

Questões Atuais sobre as Perícias nas Ações de “Desapropriações Indiretas” Ambientais: Terceirização da Perícia e Perda de uma Chance

José Ângelo Remédio Jr.¹

Sumário: Intróito. 1.1 Considerações iniciais sobre a “terceirização” da perícia nas ações de “desapropriações indiretas” ambientais. 1.2 Do direito de defesa como elemento do processo. 1.3 Direito à prova pericial como garantia de acesso à justiça e princípio do contraditório. 1.4 Da prova pericial ilícita. 1.5 Exigência de conhecimento técnico do perito. 1.6 A inserção do artigo 431-B do Código de Processo Civil: perícia complexa. 1.7 Ausência de intimação da realização da perícia. 1.8 Do impedimento e suspeição do “terceirizado”. 1.9 Sanções em face do perito e do “terceirizado”. 1.10 Da nulidade da perícia e instrumentalidade do processo. 2.1 Considerações iniciais sobre perda de uma chance. 2.2 Da certeza do dano. 2.3 Da indenização pela perda de uma chance. Conclusões. Referências.

Intróito

Festejados juristas² e engenheiros³ já tiveram a oportunidade de explanar sobre a produção da prova nas ações de “desapropriações indiretas” ambientais.

1 Procurador do Estado de São Paulo, classificado na Procuradoria Regional de Sorocaba. Especialista em Direito Constitucional pela Escola Superior de Direito Constitucional e em Direito Público pela Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo.

2 LAMAC, Jaques. Prova nas ações de desapropriação ambiental. In: Regularização imobiliária de área protegidas: doutrina e jurisprudência. Organização de Marcelo de Aquino e Pedro Ubiratan Escorel de Azevedo. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1999. v. 2, p. 55-62; AZEVEDO, Pedro Ubiratan Escorel de. Indenização de áreas de interesse ambiental: pressupostos e critérios. In: Seminário de Direito Ambiental Imobiliário, 1998. Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1998. p. 83-90.

3 CAMARGO, Júlio César F. de. Critérios de avaliação. In: Seminário de Direito Ambiental Imobiliário, 1998. Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1998. p. 45-60.

Por isso, neste ensejo, não serão revisitados os judiciosos estudos elaborados sobre o tema. Será trilhado caminho diverso e perquiridas questões atuais sobre a perícia nas referidas ações, que ainda são um pouco menos debatidas, apesar da sua transcendental importância.

Optou-se por dois temas específicos: a terceirização da perícia e a perda da chance, devido à relevância dessas questões jurídicas, como se passa a demonstrar.

1.1 Considerações iniciais sobre a “terceirização” da perícia nas ações ambientais

Terceirização é um vocábulo que adentrou no ordenamento jurídico pela seara do direito do trabalho, aproveitando-se de construção advinda da ciência de administração de empresas. É sabido de todos que significa, *grosso modo*, a transferência da execução de atividade-meio do empresário à pessoa que não esteja vinculada ao quadro de empregados da sociedade empresarial. À luz do pensamento de Mauricio Godinho Delgado, *in verbis*:

“A expressão terceirização resulta de neologismo oriundo da palavra terceiro, compreendido como intermediário, interveniente. Não se trata, seguramente, de terceiro, no sentido jurídico, como aquele que é estranho a certa relação jurídica entre duas ou mais partes. O neologismo foi construído pela área de administração de empresas, fora da cultura do Direito, visando enfatizar a descentralização empresarial de atividades para outrem, um terceiro à empresa.”⁴

Aliás, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho consolidou-se na Súmula n. 331, no sentido de que apenas a atividade-meio ou o trabalho especializado podem ser terceirizados, sem que fique caracterizado o vínculo de emprego. Essas ponderações servem para ilustrar o melindre que a questão deve ser tratada, e ainda com muito mais rigor ao ser transporta no seio de um poder do Estado Democrático de Direito, que é a função jurisdicional. Isso porque tem se tornado uma prática corrente a transferência de parcela da atividade pericial, no bojo de ação de indenização por limitação administrativa ambiental, a pessoa completamente estranha ao feito, sem que ela sequer esteja qualificada na função de auxiliar da Justiça, ou seja, legitimada pelo procedimento de nomeação judicial.

