmente pela Ciça. Se o *airbag* estivesse funcionando, nada disso teria acontecido.

— Enfim... a mim cabe apenas fazer essas perguntas. A senhora gostaria de dizer mais alguma coisa?

— Eu quero saber porque estou presa.

— A senhora está presa por lesão corporal, tendo como vítima a senhora Cecília. O juiz analisou o flagrante dos policiais, e converteu a prisão em preventiva.

— Mas eu não queria nada disso. Foi um acidente.

— A senhora assumiu o risco de produzir esse resultado. Justifique-se para o juiz, e não para mim.

Inconformada e com forte anseio para argumentar, tentou completar o raciocínio, mas sentiu que sua oitiva já havia sido encerrada. A mulher baixou a cabeça e, seguida por um policial, voltou para a cela da Delegacia, onde aguardou seu transporte de volta para o CDP - Centro de Detenção Provisória. Luana sabia da gravidade do acontecimento, mas se sentia profundamente injustiçada. Jamais desejou causar qualquer mal a Cecília, uma colega de trabalho com quem sempre manteve bom relacionamento.

Não levou muito tempo até a Justiça decretar a liberdade provisória de Luana. Contrariando o entendimento do juiz que analisou o flagrante, um Desembargador do Tribunal determinou, liminarmente, que ela fosse solta, considerando suficiente a providência de apreender sua habilitação no curso da instrução processual.

Em liberdade, Luana poderia cuidar melhor dos seus interesses. E dos interesses da colega de trabalho também.

— Alô. É do estacionamento de veículos?

— Sim, quem está falando?

— Uma cliente de vocês. Poderia falar com o proprietário?

— Só um instante — disse o funcionário, que passou o telefone para Elias na sequência.

— Pronto.

— Boa tarde. O senhor é o proprietário?

— Sim, sou eu mesmo.

— Meu nome é Luana. Eu comprei um Corolla cinza com vocês não faz muitos dias.

Elias imediatamente soube com que cliente estava falando.

— Sim, me recordo desse carro.

— Enfim, não sei se vocês sabem, mas eu sofri um acidente com ele, e minha colega, que também estava no carro, machucou bastante, muito mesmo.

— Lamento muito senhora.

— Eu queria saber o que vocês podem fazer pra ajudar.

— Ajudar a senhora com o quê? Precisa comprar outro carro?

— Não, eu não quero outro carro. Eu quero saber o que vocês podem fazer para ajudar a minha colega que se machucou. Ela ficou assim porque o *airbag* não abriu.

— Senhora, com todo o respeito, essa responsabilidade não é nossa. Pelo que está dizendo, foi a senhora quem provocou o acidente.

— Mas o carro não tinha a segurança que deveria. Já te disse que o *airbag* não abriu.

— Bem, lembro que é um carro relativamente novo, possivelmente ainda na garantia. Poderia ver com a montadora...

Elias mal havia desligado o telefone quando o sócio chegou segurando uma pasta embaixo do braço.

— Estamos com um problema — disse Machadinho.

— Só um? — insinuou Elias.

— Na verdade, *mais* um problema.

— E que problema é esse?

— A moça do acidente.

— Entendi. Acabou de ligar essa mulher aqui. Falou de problema com *airbag*, e que por isso a colega se machucou. Passei o problema pra frente. Mandei ela conversar com a montadora. Isso não é coisa nossa.

— Talvez seja...

— Como assim, talvez?! Que culpa nós temos? Eu vi no jornal que ela pegou o carro e rodou na pista, correndo. A culpa é toda dela.

— Meu pai conversou com um advogado. Ele acha que nós também temos responsabilidade.

— Ah, então agora nós somos responsáveis pelos acidentes causados pelos carros que nós vendemos. Deve ser um ótimo advogado!

— Não é isso. O problema é o *airbag*.

— Meu caro, deixa eu desenhar pra ver se consigo ser claro: esse carro era do *teu* pai; *você* trouxe o carro pra cá; *você* vendeu o carro; *você* não colocou o preço certo; *você* teve a ideia brilhante de desligar o *airbag*. Eu não quero nem saber. Nossa empresa não vai sofrer essas consequências, está me entendendo?!

— Bem, mas o que aparece lá é o CNPJ da empresa.

— Eu não sei o que *você* vai fazer, mas não é justo que eu me prejudique por conta disso.

— Pode me ouvir, pelo menos?

— Vamos lá...

Controlando a respiração para manter a calma e desenvolver bem raciocínio, Machadinho se esforçou para explicar a Elias o prejuízo que teriam ao não negociar.

— Bem, pelo parecer do advogado, é bem provável que ela ganhe na Justiça se entrar com uma ação. Isso é um fato. E, se perdermos isso, além de pagar o tratamento da moça, viriam muitas outras coisas, tipo dano moral, juros, advogado, tudo isso. A dívida, que já é grande, subiria três, quatro vezes. Então eu acho que nós podemos pagar esse tratamento pra ela. É o melhor a fazer. Mas esse acordo tem que ser feito no nome da empresa.

— Ok. E o dinheiro?

— Isso você deixa que eu resolvo. Nem a empresa e nem você sairão prejudicados, pode ficar tranquilo. Só preciso que você, na condição de administrador do estacionamento, concorde. Não consigo resolver isso no meu nome.

— Está certo, então. Combinado. Não sei que mágica vai fazer pra conseguir esse dinheiro todo, mas... Pegue aqui o telefone da amiga dela na bina pra você ligar.

Com a concordância do sócio, Machadinho entrou em contato com Luana, para manifestar o interesse da empresa em custear o tratamento médico de Cecília.

— Alô, poderia falar com a Luana?

— Oi. É ela.

— Luana, eu também sou proprietário do estacionamento, e estive conversando com o meu sócio sobre o caso da tua colega, a senhora...

— Cecília.

— Isso! Cecília. Agora lembrei. Queremos ver como nós podemos ajudar, com quem falamos sobre isso.

— Bem, ela não está em condições de cuidar disso, mas tenho conversado com a mãe dela. A Ciça foi atendida na emergência e depois mandada pra casa. Não tem plano de saúde, então está esperando o dia

pra marcar a cirurgia pelo SUS, o que deve demorar ainda. A dona Toninha já disse que não tem de onde tirar dinheiro pra pagar médico particular.

— Entendo. Vocês já têm ideia de quanto seria isso?

— Acredito que a mãe dela tenha sim. Vejo com ela e te falo, ok?

Machadinho não precisava ver o orçamento para saber que teria dificuldade de arcar com um ônus financeiro daquela magnitude, e por isso decidiu pedir auxílio a seu pai, que havia recebido os sessenta mil reais pelo veículo vendido poucos dias antes.

— Farei o possível pra te ajudar sim, filho. Esse dinheiro vai me fazer uma falta danada, mas eu estou pensando em uma estratégia para reverter isso, cobrando o que alguns caloteiros me devem. Tudo vai dar certo.

Precisando reforçar o caixa do Tribuna como nunca antes, Antônio Machado colocou em prática sua ação mais arrojada para cobrar assinantes inadimplentes: publicou nomes de devedores em espaços dos classificados — entre eles, o de Luana, por ironia do destino —, se certificando de que cada um deles recebesse um exemplar do periódico com o inusitado “anúncio”.

Não faça como a

Luana

CALOTE

Mantenha em dia os pagamentos da sua assinatura!

Acesse o site e saiba quem vive dando cano no

Tribuna

Dias depois, ao receber o jornal, Luana conferiu algumas notícias e não tardou a encontrar a cobrança feita de forma pública no periódico, indignando-se.

— Desgraçados! E pensar que cheguei a ligar para reclamar que os boletos não estavam chegando em casa. Vou ter que processar eles mesmo com o contrato da assinatura prevendo uso de arbitragem.

Amassou as folhas da publicação, formando uma bola compacta de papel, e atirou-as no lixo, pegando o smartphone para conferir suas notificações. Havia uma mensagem da senhora Maria Antônia, a mãe Cecília, que enviara um arquivo com o orçamento para tratamento médico da filha. Luana imediatamente, encaminhou o documento para Machadinho, que, a princípio, resistiu em aceitar o acordo por conta do elevado valor apresentado.

O orçamento foi solicitado ao cirurgião Sérgio Kawasaki, médico renomado, que sabidamente cobrava valores maiores que a média do mercado, e só operava seus pacientes no hospital Isaac Newton, considerado de alto padrão, o melhor de toda a região¹. Mas Machadinho acabou aceitando a proposta, pois a mãe de Cecília concordou em abrir mão do recebimento de quaisquer outras verbas indenizatórias.

Como resultado dessas tratativas, Machadinho pediu ao doutor Cerquilho para redigir o acordo, em que o estacionamento de veículos se obrigou a custear o tratamento de Cecília com o renomado cirurgião, e que nada mais teria a pleitear da empresa em relação ao acidente.

Firmado o acordo, o estacionamento cumpriu sua parte, celebrando o contrato com o médico. Paga a primeira prestação do contrato, Cecília deu entrada no Isaac Newton.

Os médicos residentes que acompanhavam o doutor Kawasaki realizaram uma primeira análise na recém chegada paciente, e disseram

¹ Tal como todos os textos preparatórios para os Projetos Integrados, fictícios por excelência, a referência ao hospital Isaac Newton trata-se de licença poética.

a ele que o caso não parecia ser de elevada complexidade. O cirurgião, então, autorizou-os a realizar os procedimentos, e disse que estaria à disposição, por Whatsapp, caso precisassem. Kawasaki, então, deu as costas, deixando Cecília aos cuidados da equipe de recém formados.

A cirurgia aparentava ter sido bem sucedida, mas o quadro clínico da paciente começou a piorar pouco tempo depois. Ela teve que ser levada para a unidade de terapia intensiva para tratar de uma severa infecção. O Isaac Newton rapidamente apurou o que poderia ter ocorrido, e no mesmo dia constatou que o jaleco utilizado por um dos residentes continha manchas estranhas ao ambiente hospitalar, compostas por restos de comida e outras sujidades. Pela câmera de segurança, foi possível ver o jovem médico chegando ao hospital, em sua motocicleta, vestindo o jaleco, e se dirigindo à cantina anexa ao estabelecimento antes de ganhar o corredor de acesso ao ambulatório.

Procurado pela família de Cecília, o doutor Kawasaki afirmou que não teve responsabilidade no incidente, já que o foco da contaminação estava no jaleco de outro médico, e não no dele, mas que faria o possível para auxiliar o restabelecimento da paciente. Indagado sobre o porquê de não haver ele próprio realizado o procedimento, se justificou alegando que as normas de conduta médica não impedem a delegação das funções a outros profissionais se forem habilitados.

A situação era realmente crítica. Cecília estava em coma, com as funções vitais mantidas pelo auxílio de aparelhos.

— Doutor, quero fazer uma pergunta, e gostaria que o senhor respondesse com toda a sinceridade — disse a mãe de Cecília a Kawasaki.

— Claro — respondeu o médico cabisbaixo, e depois cerrou os lábios com os dentes.

— Minha filha tem chance de recuperação? Ela tem possibilidade de ficar bem?

O médico conduziu dona Toninha para uma sala mais reservada, a acomodou em uma cadeira e se sentou em frente a ela.

— Receio que não. É a infecção mais grave que já vi em toda a minha carreira. Os pacientes até passam um bom tempo nessa condição, mas acabam não resistindo a isso.

Ao ouvir o prognóstico, a mulher não se moveu. As lentes de seus óculos ficaram embaçadas, como que garantindo privacidade para suas expressões.

De volta ao corredor do hospital, pararam em frente à janela da UTI, de onde era possível ver Cecília, que estava desacordada e ligada a múltiplos aparelhos.

— Obrigada por tudo, doutor — disse a desolada Maria Antônia, dando as costas ao médico.

A noite, a mãe de Cecília telefonou para Luana.

— Oi, Lu. É a Toninha.

— Oi, dona Toninha. Tudo bem com a senhora?

— Ai, filha. Uma tristeza só.

— Aconteceu alguma coisa com a Ciça?

— Aconteceu, filha. Deu tudo errado. O japonês lá, cheio de pose no dia que fui no consultório dele, falou que tinha se formado aqui, se especializado ali, que já tinha participado do congresso de não sei onde. Enfim. Cobrou uma fortuna pra operar a minha filha.

— Certo. E aí?

— E aí que não foi ele que fez a cirurgia. Dá pra acreditar numa coisa dessa? Foi uma molecada lá que fez. E deu tudo errado. Tudo errado!

— Não foi o doutor Kawasaki quem operou a Ciça?

— Não foi, não. Agora a Cecília tá lá internada na UTI com uma baita infecção porque um médico operou ela com o jaleco sujo. A enfermeira que eu conversei falou que acharam até resto de comida na roupa dele. Um porco!

— Meu Deus, dona Toninha. Não tô acreditando no que a senhora tá me falando...

— Pois é. Essa á a situação que a gente fica, sem saber o que faz.

— Ah, mas a gente tem que ter fé que as coisas vão melhorar.

— Olha, filha, eu sou bastante religiosa, devota de Nossa Senhora Aparecida, mas não confio não, pelo que eu vi e ouvi lá hoje.

— O que disseram pra senhora?

— O médico falou que é a infecção mais grave que ele já viu, e que a Cecília não vai aguentar. Ele falou que até pode ficar lá um tempo, mas não tem chance de recuperação.

— Nossa, dona Toninha. Não sei nem o que falar pra senhora.

— Lu, pensei muita coisa nessa tarde, sabe... A gente fica perdida, aí vem tudo na cabeça da gente. Pensa besteira. Teve uma hora que eu pensei em ligar lá e pedir pra acabarem com isso logo.

— Ai, dona Toninha. Nem pensa uma coisa dessa.

— Você não sabe, mas não faz coisa de duas semanas que eu tava aqui falando com a Cecília, e ela me disse que não era pra insistir se ficasse muito doente, que ela preferia morrer. Imagina falar uma coisa dessas! Falei pra ela bater na boca, que isso não ia acontecer. E agora tô eu aqui com essa coisa na cabeça.

— Não, dona Toninha. Acho que nem pode fazer isso.

— Já fizeram pior. Adianta o quê deixar ela lá sofrendo agora? Já está morta se for ver... Arranca aquela tomada logo!

— Mas se desligar os aparelhos será que ela não sofre ainda mais?

— Ah, eu não sei. Então tem que colocar uma coisa na veia dela pra ser mais rápido. É por uma questão de humanidade, de dignidade. Eu não quero ver a minha filha sofrendo.

Luana, então, decide procurar um escritório de advocacia para formular os seguintes questionamentos:

1. Existe tese para a defesa de Luana afastar a imputação do crime de lesões corporais dolosas?
2. Caso ajuíze uma ação contra o Tribuna no Poder Judiciário por questões relacionadas ao contrato da assinatura, que contém cláusula de arbitragem, o que poderá acontecer?
3. Foi correta a forma como o jornal efetuou a cobrança, publicando o nome da devedora em seus classificados?
4. O doutor Kawasaki poderia mesmo ter delegado a realização da cirurgia aos médicos residentes?
5. O direito brasileiro permite que uma eutanásia seja realizada em Cecília, como sugerido pela dona Toninha?

Na condição de advogados de Luana, formulem um parecer jurídico que responda aos questionamentos apresentados de maneira fundamentada.

PARECER

Assunto: acidente de carro que gerou lesões corporais e cobrança realizada de forma indevida

Consultante: Luana

EMENTA: PENAL - LESÕES CORPORAIS DOLOSAS - IMPOSSIBILIDADE - FALTA DE VONTADE DE PROVOCAR RESULTADO - PROCESSO CIVIL - AÇÃO JUDICIAL - EXISTÊNCIA DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA - NECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO DO RÉU - CONSUMIDOR - ART. 42 E 71, CPC - COBRANÇA ABUSIVA - UTILIZAÇÃO DE MEIOS QUE EXPÕE O CONSUMIDOR AO RIDÍCULO - CIVIL - **OBIGAÇÕES - INTUITU PERSONAE - IMPOSSIBILIDADE DE ASSUNÇÃO DE DÍVIDA - CONSTITUCIONAL - EUTANÁSIA - IMPOSSIBIIDADE - DIREITO À VIDA**

Comentado [1]: Faltou a letra r em obrigações

Trata-se de consulta formulada por Luana a respeito dos desdobramentos de um acidente automobilístico em que estavam presentes a consultante e sua colega, Cecília em que houve falha em sistema airbag do lado do passageiro, ocupado por Cecília, resultando lesões nesta.

Relata a interessada ter tido seu antigo veículo roubado, dessa forma, acionou o seguro para, com o dinheiro que receberia, comprar novo carro. Realizou a compra do novo veículo junto ao estacionamento de Antônio Machado Junior, vulgo “Machadinho” e seu sócio, Elias.

Ocorre que, ao buscar o carro no dia seguinte ao que efetivou a compra, sofreu um acidente que, devido ao não acionamento do sistema airbag, acarretou em Cecília, sua colega que a havia acompanhado para retirar o veículo do estacionamento,

diversas lesões. A perícia apontou o excesso de velocidade como a causa do acidente e, além disso, averiguou que o fio que indicava no painel a falha do airbag havia sido propositalmente rompido. Luana foi detida sob a acusação do crime de lesões corporais dolosas, mas pouco tempo depois teve sua liberdade provisória decretada.

Assim que teve a oportunidade, logo que saiu da prisão, a interessada entrou em contato através de uma ligação telefônica com o estacionamento que realizou a venda do veículo no intuito de tentar um acordo para que o estacionamento pudesse contribuir com o tratamento das lesões de sua amiga, contudo Elias, quem a atendeu, não se disponibilizou a ajudar.

Pouco tempo depois, “Machadinho” entrou em contato com Luana manifestando interesse da empresa em custear o tratamento das lesões sofridas por Cecília devido ao não acionamento do airbag. A consulente solicitou a mãe de sua amiga o orçamento que esta havia feito com um renomado médico cirurgião, Dr. Sérgio Kawasaki, que operava no hospital Isaac Newton, considerado de alto padrão.

A mãe de Cecília, a senhora Maria Antônia, vulgo “Toninha”, firmou com “Machadinho” um acordo em que o estacionamento prometia custear todas as despesas trazidas por ela e, em troca, ela abria mão do recebimento de quaisquer verbas indenizatórias. O acordo foi redigido e assinado e a cirurgia de Cecília foi marcada.

A cirurgia foi realizada e aparentava ter sido bem sucedida, mas pouco tempo após o quadro clínico foi se agravando. Cecília foi transferida para a unidade de terapia intensiva – UTI para tratar uma severa infecção. Para a surpresa da consulente e da mãe de sua amiga, a realização da cirurgia foi feita pelos médicos residentes que acompanhavam o Dr. Kawasaki e não por ele próprio, além disso, foi apurado que um dos médicos estava com o jaleco sujo no momento em que realizava a cirurgia.

Quando procurado pela família de Cecília, o doutor Kawasaki afirmou que não teve responsabilidade no incidente, já que o foco da contaminação estava no jaleco de outro médico, e não no dele, mas que faria o que estivesse ao seu alcance para auxiliar no restabelecimento da paciente. Questionado sobre o motivo de não haver ele próprio realizado o procedimento, se justificou alegando que as normas de conduta médica não impedem a delegação das funções a outros profissionais se forem habilitados.

Relata ainda a consulente, que a situação de sua amiga era grave, estava em coma e com suas funções vitais mantidas pelo auxílio de aparelhos. Descreve que a situação de Cecília era tão crítica que a própria mãe cogitou a possibilidade de “dar um fim ao seu sofrimento”, pois lamentava muito a situação em que sua filha se encontrava.

Além de todo esse estresse, a interessada conta que ao aferir as notícias no Jornal Tribuna, um famoso jornal local, foi desagradavelmente surpreendida por um anúncio em que o jornal fazia uma cobrança em seu nome, a mensagem dizia: “Não faça como a Luana, Mantenha em dia sua assinatura!”, relata ter se sentido extremamente constrangida pela cobrança.