O Judiciário tem sido conivente com essa prática, que implica numa verdadeira “terceirização” da atividade pericial. Isso consiste, na fase de instrução, na nomeação como perito de um profissional que não conhece as especificidades exigidas para esse tipo de ação, *verbi gratia*, um engenheiro civil ou arquiteto que, por sua vez, contrata em regra um engenheiro florestal para fazer o laudo pericial. Assim, o perito pratica um ato judicial semelhante à nomeação feita por ato do

4 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004. p. 428.

juiz, ao contratar o “terceirizado”, inobstante não ser competente para praticar o ato de nomeação, que é ato judicial privativo do juiz natural da causa. Chega-se ao ponto do “terceirizado” até indicar o valor da indenização, sendo que o *quantum* é simplesmente reproduzido pelo perito e subscrito cegamente, sem nenhum juízo crítico ou conhecimento da matéria avaliada pelo “terceirizado”.

E o pior. Em algumas decisões, o Judiciário, em primeiro grau, simplesmente decidiu que cabe ao próprio perito dizer se possui (ou não) conhecimentos técnicos especializados para a perícia, indiferentemente da formação profissional do suposto *expert*.

A questão agrava-se ainda mais ao perceber que o Estado de São Paulo, em diversas ocasiões, foi condenado a indenizações milionárias, em localidades cujos imóveis são de baixo valor e de difícil ou impossível possibilidade de exploração econômica da propriedade. Aliás, em algumas ocasiões, a indenização foi superior à própria receita do Município onde estava localizado o imóvel que supostamente teria sido “apossado” pelo uso da restrição ambiental... E, não raramente, ao se debruçar os olhos com rigor sobre os autos desses processos, vai-se deparar com um “terceirizado” efetivamente elaborando o laudo pericial.

Torna-se manifesto que essa prática espúria infringe gritantemente princípios estruturantes do processo civil, cujos fundamentos estão na própria Constituição Federal e no Código de Processo Civil. Passa-se a esboçar, em breve síntese, as questões processuais relacionadas à matéria.

1.2 Do direito de defesa como elemento do processo

A positivação do modelo político como Estado Democrático de Direito traz como conseqüência básica a exigência de que as funções típicas dos poderes sejam cadenciadas com os princípios da Constituição Federal de 1988. Por conseguinte, de modo correlato ao direito de ação consubstanciado no artigo 5º, inciso XXXV, encontra-se o direito de defesa que, por sua vez, tem fundamento constitucional no artigo 5º, inciso LIV. Nelson Nery Junior assenta: “O texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o *direito de ação*, quanto o *direito de defesa* são manifestações do princípio do contraditório.”⁵

No mesmo diapasão, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco obtemperam: “Tanto como o direito de ação, a defesa é um direito público subjetivo (ou poder), constitucionalmente garantido

5 NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 125. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 382-383. (Curso de Processo Civil, v. 2).

como corolário do devido processo legal e dos postulados em que se alicerça o sistema contraditório do processo.”⁶

Hodiernamente, tornou-se um dogma que o demandante tem direito de buscar tudo aquilo e exatamente aquilo que tem direito. Esse foi, em verdade, o norte das recentes reformas processuais, que tiveram por escopo dar maior celeridade ao processo, para assegurar essa finalidade.

É ínsito ao processo que, da mesma forma que o autor tem direito a buscar a tutela jurisdicional contra lesão ou ameaça a direito, o réu tem o direito de defesa, com os meios e recursos inerentes. Na precisa definição de Luiz Guilherme Marinoni:

“Isso quer dizer, desde logo, que o direito de defesa é o direito de efetivamente poder negar a tutela do direito, o qual apenas poderá ser limitado em hipóteses excepcionais, racionalmente justificadas pela necessidade de efetiva tutela jurisdicional do direito. Nessa perspectiva, não há como deixar de perceber que o direito de defesa também consiste no direito de influir sobre o convencimento do juiz. E isso mediante alegações, requerimento de provas, participação na sua produção, consideração sobre os seus resultados etc.”⁷

De toda sorte, o direito de defesa se manifesta, tal como o direito de ação, na prévia ordenação dos meios de defesas adequados, como, por exemplo, o procedimento adequado, e, mormente, na possibilidade de produzir provas.

Pode-se ilustrar uma violação corriqueira ao direito de defesa, na seara da produção de prova pericial nas ações indenizatórias ambientais, pela desídia do perito em responder aos quesitos apresentados pela defesa, ou mesmo pela mera resposta “sim” ou “não”, sem uma motivação adequada para embasá-la.

É importante acentuar que a violação ao direito de defesa na fase de instrução da demanda ensejará a infração direta à própria Constituição Federal. E a relevância dessa ponderação advém do fato do Supremo Tribunal Federal não conhecer recursos extraordinários interpostos em face de violação indireta da Constituição Federal.

O aspecto mais relevante do direito fundamental de defesa consiste na sua utilização direta como norma e fator determinante na interpretação das regras do Código de Processo Civil referentes à perícia. Isso porque sempre que “terceiro” não puder sequer ser contraditado, e cujo labor tiver sido feito obscuramente, inexistente a concretização do direito de defesa.

6 CINTRA, Antonio Carlos de. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 270.

7 MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 308. (Curso de Processo Civil, v. 1).

1.3 Direito à prova pericial como garantia de acesso à justiça e princípio do contraditório

O direito à prova tem respaldo normativo no princípio do devido processo legal, no direito de ação e de defesa e no princípio do contraditório, eis que é um direito fundamental, por derivação de outros direitos fundamentais, por aplicação do artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal.⁸

Por isso, o direito à prova é meramente instrumental e tem por escopo a prestação de uma tutela jurisdicional justa⁹, no lapidar ensinamento de Dinamarco, Grinover e Araújo Cintra: “O processo deve ser manipulado de modo a propiciar às partes o acesso à justiça, o qual se resolve, na expressão muito feliz da doutrina brasileira recente, em *acesso à ordem jurídica justa*.”¹⁰

Sem nenhum esforço de argumentação, infere-se que a interferência de um “terceiro” na produção da prova pericial, mediante a própria confecção do laudo pericial ou da colheita de elementos técnicos imprescindíveis para tal mister, esboroam o direito fundamental à prova, que fica sujeita a toda sorte de arbitrariedades e interesses obscuros.

Na mesma senda, o contraditório é emporcalhado, eis que sem a transparência dos atos processuais, amesquinha-se a oportunidade de participação e possibilidade de influência na formação da decisão.¹¹

1.4 Da prova pericial ilícita

A Constituição Federal preceitua que são inadmissíveis no processo as provas obtidas ilicitamente, positivando uma das ideias básicas que integram o conceito de devido processo legal, segundo a lição de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio M. Coelho e Paulo Augusto Gonet Branco, pois: “A obtenção de provas sem a observância das garantias previstas na ordem constitucional ou em contrariedade ao disposto em normas fundamentais de procedimento configurará afronta ao princípio do devido processo legal.”¹²

8 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Rafael Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. Salvador: Juspodivm, 2007. v. 2, p. 23.

9 CINTRA, Antonio Carlos de. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel, *Teoria geral do processo*, cit., p. 25.

10 Ibidem, cit., p. 33.

11 DIDIER JR., Fredie. *Direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2005. v. 1, p. 43.

12 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Augusto Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 640.

O Código de Processo Civil, por sua vez, dispõe que são admissíveis no processo todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos.

Interessa diretamente ao caso em apreço a questão da formação da prova. Indiscutivelmente, a delegação da realização da perícia a um “terceiro” viola uma série de normas processuais, como será demonstrado oportunamente. A principal lesão ao ordenamento jurídico nesses casos, entretanto, é muito mais grave do que isso.

A transferência da elaboração de parte central da perícia a um “terceiro” pode vir a caracterizar ato de improbidade administrativa, mormente se ficar comprovada a falsidade documental do conteúdo do laudo pericial, enquadrando-se, por exemplo, no crime de falsidade ideológica previsto no artigo 299 do Código Penal.