Tendo em vista os fatos narrados, a consulente apresentou os seguintes questionamentos:

1. Existe tese para a defesa de Luana afastar a imputação do crime de lesões corporais dolosas?
2. Caso ajuíze uma ação contra o Tribuna no Poder Judiciário por questões relacionadas ao contrato da assinatura, que contém cláusula de arbitragem, o que poderá acontecer?
3. Foi correta a forma como o jornal efetuou a cobrança, publicando o nome da devedora em seus classificados?
4. O doutor Kawasaki poderia mesmo ter delegado a realização da cirurgia aos médicos residentes?
5. O direito brasileiro permite que uma eutanásia seja realizada em Cecília, como sugerido pela dona Toninha?

É o relatório.

Passamos a opinar.

1- Quanto à tese para defesa de Luana

Luana, devido a sua conduta, é acusada de provocar à Cecília lesões corporais de forma dolosa. Tendo em vista que a responsabilidade criminal só existirá quando houver conduta, e desta for observado dolo ou culpa, a tese mais apropriada seria imputar-lhe o tipo penal de lesões corporais culposas.

Para tanto, porém, é preciso entender o que caracteriza o dolo e a culpa e tentar aplicar tais características ao caso concreto. Deste modo, passamos a destrinchar tais condutas, começando pelo dolo.

Dolo é a vontade consciente de realizar a conduta típica, ou seja, o agente em questão não somente deverá saber o resultado que sua conduta poderá desencadear, como também deverá desejá-lo. Está previsto no ordenamento jurídico brasileiro no art. 18, inciso I do Código Penal:

Art. 18 - Diz-se o crime:

Crime doloso

I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;

Eugênio Pacelli e André Callegari nos trazem, em sua obra², uma consideração inicial a respeito do dolo, conceituando-o de forma simples e precisa, segue transcrito:

Dolo, em sentido técnico penal, é a vontade de uma ação orientada à realização de um delito, ou seja, é o elemento subjetivo que concretiza os elementos do tipo. O crime é considerado doloso quando o agente prevê objetivamente o resultado e tem a intenção de produzir esse resultado ou assume o risco de produzi-lo, conforme preceitua o art. 18, I, do CP.

Ingeborg Puppe³, professora de Direito Penal, Direito Processual Penal e Teoria do Direito Penal da Universidade de Bonn, na Alemanha versa sobre o tema:

O dolo não é um dado que se encontra previamente dado pela natureza, por exemplo uma vontade no sentido da linguagem cotidiana, mas primeiramente a forma mais grave de culpabilidade. A proposição “dolo é vontade” é correta não em sentido descritivo-psicológico, mas sim em sentido

² Pacelli, Eugênio, CALLEGARI, André. Manual de Direito Penal / Eugênio Pacelli, André Callegari. – 5. ed. – São Paulo: Atlas, 2019. página 265

³ Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal | vol. 2/2019 | Jan / 2019 | DTR\2011\1792- RT On line, Acesso em 01/06/2020

normativo-atributivo. O dolo compreende toda consequência possível ou real do resultado, que não pode ser imputada à culpa do autor, como consequência de sua leviandade ao agir, mas sim ao dolo, como consequência de sua vontade. E isto é um juízo moral, que se formula na linguagem cotidiana com as seguintes palavras: “foi isso que você quis”. A razão de se imputar a um autor um resultado como consequência de sua vontade, de seu querer, não está no fato de que o autor realmente o tenha querido, mas sim de que o autor tenha querido um estado de coisas que está vinculado de um modo específico a este resultado.

Ao dolo podem ser atribuídas três características principais, quais sejam: 1- abrangência: o dolo deve envolver todos os elementos objetivos do tipo; 2- atualidade: o dolo deve estar presente no momento da ação, não existindo dolo subsequente, nem dolo antecedente; 3- possibilidade de influenciar o resultado: é indispensável que a vontade do agente seja capaz de produzir o evento típico.

Tendo em vista esta breve introdução ao conceito e às características essenciais do dolo, pode-se chegar a conclusão de que a conduta cometida por Luana não atende à um dos requisitos principais da conduta dolosa, qual seja a vontade de produzir o resultado.

Ora, senão vejamos, Luana não agiu de forma correta ao ultrapassar o limite de velocidade permitido naquela rodovia, contudo, em nenhum momento passou por sua cabeça que tal conduta poderia causar algum mal à sua amiga e colega de trabalho, muito menos desejou que Cecília sofresse tais lesões. Desta maneira, não que falar em lesões corporais dolosas.

Corroborando este entendimento a decisão proferida pelo Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, segue transcrito:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - LESÕES CORPORAIS - AUSÊNCIA DE DOLO NA CONDUTA DO AGENTE - ABSOLVIÇÃO MANTIDA. - O crime previsto no artigo 129, § 9º, **somente é punível a título de dolo. Se a intenção do réu não era a de lesionar a vítima**, mas simplesmente entrar na residência de ambos, sendo a lesão sofrida por aquela consequência da força por ela empregada, ao empurrar, em ação contrária a do apelante, o portão da casa, para impedir a entrada de seu companheiro, o delito não se configura.

(TJMG - Apelação Criminal 1.0433.16.011728-2/001, Relator(a): Des.(a) Beatriz Pinheiro Caires, 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 07/02/2019, publicação da súmula em 18/02/2019)

A culpa, por outro lado, surge quando a vontade do agente está afastada da prática do fato delituoso, porém está aproximada da omissão de diligência por imprudência, negligência ou imperícia. No entendimento de Pacelli e Callegari⁴ a culpa se diferencia do dolo quando:

Nos delitos culposos, diferentemente do que ocorre no crime doloso, o agente atua sem a intenção de produzir o resultado, porém este acaba ocorrendo em face da falta do dever de cuidado objetivo que não foi observado pelo agente.

A culpa é um instituto adotado pela norma penal brasileira, e têm repercussão direta no que tange à mensuração das penalidades decorrentes de sentenças proferidas imputadas a quaisquer agentes praticantes de fatos delituosos tipificados no Código Penal Brasileiro

O instituto da culpa é assim definido pelo Código Penal:

Art. 18 - Diz-se o crime: II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

De acordo com Ângelo Roberto Ilha da Silva⁵, doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo:

O debate instaurado acerca da localização da culpabilidade em face da teoria do crime - ou seja, se requisito do crime ou se "mero" pressuposto de pena. Assim, se o comportamento humano, a tipicidade e a ilicitude expressam, respectiva e preponderantemente, os aspectos volitivo, formal e material do delito, a seu passo a culpabilidade expressa o caráter ético do fato punível. Isso porque a culpabilidade, nas palavras de Miguel Reale Júnior, traduz "um juízo ético sobre a validade ou não da opção contra o direito (...)". Mencione-se também a afronta ao direito fundamental à igualdade, na medida em que se tratar igualmente, como praticantes de delito, o agente que quis praticar um crime com a pessoa que não o quis, mas foi instrumento, constrangido e à evidência também vitimado, não condiz com um tratamento igualitário e justo, ainda que se lance mão do aparente corretivo da "isenção da pena".

⁴ Pacelli, Eugênio, CALLEGARI, André. Manual de Direito Penal / Eugênio Pacelli, André Callegari. – 5. ed. – São Paulo: Atlas, 2019. página 272

⁵ Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal | vol. 2/2019 | Jan / 2019 | DTR\2006\394- RT online, Acesso 01/06/2020

Para que seja configurado a conduta culposa, se faz necessário a observância de todos os elementos do fato típico do crime culposo, são eles:

conduta (voluntária);
tipicidade;
resultado (involuntário);
nexo causal;
quebra do dever de cuidado objetivo, por imprudência, negligência ou imperícia;
previsibilidade objetiva do resultado.

Comentado [2]: Qual a referência bibliográfica deste trecho?

Entende-se como conduta voluntária aquela que, embora seja previsível de ser passível de provocar resultado típico, não é feita com a intenção de provocá-lo. No caso em questão, é possível perceber a existência da conduta voluntária, pois embora fosse previsível que o aumento da velocidade pudesse causar as lesões, Luana não o fez com a intenção de provocá-las.

A tipicidade, por sua vez, nada mais é do que a conformidade entre a conduta praticada pelo agente com a descrição da lei penal. O fato típico de lesão corporal culposa está descrito no art.129, § 6º do Código Penal, segue transcrito:

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:
Pena - detenção, de três meses a um ano.
§ 6º Se a lesão é culposa:
Pena - detenção, de dois meses a um ano.

Comentado [3]: Art. 303 CTB

O resultado é involuntário, ou seja, o resultado lesivo, no caso em questão as lesões corporais de Cecília, não deverão ter sido jamais desejados pelo agente que praticou a conduta. No caso em questão, fica óbvio que o resultado se restou involuntário, Luana era amiga de Cecília e não desejava que esta sofresse qualquer dano, muito menos que se machucasse. Resta comprovado pelo fato de ter se preocupado em entrar em contato com o estacionamento que lhe vendeu o veículo e exigido que este custeasse o tratamento de sua amiga.

Previsto no art. 13 do Código Penal,nexo causal significa que somente a ligação, através da previsibilidade, entre a conduta do agente e o resultado danoso pode constituir o nexo de causalidade no crime culposo, já que o agente não deseja a produção do evento lesivo.

No caso em questão, pode-se entender que houve a existência de concausas, ou seja, houve confluência de causas aptas a gerar o resultado. Essas concausas podem ser entendidas como a causa principal, o acidente provocado pela condutora do veículo devido à alta velocidade aliada a uma causa preexistente, qual seja, a falha no sistema airbag.

André Estefam, em sua obra⁶, nos ensina que existem três modalidades de culpa trazidas em nosso ordenamento jurídico e que são mencionadas no art. 18, trata-se da imprudência, negligência ou imperícia. É através de uma dessas três formas que o agente quebra o dever do cuidado objetivo. Segue transcrito:

Imprudência: significa a culpa manifestada de forma ativa, que se dá com a quebra de regras de conduta ensinadas pela experiência; consiste no agir sem precaução, precipitado, imponderado. Exemplo: uma pessoa que não sabe lidar com arma de fogo a manuseia e provoca o disparo, matando outrem; alguém dirige um veículo automotor em alta velocidade e ultrapassa o farol vermelho, atropelando outrem.