Evidencia-se que a transferência do labor de elaboração do laudo pericial a um “terceiro” não viola tão-somente as regras infraconstitucionais, lesando gritantemente princípios enraizados na Constituição Federal, a saber: a) direito fundamental de defesa; b) acesso à justiça; c) princípio do contraditório; d) princípio da moralidade administrativa; e) princípio da legalidade administrativa; entre outros.

A Lei de Improbidade Administrativa, por sua vez, reza que constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública qualquer ação ou omissão que viole deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade, e notadamente praticar ato visando a fim proibido em lei ou diverso do previsto na regra de competência.

Há de se ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça, em recente decisão relatada pelo Ministro Herman Benjamin, julgando agravo regimental em ação rescisória¹³, ajuizada com fundamento na falsidade do laudo pericial, originado de condenação em ação de indenização por apossamento administrativo ambiental em desfavor do Estado de São Paulo, qualificou a questão como suposto ato de improbidade administrativa praticado pelo perito, *in verbis*:

“A dúvida sobre o cabimento de ação rescisória (utilizada para se tentar anular uma decisão que já transitou em julgado) foi a principal questão levantada pelos ministros durante o debate. Entendendo ser a ação incompatível com o pedido, o relator votou contra a produção de uma nova prova, entendendo que, ‘se muito, provaria a erronia de critérios adotados pela perícia, jamais a sua falsidade’. O voto vencedor, no entanto, defendeu que tal entendimento não poderia ser adotado no âmbito do Direito Público, ‘pois o princípio constitucional da probidade administrativa, aplicável aos peritos, não se conformaria com essa modalidade de gradação’, argumentou. ‘O que está em jogo não é a punição do infrator, mas o desfazimento de vultosos prejuízos ao bolso do contribuinte’, alertou o ministro

13 STJ – AgR AR n. 3.290/SP, acórdão ainda não publicado. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 21 set. 2007.

Herman Benjamim, ao esclarecer que o fundamental, no caso em questão, é investigar a veracidade do laudo pericial. Segundo o ministro, há fortes indícios da falsidade. ‘O Tribunal não pode negar ao Estado de São Paulo a possibilidade de provar a falsidade da perícia produzida que deu ensejo à condenação milionária.’”

Cumprido esclarecer que no referido julgado não se adentrou no mérito se “terceiro” elaborou (ou não) o laudo pericial. Mas, de qualquer forma, a lógica do julgado se aplica com muito mais razão quando houver “terceirização” do laudo pericial.

A transferência da atividade de elaboração do laudo pericial para um “terceiro”, portanto, constitui ato de improbidade administrativa, impregnando a prova de cabal ilicitude.

É importante realçar, ademais, que a gravidade da lesão é tamanha ao ordenamento jurídico, porquanto a própria Constituição Federal é violada, que torna possível o ajuizamento de ação rescisória, com fundamento no artigo 485, incisos V e VI, do Código de Processo Civil.

1.5 Exigência de conhecimento técnico do perito

Não bastassem os argumentos expostos, para ser nomeado perito na demanda, é imprescindível que tenha conhecimentos técnicos especializados sobre o objeto da perícia. A questão é pacífica na doutrina, como se pode observar na lição de mestres insuspeitos.

Moacyr Amaral Santos, com a peculiar precisão, averba:

“Perito – do latim *peritus*, formado do verbo *perior*, que quer dizer experimentar, saber por experiência – é o sujeito ativo da perícia. Sua atividade se exerce no sentido de satisfazer às finalidades da perícia, verificando fatos relativos à matéria em que é versado ou prático. (...) É o perito uma pessoa que, pelas suas qualidades especiais que possui, geralmente de natureza científica ou artística, supre as insuficiências do juiz no que tange à verificação ou apreciação daqueles fatos da causa que para tal exijam conhecimentos especiais ou técnicos. (...) Além da capacidade dita jurídica, o perito deverá possuir *capacidade técnica*, ou *competência*, isto é, aptidão, idoneidade, conhecimentos suficientes para exercer com competência a função pericial, que lhe é cometida.”¹⁴

Com a mesma clareza, Pontes de Miranda assevera: “A perícia serve à prova de fato que dependa de conhecimento especial, ou que simplesmente precise de ser fixado, não bastando a inspeção do juiz, ou a fotografia, ou a moldagem.”¹⁵

14 SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 2. p. 472-473.

15 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. 4, p. 441.

À luz do direito italiano, Liebman também realça as funções do perito: “O juiz pode nomear um ou mais peritos quando, para a realização de atos isolados ou a qualquer tempo no processo, precisar fazer investigações para as quais se requirem conhecimentos técnicos especializados, diferentes dos jurídicos e dos quais ele próprio não disponha.”¹⁶

Por fim, Chiovenda põe pá de cal sobre a questão:

“Peritos são pessoas chamadas a expor ao juiz não só as observações de seus sentidos e suas impressões pessoais sobre os fatos observados, senão também as induções que se devem tirar objetivamente dos fatos observados ou que se lhes dêem por existentes. Isto faz supor que eles são dotados de certos conhecimentos teóricos ou aptidões em domínios especiais.”¹⁷

É até redundante, banal, asseverar que o perito que tem que “terceirizar” a execução de seu trabalho, por não dispor de conhecimentos técnicos suficientes, não serve para cumprir a função que se obrigou. Aliás, o Código de Processo Civil prevê expressamente como causa de substituição de perito, a carência de conhecimento técnico ou científico.

Não resta dúvida, dessarte, que o ato do perito – muitas vezes engenheiro civil ou arquiteto – em contratar um engenheiro florestal para avaliar o valor da terra e demais bens estará cabalmente admitindo carência de conhecimento técnico sobre o objeto pericial.

1.6 A inserção do artigo 431-B no Código de Processo Civil: perícia complexa

No ano de 2002, foi acrescido no Código de Processo Civil o artigo 431-B, admitindo expressamente que sendo complexo o objeto da perícia, por abranger mais de uma área de conhecimento especializado, possa haver a nomeação de vários peritos.

No entanto, o magistrado, detentor do poder de direção do processo, já podia fazer isso antes mesmo da referida reforma processual. O ensinamento de Humberto Theodoro Jr. corrobora o exposto, a saber: “A medida corresponde a uma necessidade lógica e intuitiva, e, por isso mesmo, já vinha sendo observada na prática forense, independentemente da previsão expressa da lei.”¹⁸

Salta à vista que consiste numa verdadeira teratologia processual o fato do perito transferir suas atribuições para um “terceiro”, estranho ao feito, ao invés de

16 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 120.

17 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1945. p. 173.

18 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 1, p. 434.

executar pessoalmente tão relevante função de auxiliar da Justiça. Assim, antes ou após o acréscimo do artigo 431-B ao Código de Processo Civil, jamais foi admissível a “terceirização” da elaboração da perícia.

Uma constatação empírica: mesmo após o acréscimo do artigo 431-B do Código de Processo Civil, continua a ocorrer a odiosa “terceirização” do laudo pericial. Triste realidade.

1.7 Ausência de intimação da realização da perícia

O Código de Processo Civil, com a reforma de 2001, passou a exigir que as partes fossem intimadas do dia e local para a realização da perícia. A finalidade dessa norma é evidente: concretização da ampla defesa e do contraditório.

É claro que com o laudo pericial sendo “terceirizado”, esboroa-se o direito das partes acompanharem a produção da prova pericial, violando, outrossim, o artigo 431-A do Código de Processo Civil.

1.8 Do impedimento e suspeição do “terceirizado”

O fato de um terceiro elaborar o laudo pericial traz outro aspecto de consequências nefastas, que consiste na impossibilidade de oferecer exceção por suspeição ou impedimento, tal como seria possível em face do perito, aplicável a este por força do artigo 138 do Código de Processo Civil.

1.9 Sanções em face do perito e do “terceirizado”

O perito que oferecer laudo com informações falsas, devido mormente à “terceirização” da perícia, incorrerá numa série de sanções, como se passa a demonstrar.

Prescreve o artigo 147 do Código de Processo Civil, primeiramente, que o perito que, por dolo ou culpa, prestar informações inverídicas, responderá pelos prejuízos que causar à parte, ficará inabilitado por dois anos a funcionar em outras perícias e incorrerá na sanção que a lei penal estabelecer.