Negligência: ocorre quando o sujeito se porta sem a devida cautela. É a culpa que se manifesta na forma omissiva. Note-se que a omissão da cautela ocorre antes do resultado, que é sempre posterior. Exemplo: mãe não guarda um veneno perigoso, deixando-o à mesa e, com isso, possibilitando que seu filho pequeno, posteriormente, o ingira e morra.

Imperícia: é a falta de aptidão para o exercício de arte ou profissão. Deriva da prática de certa atividade, omissiva ou comissiva, por alguém incapacitado a tanto, por falta de conhecimento ou inexperiência. Exemplo: engenheiro que projeta casa sem alicerces suficientes e provoca a morte do morador.

Como no próprio exemplo dado pelo autor, identificamos que a quebra do dever objetivo de cuidado, no caso em tela, se deu pela imprudência de Luana ao dirigir em alta velocidade.

Por fim, a previsibilidade objetiva nada mais é do que a possibilidade de prever o resultado lesivo, inerente a qualquer ser humano normal, ou seja, qualquer um, em condições normais, poderia prever que uma conduta como a de Luana seria passível de se produzir um resultado danoso.

⁶ ESTEFAM, André, Direito Penal, v 1 - parte geral (arts. 1º ao 120) 8ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Página 337

Segue transcrito abaixo decisão proferida pelo Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo que versa a respeito da quebra do dever de cuidado e da previsibilidade:

Apelação Criminal – Lesões corporais culposas na direção de veículo automotor e embriaguez ao volante – Sentença condenatória (arts. 306, § 1º, II e art. 303, (duas vezes, na forma do art. 70 do CP), c.c. 291-, § 1º, I, todos da Lei de Trânsito. Recurso defensivo alegando inépcia da denúncia. No mérito, pleito de absolvição dos crimes por ausência de dolo e ausência de comprovação da embriaguez do acusado. Inépcia da denúncia – Inocorrência. Tese nunca apresentada nenhuma fase do processo em Primeira Instância. Denúncia que preenche os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, com a devida exposição dos fatos criminosos e suas circunstâncias, qualificação do réu e rol de testemunhas. Crime de embriaguez ao volante – Materialidade e autoria devidamente comprovadas – Prova testemunhal firme no sentido de que o réu estava dirigindo embriagado - Crime de perigo abstrato – Ausência de exigência legal de comprovação de perigo efetivo de dano ou capacidade automotora alterada – De rigor a condenação pelo art. 306, do Código de Trânsito Brasileiro. Crime de lesão corporal culposa – Materialidade e autoria comprovadas – Laudo pericial que atestou que as vítimas sofreram lesões corporais de natureza leve, produzidas por agente contundente – **Quebra do dever de cuidado somada à previsibilidade do resultado** – Acusado que, sob o efeito de álcool, acreditou ser capaz de conduzir o automóvel em via pública, sem qualquer possibilidade de causar acidentes, mas veio a perder o controle da direção, levando o veículo à queda em um barranco – **Culpa evidenciada** – Condenação que se mantém. Dosimetria – Penas-base fixadas no mínimo legal. Exclusão, de ofício, da pena pecuniária aplicada ao art. 303, do CTB, eis que não prevista. Manutenção do concurso formal entre os crimes de lesão corporal, eis que são duas vítimas, corrigindo-se a pena aplicada, excluindo-se a pena pecuniária quanto ao referido delito, eis que não prevista e reajustando-se a pena acessória, em proporção à pena corporal aplicada. Penas dos crimes cumuladas, em razão do concurso material entre os delitos de embriaguez e lesão corporal culposa. Regime inicial aberto inalterado Manutenção da substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos consistentes na prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana. Preliminar rejeitada. Recurso parcialmente provido, para reduzir a pena pecuniária e reduzir o prazo de suspensão da CNH.

(TJSP; Apelação Criminal 0000440-59.2015.8.26.0296; Relator (a): Ely Amioka; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Jaguariúna - 2ª Vara Judicial; Data do Julgamento: 16/08/2018; Data de Registro: 16/08/2018)

Portanto, analisando ponto a ponto dos aspectos que caracterizam tanto a conduta dolosa como a culposa, pode-se depreender que a melhor tese pela qual poderá ser construída a defesa de Luana, será imputar-lhe a conduta culposa, haja visto a falta de elemento essencial caracterizador do dolo, a vontade de produzir resultado lesivo. Como visto, o caso preenche todos os elementos do fato típico do crime culposos.

Comentado [4]: Conclusão correta, contudo poderia ter sido analisada a problemática do dolo eventual / culpa consciente, onde também não há o elemento de vontade do agente

2- Quanto as consequências do ajuizamento de ação relacionada a contrato contendo cláusula de arbitragem

Comentado [5]: nota 2 em processo

Primeiramente, há a necessidade de se pontuar o conceito de arbitragem. A arbitragem é um método alternativo de solução de conflitos em que um terceiro ou terceiros, o tribunal arbitral, decidirá e solucionará litígios, ou seja, conflitos que envolverão direitos patrimoniais disponíveis. Da decisão do tribunal arbitral não cabe recurso ao poder judiciário.

Esse tipo de método possui diversas vantagens, podendo ser citadas as soluções mais céleres, tendo em vista a sobrecarga do poder judiciário, além do que muitos casos possuem uma natureza específica e exige um conhecimento muito particular a respeito do assunto, que foge da capacidade do juiz.

Esse método é regido pela Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, que estabelece a possibilidade da convenção de uma cláusula compromissória nos contratos, em que as partes determinam que qualquer litígio que vir a surgir será solucionado através da arbitragem. Segue transcrito:

Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

§ 3º (VETADO). (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)
(Vigência)

§ 4º (VETADO). (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)
(Vigência)

Comentado [6]: vcs poderia omitir estes dispositivos vetados

A Lei de Arbitragem, em seu artigo 2º, estipula dois tipos de arbitragem: a de direito ou equidade, a de critério das partes, como se segue:

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

§ 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015) (Vigência)

Marcos Vinicius Rios Gonçalves, em sua obra⁷, conceitua o que seria a arbitragem de direito ou equidade e a arbitragem a critério das partes. Basicamente, a arbitragem de direito é aquela em que os árbitros ficam obrigados a decidirem de acordo com normas que integram o ordenamento jurídico pátrio, e a de equidade é aquela que autoriza o árbitro a tomar sua decisão de acordo com aquilo que achar mais razoável. Segue transcrito:

A arbitragem de direito obriga os árbitros a decidirem de acordo com as normas que integram o ordenamento jurídico pátrio. Para que a sentença arbitral seja válida, o árbitro deve fundamentá-la de acordo com as normas legais. O § 1º do art. 2º prevê que “poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública”, e o § 2º autoriza que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais do direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio. A arbitragem de equidade é aquela que autoriza o árbitro a dar à controvérsia a solução que lhe pareça mais justa, mais razoável, ainda que sem amparo no ordenamento jurídico. Isso só é possível porque os direitos em disputa são patrimoniais e disponíveis.

No caso em tela, as partes convencionaram em seu contrato uma cláusula compromissória que estipulava que qualquer litígio que visse a surgir entre as partes seria resolvido por meio de um tribunal arbitral, mas não há conhecimento do tipo de

⁷ GONÇALVES, Marcos Vinicius Rios. Direito Processual Civil esquematizado. 10ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Páginas 699 e 700.

arbitragem que poderá ser usado. Desse modo afastando a jurisdição comum, segue o entendimento a respeito desse assunto por Humberto Theodoro Jr.⁸:

Desde o momento, portanto, em que, dentro do contexto de um contrato, se estipule que eventual litígio entre os contratantes em torno das obrigações nele pactuadas será dirimido por meio de árbitros, estará definitivamente imposta a via extrajudicial como obrigatória.

Corroborando este entendimento a decisão proferida pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

FRANQUIA - AÇÃO DE COBRANÇA CONTRATO DE FRANQUIA COM CLÁUSULA DE CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO - ARTS. 485, VII, E 337, X, CPC, C.C. LEI Nº 9.307/96 - Partes que celebraram contrato de franquia, com cláusula prevendo convenção de arbitragem para solução de conflitos Situação que afasta possibilidade de apreciação do litígio pelo Poder Judiciário - Atendimento dos requisitos da Lei nº 9.307/96 - Extinção do processo, sem julgamento do mérito, que fica mantida - RECURSO DESPROVIDO.

(TJSP - ApCiv 1013186-40.2018.8.26.0100 - 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial - j. 10/3/2020 - julgado por Sérgio Shimura - DJe 12/3/2020 - Área do Direito: Arbitragem)

Há, por meio de uma das partes, ora Luana, o interesse de ajuizar uma ação em âmbito judicial, pois bem, não há nada que impeça que Luana entre com uma ação comum, porém há a possibilidade desta ação não vingar, uma vez que já houve o estabelecimento da cláusula compromissória.

Pode-se perceber um número considerável de demandas semelhantes à acima mencionada, em que uma das partes quer se socorrer do Poder Judiciário mesmo havendo cláusula expressa que determine a solução do litígio de forma extrajudicial. Esse tipo de processo poderá ou não ser apreciado pela justiça comum, o fator determinante será a manifestação da parte contrária.

⁸ THEODORO JR., Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Vol. II, 52ª edição. Rio de Janeiro: Forense Ltda. Pagina 617.

Ernane Fidélis dos Santos, em sua obra⁹, expõe seu entendimento a respeito desse assunto como se segue:

A convenção da arbitragem, ainda que na fase da cláusula compromissória, é pressuposto processual de caráter negativo que pode extinguir o processo, sem julgamento de mérito. Em defesa preliminar, o réu pode alegar a convenção.