Alumia-se, destarte, três modalidades de sanções em face do perito: a) sanção civil; b) sanção processual; c) sanção penal. Pode-se incluir ainda, por força de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, uma quarta modalidade: d) sanção por improbidade administrativa, que tem especial importância no caso em apreço.

Na esfera civil, o perito pode ser responsabilizado por dolo ou culpa. Deverá ser proposta uma ação própria a esse fim. Há de se ressaltar que o Código de Processo Civil de 1939 exigia que houvesse culpa grave ou dolo do perito para que fosse responsabilizado, sendo questão superada na égide do Código de Processo Civil de 1973, pois basta a culpa, mesmo que levíssima, para estar configurado o dever de indenizar.¹⁹

19 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. 2, p. 430.

O Código Civil, ademais, permite que o “terceirizado” seja responsável solidário pelo ato ilícito praticado, na forma do artigo 942, parágrafo único.

Sob o prisma processual, o perito, de plano, deverá ficar inabilitado a funcionar em outras perícias por dois anos, sendo que essa sanção deve ser aplicada no bojo do próprio processo em que ocorrer a infração.

A gravidade da infração praticada pelo perito de “terceirizar” a perícia é de tamanha gravidade que pode dar azo à incidência das sanções previstas na Lei de Improbidade.

Mais uma vez, retoma-se a análise do julgado do Superior Tribunal de Justiça, em sede de agravo regimental em ação rescisória²⁰, ajuizada com fundamento na falsidade do laudo pericial, pois o Ministro Herman Benjamim assinalou a possibilidade de ocorrência de improbidade administrativa, já que “o princípio constitucional da probidade administrativa, aplicável aos peritos, não se conformaria com essa modalidade de gradação” de afronta ao erário público, mediante laudos apontando indenizações milionárias discrepantes da realidade.

A par disso, no âmbito penal, acentua-se, de imediato, que o perito apenas responderá pelo crime de “falsa testemunha ou perícia”, caso agir com dolo, pois o delito não prevê a modalidade culposa.

Há sanções criminais que, ademais, poderiam ser impostas ao perito e não poderiam incidir sobre o “terceirizado”. O crime de falso testemunho ou falsa perícia, por exemplo, tipifica a conduta do perito em fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral.

O princípio da estrita legalidade penal obsta que se realizem interpretações analógicas incriminadoras. Ou seja, não se poderia tipificar a conduta do “terceirizado” que subsumisse no crime do artigo 342 do Código Penal, porquanto é crime de mão própria.

O perito não pode responder pelo delito referido se não houver dolo na sua conduta. Tão-somente na hipótese de existir um conluio entre o perito e o “terceirizado”, com o fim de fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade, é que se poderia cogitar em concurso de agentes, ensejando a incidência do artigo 342 do Código Penal. Assim, o laudo pericial estaria firmado em elementos falsos e o perito teria conhecimento desse fato e praticaria a conduta ilícita, enquanto que o “terceirizado” seria partícipe, causando o concurso de pessoas no crime de falso.

Com propriedade, Guilherme de Souza Nucci averba:

“Entendemos perfeitamente admissível, na modalidade de participação, o concurso de agentes. Nada impede, tecnicamente, que uma pessoa induza, instigue ou

20 STJ – AgR AR n. 3.290/SP.

auxilie outra a mentir em juízo ou na polícia. O crime é de mão própria: embora isso queira significar ter o autor de cometê-lo pessoalmente, nada impede tenha ele o auxílio de outrem.”²¹

Entrementes, caso não haja dolo do perito, e considerando que o direito penal aboliu definitivamente a responsabilidade objetiva, inexistiria o crime de falso, malgrado a existência de dolo do “terceirizado” em induzir o perito a fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade no processo. Pode-se admitir que, inexistindo dolo ou culpa do perito, o “terceirizado” responda pelo crime de falsidade ideológica.

1.10 Da nulidade da perícia e instrumentalidade do processo

Por mais grave que sejam as ofensas ao ordenamento jurídico, não se pode perder de vista que o processo é um mero instrumento para a consecução de outras finalidades, não é um fim por si só. Dessa forma, inexistindo prejuízo ao Estado no laudo pericial, não há que se pleitear a nulidade da prova.