Pois bem, no caso em tela, caso Luana apresentasse petição inicial contra o Jornal Tribuna, caberia e este, na contestação alegar a existência de convenção de arbitragem, como consta no artigo 337, inciso X do Código de Processo Civil. Segue transcrito:

Art. 337. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar:

X - convenção de arbitragem;

Pois bem, o parágrafo 5º do mesmo artigo dispõe que em caso de convenção de arbitragem o juiz não conhecerá de ofício, ou seja, o juiz percebendo a existência de cláusula compromissória, não poderá alega-lo, cabendo a parte contrária fazê-lo.

Caso a parte contrária não se manifeste a respeito da existência de cláusula arbitral, fica subentendido que é também de seu interesse a resolução do conflito por via judicial comum, como consta no parágrafo 6º:

§ 6º A ausência de alegação da existência de convenção de arbitragem, na forma prevista neste Capítulo, implica aceitação da jurisdição estatal e renúncia ao juízo arbitral.

É o entendimento exposto por Ernane Fidélis¹⁰:

A convenção de arbitragem não pode conhecer-se de ofício (art. 485, § 3o), entendendo a lei que, se o autor propôs a ação e o réu não se manifestou, é porque a ela houve renúncia (art. 337, § 6o).

⁹ SANTOS, Ernane Fidélis dos. Manual de Direito Processual Civil v. 1. 16ª edição. São Paulo Saraiva, 2017. Página 609.

¹⁰ SANTOS, Ernane Fidélis dos. Manual de Direito Processual Civil v. 1. 16ª edição. São Paulo Saraiva, 2017. Página 609.

Corroborar este entendimento a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo como segue:

CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM – Extinção do processo – Inadmissibilidade – **A falta de alegação da incidência da cláusula compromissória pelo réu implica aceitação da jurisdição estatal e renúncia ao juízo arbitral** – Exegese do art. 337, X, §§ 5º e 6º - Precedentes – Extinção do processo sem resolução do mérito afastada – Reforma da sentença extintiva do feito – Recurso provido.

(TJSP; Apelação Cível 1032068-84.2017.8.26.0100; Relator (a): Álvaro Torres Júnior ; Órgão Julgador: 20ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional XI - Pinheiros - 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 24/03/2020; Data de Registro: 24/03/2020)

Como mencionado, cabe a parte contrária, nesse caso o Jornal Tribuna, alegar a existência de cláusula compromissória de solução de litígios extrajudiciais em sua contestação. Caso se manifeste, nos termos do art. 351, a autora, ora Luana terá 15 (quinze) dias para se manifestar a respeito da existência de cláusula compromissória. Segue transcrito:

Art. 351. Se o réu alegar qualquer das matérias enumeradas no art. 337, o juiz determinará a oitiva do autor no prazo de 15 (quinze) dias, permitindo-lhe a produção de prova.

Corroborar este entendimento a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, como segue:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - PREVISÃO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA DE ARBITRAGEM - ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DA REFERIDA CLÁUSULA, FEITA PELA PARTE RÉ, EM MOMENTO OPORTUNO - NÃO CONFIGURAÇÃO DE RENÚNCIA - INCOMPETÊNCIA DESTA CORTE PARA JULGAR MEDIDAS QUE NÃO POSSUAM CARÁTER DE URGÊNCIA - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO, NA FORMA DO ARTIGO 485, VII, DO CPC/15 - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.

(TJPR - 7ª C.Cível - AC - 1490170-3 - Curitiba - Rel.: Desembargador Cláudio de Andrade - Unânime - J. 30.08.2016)

Portanto, o que poderá acontecer caso Luana ingresse com uma ação judicial contra o Jornal Tribuna, mesmo havendo existência de cláusula compromissória, dependerá das alegações que a ré fará em sua contestação, uma vez que é ônus desta apontar a existência de convenção de arbitragem nos

termos do art. 337, inciso X do Código de Processo Civil. Caso não se manifeste, subentender-se-á a desistência da resolução do litígio por vias extrajudiciais, se o contrário ocorre, caberá à Luana se manifestar a respeito no prazo de 15 (quinze) dias nos termos do art. 351, CPC.

3- Quanto a forma de efetivação da cobrança

Deve-se esclarecer, primeiramente, que o Código de Defesa do Consumidor, maior instrumento de defesa da parte mais frágil da relação jurídica de consumo, não se opõe, de nenhuma maneira, a cobrança de dívidas por parte dos fornecedores credores, o que este dispositivo regula é a maneira pela qual essa dívida será cobrada.

O Código de Defesa do Consumidor busca regular a maneira que as dívidas serão cobradas, para que estas não se tornem práticas abusivas, pois, embora não constando no artigo 39, a expressão “dentre outros”, deixa claro que qualquer atitude que fuja ao bom senso pode se tornar uma prática abusiva ao consumidor. É o mesmo entendimento de Fabrício Bolzan de Almeida, que expõe em sua obra¹¹ que:

Conforme visto no capítulo anterior, as práticas abusivas introduzidas pelos fornecedores no mercado de consumo não se resumem ao rol do art. 39 do CDC, mesmo porque a utilização da expressão “dentre outras” deixou bem clara a natureza de rol exemplificativo dos comportamentos ali elencados.

Assim, qualquer prática caracterizada pela desconformidade com os padrões de boa conduta para com os consumidores será considerada abusiva, como é o caso da cobrança indevida de dívidas, cuja disciplina no Código de Defesa do Consumidor será a seguir analisada.

Pois bem, a cobrança de dívidas por parte dos fornecedores está regrada nos artigos 42 e 42 - A, do CDC, que dispõem o que se segue:

¹¹ BOLZAN DE ALMEIDA, Fabrício. Direito do Consumidor esquematizado. 7ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Página 661

Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.

Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.

Art. 42-A. Em todos os documentos de cobrança de débitos apresentados ao consumidor, deverão constar o nome, o endereço e o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas — CPF ou no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica — CNPJ do fornecedor do produto ou serviço correspondente

A parte que nos interessa no caso em questão é o caput do artigo 42, que determina a não exposição ao ridículo do consumidor inadimplente, o que, por óbvio, foi o que o Jornal Tribuna realizou ao publicar o nome de Luana atrelando sua imagem como “caloteira”.

Esse artigo acaba tendo íntima relação com o artigo 71, CDC, o referido tipo penal visa garantir o cumprimento da regra estabelecida pelo artigo 42, o dispositivo dispõe que:

Art. 71. Utilizar, na cobrança de dívidas, de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas incorretas ou enganosas ou de qualquer outro procedimento que exponha o consumidor, injustificadamente, a ridículo ou interfira com seu trabalho, descanso ou lazer:

Pena Detenção de três meses a um ano e multa.

O que ocorre no caso em tela, é que o Jornal Tribuna, com a intenção de cobrar os débitos devidos por Luana, utilizou-se de meio expositivo em que a interessada foi exposta ao ridículo ao ter sido comparada a imagem de “caloteira”.

Rizzatto Nunes, em sua obra¹², trata da utilização de meios que constroem o consumidor na hora da cobrança de dívidas, vejamos:

Estão, evidentemente, proibidas quaisquer ações que impliquem constrangimento físico ou moral

Enquadram-se nesse caso de cobrança abusiva todas as práticas que expõem o consumidor inadimplente a riscos a sua saúde e integridade física, bem como de seus familiares, e/ou lhes causem dor (aspecto moral).

Ser cobrado por uma dívida em aberto por si só, já é motivo para constrangimento, a maneira que o credor efetivará essa cobrança também poderá gerar certo desconforto no consumidor, e configurar uma prática abusiva.

Segue o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PROCEDÊNCIA PROCLAMADA NO JUÍZO SINGULAR. IRRESIGNAÇÃO OFERTADA PELA RÉ.

I. COBRANÇA VEXATÓRIA. DÉBITO CONFESSADO PELO AUTOR EM INSTRUMENTO DE CONFISSÃO E COMPOSIÇÃO DE DÍVIDA. INADIMPLÊNCIA. REPRESENTANTES DA RÉ QUE COMPARECEM AO LOCAL DE TRABALHO DO DEMANDANTE E INFORMAM, EM AMBIENTE NADA RESERVADO, O MOTIVO DAS VISITAS. FATO QUE CHEGOU AO CONHECIMENTO DOS DEMAIS FUNCIONÁRIOS. AUTOR QUE, MEDIANTE PROVA EFICAZ, LOGROU ÊXITO EM DEMONSTRAR O FATO CONSTITUTIVO DO SEU DIREITO. DEVEDOR QUE NÃO PODE SER EXPOSTO AO RIDÍCULO, AINDA QUE INADIMPLENTE. EXEGESE DO ART. 42 DO CDC. SITUAÇÃO QUE GEROU INEGÁVEL ABALO MORAL. DEVER DE INDENIZAR INCONTESTE. SENTENÇA MANTIDA.

II. QUANTUM INDENIZATÓRIO. PLEITO DE REDUÇÃO. ACOLHIMENTO. MINORAÇÃO PARA QUANTIA QUE MELHOR ATENDE AO CARÁTER REPARADOR, PEDAGÓGICO E PUNITIVO DAS INDENIZAÇÕES DESSE

¹² NUNES, Rizzatto. Curso de Direito do Consumidor. 12ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Página 642

JAEZ, SEM OCASIONAR GANHO EXACERBADO. PROVIMENTO NO PONTO.

RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

(TJSC - ApCiv 0303444-86.2016.8.24.0058 - 1.^a Câmara de Direito Civil - j. 12/4/2018 - julgado por Jorge Luis Costa Beber - Área do Direito: Consumidor)

O credor ao efetivar a cobrança de alguma dívida deverá ter bom senso, de nenhuma maneira o consumidor inadimplente, ao ser cobrado por sua dívida, deverá ser exposto ao ridículo. É o mesmo entendimento exposto por Francisco Augusto Caldara de Almeida¹³:

É considerada prática abusiva de cobrança a que expõe o consumidor a ridículo (envergonhá-lo ou humilhá-lo), de modo a afetar o próprio conceito moral que ele tem sobre si, bem como afetar o conceito moral e de honestidade que ele sustenta perante aqueles que fazem parte do seu convívio social.

Citamos, como exemplo, alguns atos que interferem no conceito moral do consumidor, atingindo diretamente seus direitos personalíssimos, quais sejam: afixar lista de devedores em local de acesso público; cobrar o devedor por meio de comunicação que, de qualquer forma, possa ser identificada por terceiros como tal; cobrar o consumidor por meio de ligações telefônicas para terceiros não garantidores do débito; utilizar correio ou telegrama fechados, mas que seu envelope possa ser identificado como de empresa cobradora de dívidas e etc...

Tais práticas são capazes de submeter o consumidor a situações vexatórias e, portanto, são vedadas pelo Código de Defesa do Consumidor, respondendo os responsáveis por tais práticas no âmbito civil (art. 42 CDC) e penal (art. 71 CDC).

Por óbvio, o meio escolhido pelo Jornal Tribuna para efetivar a cobrança da dívida de Luana, qual seja, colocar seu nome em um anúncio, expôs a interessada a

¹³ DE ALMEIDA, Francisco Augusto Caldara. Cobrança de dívidas à luz do Código de Defesa do Consumidor.

uma situação vexatória. A consulente teve sua imagem, moral e honestidade colocadas em dúvidas perante terceiros não interessados. Isso, por si só, caracteriza uma prática abusiva.

Comentado [7]: Muito bom.
Nota: 2,0

Corroborar este entendimento a decisão proferida pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, como segue:

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – AUTORA INADIMPLENTE COM O PLANO DE SAÚDE QUE É CONVOCADA, POR MEIO DE JORNAL LOCAL, PARA COMPARECER AO SETOR DE CADASTRO DA RÉ PARA TRATAR DE ASSUNTO DE SEU INTERESSE, SOB PENA DAS COMINAÇÕES LEGAIS – NÍTIDO PROPÓSITO DE CONSTRANGER A AUTORA, QUE JÁ HAVIA SIDO NOTIFICADA A SOLVER AS PRESTAÇÕES EM ABERTO – VIOLAÇÃO AO ART. 42 DO CDC – OCORRÊNCIA DE DANOS MORAIS – RÉ QUE AGIU COM EXCESSO E EM VERDADEIRA REPRESÁLIA AO INADIMPLEMENTO, ATINGINDO A HONRA E A REPUTAÇÃO DA AUTORA – QUANTUM – FIXAÇÃO EM R\$ 5.000,00, CONSIDERANDO SER INIDÔNEO APENAS O MEIO DE COBRANÇA, E NÃO A COBRANÇA EM SI – PROVIMENTO AO RECURSO DA AUTORA. APELO ADESIVO DA SANTA CASA – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO CABAL DA HIPOSSUFICIÊNCIA ALEGADA – APLICAÇÃO DA SÚMULA 481 DO C. STJ -MANUTENÇÃO DA NEGATIVA DE CONCESSÃO DA GRATUIDADE – NÃO PROVIMENTO.

(TJSP; Apelação Cível 1000718-79.2015.8.26.0575; Relator (a): Enio Zuliani; Órgão Julgador: 30ª Câmara Extraordinária de Direito Privado; Foro de São José do Rio Pardo - 1ª Vara; Data do Julgamento: 27/02/2018; Data de Registro: 02/03/2018)

Portanto, houve irregularidade na forma que o Jornal Tribuna efetivou a cobrança contra Luana, uma vez que o meio escolhido, a publicação de seu nome no periódico, expôs a interessada ao ridículo, a uma situação vexatória, configurando-se assim, uma cobrança abusiva, nos termos dos artigos 42 e 71 do Código de Defesa do Consumidor.

4- Quanto à realização de cirurgia por médicos residentes

Primeiramente, deve-se entender que tipo de obrigação configura o caso em tela. A mãe de Cecília, desejando que sua filha tivesse o melhor atendimento possível, procurou o melhor médico da região para que ele fosse o responsável pela recuperação da mesma. A relação obrigacional, portanto, configura uma obrigação de fazer.

Ora, Maria Antônia, mãe de Cecília, contratou o Dr. Sérgio Kawasaki, para que ele realizasse a cirurgia de sua filha movida pela boa fama do médico na região. O Dr. Sérgio Kawasaki tinha, portanto, a obrigação de fazer a cirurgia de Cecília.

A obrigação de fazer, conforme conceitua Carlos Roberto Gonçalves em sua obra¹⁴, se caracteriza como:

A obrigação de fazer (obligatio faciendi) abrange o serviço humano em geral, seja material ou imaterial, a realização de obras e artefatos, ou a prestação de fatos que tenham utilidade para o credor. A prestação consiste, assim, em atos ou serviços a serem executados pelo devedor. Pode-se afirmar, em síntese, que qualquer forma de atividade humana, lícita, possível e vantajosa ao credor, pode constituir objeto da obrigação.

A contratação do Dr. Sérgio Kawasaki, frisa-se novamente, se deu pela sua fama como um ótimo médico, Maria Antônia, depositou nele a confiança de que o próprio fosse capaz de tratar sua filha. Há, no caso em tela, uma obrigação de fazer infungível, imaterial ou personalíssima, ou seja, o médico em questão somente foi contratado em razão dos seus atributos profissionais, devendo ele próprio cumprir pessoalmente a prestação, no caso em questão, a cirurgia.

¹⁴ GONÇALVES, Carlos Alberto. Direito Civil Brasileiro v 2: teoria geral das obrigações. 16ª edição. São Paulo, Saraiva, 2019. Página 85.

O doutrinador Álvaro Villaça Azevedo, versa em sua obra¹⁵, a respeito das obrigações personalíssimas. Segue transcrito:

Exemplificando, se alguém contrata com um intelectual (professor, escritor etc.) a prestação de um serviço, com um cientista a realização de qualquer trabalho científico ou com um artista a pintura de um quadro ou a escultura de uma estátua, vemos, claramente, que o contratante, credor, depositou confiança nas qualidades pessoais do devedor, nas aptidões, nos pendores intelectuais, científicos ou artísticos do mesmo. Estamos em face das obrigações de fazer personalíssimas, que dependem das qualidades individuais de quem se obriga, ou, como as chamavam os romanos, obrigações intuitu personae.

Assim, acontece quando se contratam os serviços de um renomado médico para a realização de uma operação delicada, um famoso advogado para a defesa de uma causa difícil. Nesses casos, os credores querem que os serviços se executem pelos próprios contratados, pois depositam confiança nos méritos dos devedores. Existe, nessas formas de prestar, uma imaterialidade, uma espiritualidade. Não é um fazer físico, material.

O Código Civil Brasileiro, não prevê de forma expressa esse tipo de obrigação, porém em seu artigo 247, discorre sobre a indenização por perdas e danos quando a obrigação só poderia ser efetuada pelo próprio devedor. Vejamos:

Art. 247. Incorre na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta, **ou só por ele exequível**.

Corroborando este entendimento a decisão proferida pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, segue transcrito:

PLANO DE SAÚDE. AQUISIÇÃO DE HOSPITAL COM QUEM A FAMÍLIA DO AUTOR HAVIA FIRMADO **CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS/HOSPITALARES INTUITU PERSONAE E COM DURAÇÃO VITALÍCIA**. DESCREDECENCIAMENTO DO NOSOCÔMIO, APÓS A **TRANSFERÊNCIA DA CARTEIRA DE CLIENTES** PARA A "PREVENT

¹⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Curso de direito civil: teoria geral das obrigações e responsabilidade civil. 13ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Página 63.

SENIOR". INADMISSIBILIDADE. FRUSTRAÇÃO DO OBJETO CONTRATUAL. **QUEBRA DE LEGÍTIMA EXPECTATIVA**. COBERTURA DO ATENDIMENTO AO AUTOR NESTE NOSOCÔMIO DEVIDA. AUSÊNCIA DE PRÉVIA COMUNICAÇÃO AO USUÁRIO. NÃO COMPROVAÇÃO DE QUE OS HOSPITAIS DISPONIBILIZADOS AO BENEFICIÁRIO POSSUÍAM QUALIDADE EQUIVALENTE AO HOSPITAL DESCREDENCIADO. CONDUTA ABUSIVA. CORRETO ACOLHIMENTO DA PRETENSÃO DO AUTOR PARA A CONTINUIDADE DO TRATAMENTO EM HOSPITAL. DANO MORAL, ENTRETANTO, NÃO CONFIGURADO. RECURSO DA RÉ PROVIDO EM PARTE. RECURSO ADESIVO DO AUTOR PREJUDICADO.

1. **Aquisição do Hospital Nove de Julho pela ré. Hospital com o qual a família do autor havia firmado contrato de prestação de serviços médicos/hospitalares, em 14.07.65, intuitu personae** e com duração vitalícia. Descrédenciamento do nosocômio, após a transferência da carteira de clientes para a "Prevent Senior". Inadmissibilidade. Frustração do objeto contratual. Quebra de legítima expectativa. Cobertura do atendimento ao autor neste nosocômio devida.

2. A ausência de prévia comunicação ao beneficiário acerca do descrédenciamento do Hospital Nove de Julho, bem como a falta de comprovação de que os serviços disponibilizados pela operadora do plano de saúde possuem qualidade equivalente à do Hospital descrédenciado, violação ao preceito estabelecido no art. 17, § 1º, da Lei n. 9.656/98.

3. Atuação da ré que deveria estar embasada em "boa-fé qualificada" (STJ), consistente no dever de informar de modo adequado, claro e individual cada um dos usuários de seus serviços, a fim de que, como no caso dos autos, o consumidor, ciente do descrédenciamento ocorrido, pudesse sopesar a sua permanência ou não no plano de saúde e se lhe foi assegurado o cumprimento de suas expectativas em relação ao objeto pactuado.

4. Deveres da ré, cujo cumprimento se afigura ainda mais essencial no caso presente, uma vez que o contrato celebrado com o Hospital Nove de Julho, com qualidade reconhecida publicamente, previa a vigência vitalícia, e tudo isso se constituiu em fator preponderante para a contratação do plano de saúde originário. 5. Conduta abusiva da ré verificada. Sentença mantida neste ponto.

6. Danos morais não configurados no caso concreto. Atendimento no Hospital Nove de Julho garantido ao autor, por liminar, apenas 06 dias após a recusa. Mero aborrecimento. Sucumbência recíproca.