2.1 Considerações iniciais sobre a perda de uma chance

Nas ações indenizatórias por “desapropriação indireta” ambiental, o objeto litigioso da demanda refere-se primordialmente à questão da existência (ou não) do apossamento administrativo ambiental que provoque o esvaziamento do direito de propriedade, bem como sobre o valor da eventual indenização.

É importante frisar, ademais, a imprescindível necessidade da perícia na referida demanda para certificar questões tais como a titularidade do imóvel, identificação escoreita da propriedade, especificidade da restrição, certeza quanto ao agente público da restrição, prova inequívoca do domínio e da posse, temporalidade da aquisição, espacialidade da restrição, atividade econômica pré-existente ou viável, etc.

Nesse contexto, torna-se de valor inegável o trabalho que deve ser executado pelo assistente técnico, pois o Procurador do Estado, em regra, desconhece os elementos técnicos que serão debatidos no laudo pericial.

E, infelizmente, malgrado a diligência dos Procuradores do Estado incumbidos do patrocínio dessas demandas, é comum que o assistente pericial simplesmente não forneça os subsídios técnicos que lhe incumbem, não se desonerando de suas obrigações. Daí, também não é incomum que a demanda acabe sendo julgada em desfavor do Estado de São Paulo. Há caso, aliás, em que o próprio Tribunal de Justiça realçou que o réu-apelante não teria impugnado os valores e os elementos técnicos do laudo pericial, inferindo-se, por conseguinte, o grave prejuízo que a desídia do assistente técnico pode vir a causar.

21 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 1.103.

2.2 Da certeza do dano

A natureza do vínculo do assistente técnico com o Estado, em regra é contratual, sinalagmático, oneroso, tendo por objeto a prestação de serviço, ou seja, o fornecimento do parecer técnico, eis que apesar de credenciado e sujeito a determinadas peculiaridades, há uma avença entre o particular e o Poder Público, sujeita ao regime jurídico de direito privado. Mas, também o vínculo com o assistente técnico pode advir do regime estatutário do funcionalismo público, ou até mesmo por força das leis trabalhistas, em se tratando de empregado celetista público, o que não altera as ponderações expendidas abaixo.

Cumpre realçar, assim, que a inadimplência absoluta do contrato por culpa do perito enseja a obrigação de reparação por perdas e danos em favor do Estado. O Código Civil Reale, por sua vez, acolheu a doutrina dualista para disciplinar a responsabilidade civil, diferenciando, de um lado, a decorrente da inadimplência contratual da, de outro lado, derivada de ilícito extracontratual, malgrado existirem poucas diferenças entre as consequências de uma ou outra hipótese.

É cediço que para estar caracterizada a obrigação de indenizar, devem estar presentes os seguintes requisitos: a) ação ou omissão culposa; b) nexó de causalidade; e, c) dano, patrimonial ou extrapatrimonial.

Aprofundando a tese, o dano para ser indenizável deve conter: a) violação de um interesse patrimonial ou extrapatrimonial ; b) certeza do dano; e, c) subsistência do dano.

Isso se dá porque há a possibilidade do Estado lograr-se vitorioso na demanda e, por conseguinte, apesar do ato culposo do assistente técnico, ainda assim não ficar realizado o dano. Dessarte, quando o assistente técnico deixa de cumprir sua obrigação, surge tão-somente uma expectativa de dano em detrimento do Estado de São Paulo.

No pensamento de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho: “Somente o dano certo, efetivo é indenizável. Ninguém poderá ser obrigado a compensar a vítima por um dano abstrato ou hipotético. (...) Maria Helena Diniz, com propriedade, citando doutrina estrangeira, lembra que ‘a certeza do dano refere-se à sua existência, e não à sua atualidade ou ao seu montante’.”²²

Nesses casos, assim, inexistente dúvida que o dano apenas estará definitivamente concretizado com o trânsito em julgado do processo, em razão da proibição em indenizar o dano hipotético. Infere-se dessa assertiva a efetiva possibilidade de pleitear a indenização por eventuais prejuízos que o Estado venha a sofrer em razão da omissão culposa do assistente pericial, como se passa a demonstrar no tópico seguinte.