7. Recurso da ré provido em parte e recurso adesivo do autor prejudicado.

(TJSP - Ap 0001305-15.2011.8.26.0008 - 9ª Câmara de Direito Privado - j. 7/10/2014 - julgado por Alexandre Lazzarini - DJe 7/10/2014 - Área do Direito: Consumidor)

Para que a cirurgia pudesse ter sido feita por outros profissionais, normalmente deveria ocorrer aquilo que é chamado no direito das obrigações de cessão de débito

ou assunção de dívida, que ocorrerá sempre que o devedor, nesse caso o Dr. Kawasaki, transferir a outrem sua posição na relação obrigacional.

Paulo Lobo, em sua obra¹⁶, versa sobre a assunção de dívida, estabelecendo seu conceito e suas características. Segue transcrito parte da obra supracitada:

Dá-se assunção de dívida quando terceiro assume a posição do devedor, sem alteração da relação jurídica obrigacional. Um devedor se libera, outro passa a ser o devedor, mantida a identidade da dívida. Seu conteúdo é que o terceiro se coloque no lugar do antigo devedor. (...)

Não se dá assunção de dívida quando o adimplemento não possa ser realizado validamente pelo terceiro (caso de dívidas personalíssimas) ou quando o negócio jurídico a tenha expressamente vedado.

Tal tema, constitui uma novidade no Código Civil, e está regulamentado no art. 299 do referido instrumento legal. Segue abaixo transcrito:

Art. 299. É facultado a terceiro assumir a obrigação do devedor, com o consentimento expresso do credor, ficando exonerado o devedor primitivo, salvo se aquele, ao tempo da assunção, era insolvente e o credor o ignorava.

Como bem anunciado no artigo supracitado, a assunção de dívida somente poderá ocorrer com o consentimento expresso do credor. No caso em tela, deveria o Dr. Kawasaki ter solicitado a permissão de Maria Antônia para que outro profissional cumprisse a obrigação de fazer em seu lugar, o que por certo não ocorreria pois se trata aqui de uma obrigação personalíssima.

Corroborando este entendimento a decisão proferida pelo Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, segue transcrito:

EMENTA: AÇÃO COMINATÓRIA - OBRIGAÇÃO DE FAZER - TRANSFERÊNCIA DE DÍVIDA - CREDOR - CONSENTIMENTO ESSENCIAL - AUSÊNCIA - ASSUNÇÃO DE DÍVIDA - RECONHECIMENTO - IMPOSSIBILIDADE TÉCNICA.

¹⁶ LOBO, Pedro. Direito Civil: Obrigações. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017. Página 176

A transferência de dívida não depende apenas da vontade do devedor, sendo necessário o consentimento do novo devedor e essencial o consentimento expresso do credor, porquanto sem essa anuência essencial expressa, nos termos do artigo 299 do CC, não há como reconhecer à assunção de dívida. Como o credor não deu expressa anuência à transferência de dívida, a improcedência do pedido cominatório é de rigor.

(TJMG - Apelação Cível 1.0000.17.017433-8/001, Relator(a): Des.(a) Saldanha da Fonseca , 12ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 26/04/2017, publicação da súmula em 27/04/2017)

Este não é um entendimento isolado, segue transcrito a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

DIREITO CIVIL E DIREITO PROCESSUAL CIVIL - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA - CONTRATO DE COMPRA E VENDA - CLÁUSULA QUE ESTABELECE ASSUNÇÃO DE DÍVIDA - AUSÊNCIA DE ANUÊNCIA DO CREDOR - AJUSTE INEFICAZ - EXONERAÇÃO DOS DEVEDORES PRIMITIVOS - NÃO OCORRÊNCIA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - REDUÇÃO - POSSIBILIDADE - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. - A cláusula que estipula assunção de obrigação, repercutindo na esfera jurídica do credor, não participante da avença, **depende, para que produza efeito, de sua concordância, nos termos do que dispõe o art. 299 do Código Civil** - Nos termos do art. 85, § 2.º do Código de Processo Civil, os honorários advocatícios serão fixados entre 10% a 20% sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, de forma equitativa pelo Magistrado, levando-se em conta o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço e a natureza e importância da causa.

(TJ-MG - AC: 10702110362192001 MG, Relator: Márcio Idalmo Santos Miranda, Data de Julgamento: 09/07/2019, Data de Publicação: 17/07/2019)

Portanto, pode-se concluir que o Dr. Kawasaki não poderia ter transferido sua responsabilidade de realizar a cirurgia de Cecília, haja visto que foi contratado exclusivamente pela sua boa fama e técnicas profissionais, configurando assim um obrigação de fazer *intuitu personae*, não sendo permitida a assunção de dívida, ou seja, a transferência da posição de devedor nas relações obrigacionais.

Comentado [8]: Ótimo raciocínio utilizado para responder a questão! Muito bem explicado!

5- Quanto à possibilidade de realização de eutanásia

Primeiramente, deve-se entender o significado da eutanásia. Por muito tempo, esse termo foi designado de forma genérica, abrangendo qualquer conduta, seja omissiva ou comissivas, em situações distintas.

A eutanásia pode ser compreendida como a ação médica que visa a abreviação da vida de pacientes que se encontram em estados de doenças incuráveis e terminal. O objetivo é pôr fim ao sofrimento e/ou a dor do doente. Luís Roberto Barroso e Letícia de Campos Velho Martel, versam em sua obra¹⁷ sobre o conceito da eutanásia:

Compreende-se que a eutanásia é a ação médica intencional de apressar ou provocar a morte — com exclusiva finalidade benevolente — de pessoa que se encontre em situação considerada irreversível e incurável, consoante os padrões médicos vigentes, e que padeça de intensos sofrimentos físicos e psíquicos.

Além disso, os referidos autores trazem uma classificação dos subtipos da eutanásia, dividindo-a em voluntária, não-voluntária e involuntária. Segue transcrito abaixo:

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. 2010.

Diz-se que é voluntária quando há expresso e informado consentimento; não-voluntária, quando se realiza sem o conhecimento da vontade do paciente; e involuntária quando é realizada contra a vontade do paciente.

Conforme expõem em sua obra¹⁸, Heringer e Perim, nos trazem a noção de que a eutanásia não é uma prática “moderna”, haja visto seu registro em culturas mais antigas, segue transcrito:

A ideia de eutanásia está presente na história da humanidade desde a Antiguidade e também na Idade Média, em que “a prática da eutanásia já existia e até membros do clero praticavam-na”, apesar de o termo ter origem etimológica grega. Da sua origem, “a palavra eutanásia procede do grego, o prefixo “eu” significa boa e “thanatos”, morte, boa morte”. Com isso, observa-se que os povos primitivos e da Antiguidade a praticavam, sem ela possuir esta denominação específica e também sem a significação existente hoje entre nós. (...)

Para melhor compreensão do assunto, importa entender a sua conceituação. A primeira pessoa a utilizar o termo eutanásia e a dar um conceito para ela foi o filósofo Francis Bacon, que disse: “o médico deve acalmar os sofrimentos e as dores não somente quando este traz a cura, mas também quando serve de meio para uma morte doce e tranquila.

Importante ressaltar a diferença entre a eutanásia, ortotanásia e distanásia, práticas comumente confundidas entre si. A distanásia (dis + thanasia, morte lenta, ansiosa e com muito sofrimento) – É o emprego de todos os meios terapêuticos possíveis, inclusive os extraordinários, no doente agonizante, já incapaz de resistir, e no curso natural do fim de sua vida. Tais meios são empregados na expectativa duvidosa de prolongar-lhe a existência, sem a mínima certeza de sua eficácia, nem da reversibilidade do quadro.

Já a ortotanásia é o procedimento pelo qual o médico acompanha o processo natural de morte, sem prolongamento artificial. A omissão voluntária ocorre quando os

¹⁸ HERINGER, Astrid; PERIM, Sabrina Fontoura. A eutanásia no Brasil. **Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas**, v. 8, n. 11, p. 13-36, 2008.

meios extraordinários para prolongar a vida de alguém, embora eficazes, atingem apenas transitoriamente o objetivo buscado, de forma que a situação do paciente logo retorna à condição anterior.

Em uma de suas obras Rodrigo Padilha¹⁹ diz que o Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução 1.805/2006, aprovou a prática da ortotanásia, in expressis: “Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal. Liminar que suspendia essa resolução, proferida nos autos da Ação Civil Pública 2007.34.00.014809-3, em trâmite no TRF – 1.ª Região, foi revogada e a ação julgada improcedente. Desta forma, após anos sem efetividade, a partir de 09.12.2010 essa resolução pôde voltar a ser aplicada.

A partir dos esclarecimentos a respeito de seu conceito, deve-se partir para uma análise jurídica do assunto tomando como base a legislação brasileira. O ordenamento jurídico vigente no Brasil é manifestamente adverso à realização da prática da eutanásia, o maior motivo para tal entendimento a respeito desta prática se justifica pelo fato de a eutanásia “bater de frente” com um dos direitos fundamentais, o direito à vida.

O direito à vida é contemplado na Constituição Federal, no título Dos Direitos e Garantias Fundamentais, sendo consagrado como o mais fundamental dos direitos, uma vez que, é dele que derivam todos os demais direitos.

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...).

¹⁹ Direito Constitucional; Rodrigo Padilha; 6. ed; pág 253; Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020

Constitucionalmente o homem tem direito à vida e não sobre a vida. Cabe ao Estado assegurar o direito à vida, dessa forma proíbe a morte provocada, como a eutanásia.

Tal prática é vedada pelo ordenamento jurídico sendo esta considerada um crime perante o código penal, podendo se enquadrar na matéria do art. 121, §1º deste dispositivo legal:

Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

§ 1º **Se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral**, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

No caso de aplicação do artigo e parágrafo supracitados, a prática de eutanásia se enquadra no que é chamado de homicídio privilegiado, haja visto que a finalidade desta, qual seja pôr fim à dor e/ou sofrimento alheio, é o que chamamos de motivo de relevante valor moral.

Corroborando este entendimento a decisão proferida pelo Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, segue transcrito:

EMENTA: PENAL - JÚRI - HOMICÍDIO PRIVILEGIADO TENTADO - APLICAÇÃO DA PENA - QUANTUM DE REDUÇÃO - TENTATIVA - PRIVILÉGIO DO RELEVANTE VALOR MORAL - INJUSTIÇA NÃO VERIFICADA - RAZOABILIDADE DOS PARÂMETROS ADOTADOS - SENTENÇA MANTIDA. - As hipóteses de cabimento de apelação contra decisão do Tribunal do Júri e os limites revisionais do Tribunal ad quem são restritivos, sendo que, no tocante à fixação da pena, o Tribunal deve limitar-se a verificar a ocorrência de erro ou injustiça na aplicação da pena e corrigir eventuais distorções, nos termos no art. 593, § 2º, do CPP - A fixação da pena-base deve ser creditada ao prudente arbítrio do juiz, com base no livre convencimento motivado. Sendo idôneos os fundamentos e razoável o quantum de aumento em face de aspectos desfavoráveis, é de se manter a decisão -

Pela extensão do iter criminis percorrido, incabível a redução máxima da pena pela tentativa se o agente esgotou os atos executórios do crime de homicídio, aproximando-se do resultado - A opção pela redução mínima em face do privilégio do § 1º do art. 121 do Código Penal se justifica se a motivação do crime está longe de conferir nobreza ao ato homicida, a ponto de dignificá-lo, torná-lo aprovável pela moralidade média e digno de apreço. (...)

(...)Isso porque o relevante valor moral se refere aos interesses particulares do agente, mas deve ser auferido a partir de critérios objetivos e que estejam em consonância com valores nobres, de acordo a consciência ética ou moral da coletividade, como, por exemplo, a compaixão e a piedade - exemplo clássico é a eutanásia, quando o agente mata alguém para evitar-lhe a dor.

(TJ-MG - APR: 10521160090846001 MG, Relator: Júlio Cezar Gutierrez, Data de Julgamento: 05/12/2018, Data de Publicação: 12/12/2018)

Esta não é uma decisão isolada, o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará também se manifesta positivo ao fato de a eutanásia configura-se como homicídio privilegiado, segue transcrito:

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO. DOIS HOMICÍDIOS EM CONCURSO FORMAL POR ERRO NA EXECUÇÃO. JULGAMENTO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIO A PROVA DOS AUTOS. CRIME COMETIDO POR MOTIVO DE RELEVANTE VALOR MORAL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO DO TRIBUNAL POPULAR COMPROVADA EM SUPORTE FÁTICO-PROBATÓRIO EXISTENTE. 1. Condenado à pena de 07 (sete) anos, 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, por violação ao art. 121, c/c arts. 73 (parte final), 20, §3º e 70, todos do Código Penal, o réu interpôs o presente apelo sustentando que o veredicto do Conselho de Sentença foi manifestamente contrário à prova dos autos, pois deveria ter sido reconhecida a minorante do homicídio privilegiado. Subsidiariamente, pede a correção da pena aplicada. 2. No presente caso, o apelante quer fazer crer

que sua conduta restou abarcada pelo privilégio, em virtude de ter agido impelido por relevante valor moral, consubstanciado no fato de que a vítima Maicon Douglas se utilizou de violência e grave ameaça para subtrair o celular da enteada do réu, desferindo-lhe tapas no rosto, xingando-lhe de vagabunda e apalpando suas partes íntimas. Ocorre que alguns depoimentos colhidos ao longo do feito, a exemplo do relato do próprio filho do acusado em juízo, dão conta de que o mote ensejador do crime foi o fato de a vítima não ter devolvido o celular subtraído, nada sendo falado acerca de agressões de natureza sexual.

3. Neste contexto, tem-se que o Conselho de Sentença, ao negar a tese sustentada pelo apelante, pode ter entendido que praticar homicídio contra a vítima em virtude desta ter subtraído o celular da enteada do réu não demonstraria que ele agiu de forma privilegiada, visto não ser esta uma razão dotada de sentimento humanitário, de compaixão ou de piedade, requisitos que são imprescindíveis, segundo doutrina e jurisprudência, para a caracterização da discutida causa de diminuição de pena.

4. Dessa forma, a decisão vergastada é irretocável e merece permanecer intacta, tendo em vista que não foi verificada a contrariedade do veredicto em relação às provas coligidas nos autos, as quais sustentam a tese acusatória a que se afiliaram os jurados, rejeitando a tese da defesa, sem qualquer vício que ocasione dúvidas quanto à legitimidade e soberania características da decisão do Júri. **ERRO OU INJUSTIÇA NA APLICAÇÃO DA PENA. NECESSIDADE DE REDIMENSIONAMENTO DA SANÇÃO.**

5. Deve a pena-base ser redimensionada ao mínimo legal de 06 (seis) anos, vez que a fundamentação utilizada pelo julgador para negativar a culpabilidade do réu mostrou-se inidônea. Na 2ª fase, mantém-se o reconhecimento da atenuante de confissão espontânea, porém deixa-se de aplicá-la, pois a reprimenda já se encontra do piso legal. Súmula 231, STJ. Na 3ª fase, altera-se o quantum de aumento decorrente do concurso formal para a fração de 1/6, pois foram praticados dois homicídios. Precedentes.

6. Fica a pena definitiva redimensionada de 07 (sete) anos, 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão para 07 (sete) anos de reclusão. **RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO ACORDÃO** Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal nº 0783547-61.2014.8.06.0001, ACORDAM os desembargadores da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer do recurso para dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do

Relator. Fortaleza, 4 de setembro de 2018 DESEMBARGADOR MÁRIO PARENTE TEÓFILO NETO Relator (...)

Já o relevante valor moral liga-se aos interesses individuais, particulares do agente, entre eles os sentimentos de piedade, misericórdia e compaixão. Assim, o homicídio praticado com o intuito de livrar um doente, irremediavelmente perdido, dos sofrimentos que o atormentam (eutanásia) goza de privilégio da atenuação da pena que o parágrafo consagra. O mesmo exemplo é lembrado pela Exposição de Motivos: “o projeto entende significar o motivo que, em si mesmo, é aprovado pela moral prática, como por exemplo, a compaixão ante o irremediável sofrimento da vítima (caso do homicídio eutanásico)

(Relator (a): MARIO PARENTE TEÓFILO NETO; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 2ª Vara do Juri; Data do julgamento: 04/09/2018; Data de registro: 05/09/2018)

Pedro Lenza, em sua obra, expõe seu entendimento a respeito do assunto tratado neste parecer, segue transcrito:

Apesar de todas essas perspectivas, entendemos que a decisão individual terá de ser respeitada. A fé e a esperança não podem ser menosprezadas e, portanto, a frieza da definição não conseguirá explicar e convencer os milagres da vida. A Constituição garante, ao menos, apesar de ser o Estado laico, o amparo ao sentimento de esperança e fé que, muitas vezes, dá sentido a algumas situações incompreensíveis da vida.

Portanto, seguindo o entendimento do direito brasileiro, não seria permitido a realização do procedimento da eutanásia em Cecília, como sugerido por sua mãe, dona “Toninha”, tendo em vista que tal prática e verdade pelo ordenamento jurídico brasileiro, configurando-se como homicídio privilegiado em razão de seu motivo de relevante valor moral nos termos do art. 121, §1º do Código Penal.

É o parecer,

Salvo melhor juízo.

Comentado [9]: Como interpretar esse entendimento no contexto apresentado? Em todo o desenvolvimento fala-se que não é possível fazer a eutanásia, e, no final, é lançada fórmula distinta, e desacompanhada de qualquer observação dos pareceristas. Você poderiam acompanhar o entendimento (“apesar de todos os argumentos anteriores, acreditamos que...”), ou discordar dele (“não é a opinião de Pedro Lenza, para quem...”, mas jamais colocar um trecho contrário como se estivesse inserido na mesma linha de ideias.

Comentado [10]: Resposta muito boa, mas esse descuido final coloca em dúvida a própria conclusão do parecerista. “Poder, não pode, mas se pensar bem... vai da fé de cada um”.

CONCLUSÃO

I. Analisando ponto a ponto dos aspectos que caracterizam tanto a conduta dolosa como a culposa, pode-se depreender que a melhor tese pela qual poderá ser construída a defesa de Luana, será imputar-lhe a conduta culposa, haja visto a falta de elemento essencial caracterizador do dolo, a vontade de produzir resultado lesivo. Como visto, o caso preenche todos os elementos do fato típico do crime culposo.

II. O que poderá acontecer caso Luana ingresse com uma ação judicial contra o Jornal Tribuna, mesmo havendo existência de cláusula compromissória, dependerá das alegações que a ré fará em sua contestação, uma vez que é ônus desta apontar a existência de convenção de arbitragem nos termos do art. 337, inciso X do Código de Processo Civil. Caso não se manifeste, subentender-se-á a desistência da resolução do litígio por vias extrajudiciais, se o contrário ocorre, caberá à Luana se manifestar a respeito no prazo de 15 (quinze) dias nos termos do art. 351, CPC.

III. Houve irregularidade na forma que o Jornal Tribuna efetivou a cobrança contra Luana, uma vez que o meio escolhido, a publicação de seu nome no periódico, expôs a interessada ao ridículo, a uma situação vexatória, configurando-se assim, uma cobrança abusiva, nos termos dos artigos 42 e 71 do Código de Defesa do Consumidor.

IV. Pode-se concluir que o Dr. Kawasaki não poderia ter transferido sua responsabilidade de realizar a cirurgia de Cecília, haja visto que foi contratado exclusivamente pela sua boa fama e técnicas profissionais, configurando assim um obrigação de fazer intuitu personae, não sendo permitida a assunção de dívida, ou seja, a transferência da posição de devedor nas relações obrigacionais.

V. Seguindo o entendimento do direito brasileiro, não seria permitido a realização do procedimento da eutanásia em Cecília, como sugerido por sua mãe, dona “Toninha”, tendo em vista que tal prática e verdade pelo ordenamento jurídico brasileiro, configurando-se como homicídio privilegiado em razão de seu motivo de relevante valor moral nos termos do art. 121, §1º do Código Penal.