22 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 3, p. 39.

2.3 Da indenização pela perda de uma chance

A inadimplência absoluta do contrato da prestação de serviços de assistência pericial acarreta consequências para o devedor porque, malgrado não seja possível a apuração imediata do valor do dano sofrido pelo Estado, é inequívoco que esborou a oportunidade de impugnar valores e matérias *sub judice* que poderiam ter dado outro desfecho à demanda.

Assim, é certo que o assistente técnico, mediante seu ato culposos – incorreu em omissão ao não entregar o laudo –, causará vultoso prejuízo econômico ao Estado, cujas consequências serão praticamente insanáveis.

Evidencia-se, assim, que a perda de uma chance é gritante e incontestável. A doutrina já vem enfrentando essa questão, mormente sobre o prisma da responsabilidade do advogado, reconhecendo que o prestador de serviços faltoso deve responder pelo dano acarretado.

Pede-se licença para a transcrição da judicosa lição de Sérgio Savi, a saber:

“A Responsabilidade Civil por Perda de Chance é uma teoria que reconhece a possibilidade de indenização nos casos em que alguém se vê privado da oportunidade de obter um lucro ou de evitar um prejuízo. A teoria tem como característica principal reconhecer a existência de uma nova categoria de dano indenizável, um dano autônomo consistente na oportunidade (ou chance) perdida, o qual independe do resultado final. Atribui-se um valor econômico, de conteúdo patrimonial, à probabilidade de obter um lucro, sem que jamais se saiba se aquela probabilidade efetivamente se verificaria no caso concreto, pois um fato interrompe o curso normal dos acontecimentos antes que se pudesse constatar se aquela oportunidade se concretizaria. Não se concede a indenização pela vantagem perdida, mas sim pela possibilidade séria e real de conseguir esta vantagem. Para tanto, a teoria faz uma distinção entre resultado perdido e a chance de consegui-lo.”²³

Raimundo Simão de Mello, com a habitual proficiência, também obtempera sobre o tema:

“A solução para se aferir o dano e fixar a indenização, dependendo da situação, não é tarefa fácil para o juiz, que não pode confundir uma mera e hipotética probabilidade com uma séria e real chance de atingimento da meta esperada. Mas, é claro, a reparação da perda de uma chance não pode repousar na certeza de que a chance seria realizada e que a vantagem perdida resultaria em prejuízo. Trabalha-se no campo das probabilidades. Nessa linha, consagrou o Código Civil (art. 402), o princípio da razoabilidade, caracterizando, no caso, o lucro cessante como aquilo que razoavelmente a vítima deixou de lucrar, o que se aplica a essa terceira

23 Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/v1/index.php?id=entrevistas&identrevista=41>>. Acesso em: 30 mar. 2008.

espécie de dano, que para aquilatá-lo deve o juiz agir com bom senso, segundo um juízo de probabilidade, embasado nas experiências normais da vida e em circunstâncias especiais do caso concreto. A probabilidade deve ser séria e objetiva em relação ao futuro da vítima, em face da diminuição do benefício patrimonial legitimamente esperado.”²⁴

À luz do pensamento de Silvio de Salvo Venosa, *ab argumentandum auctoritate*, em lição a respeito da perda de uma chance aplicada à responsabilidade civil do advogado, plenamente aplicável ao caso em estudo, *in verbis*:

“O erro do advogado que dá margem à indenização é aquele injustificável, elementar para o advogado médio, tomado aqui também como padrão por analogia ao *bonus pater familias*. No exame da conduta do advogado, deve ser aferido se ele agiu com diligência e prudência no caso que aceitou patrocinar.”²⁵

O caso mais famoso no Superior Tribunal de Justiça sobre o tema foi o aresto relatado pelo Ministro Fernando Gonçalves²⁶, enfrentando demanda ocorrida entre participante e a sociedade empresarial responsável pelo programa de televisão “Show do Milhão”, cuja transcrição da ementa segue abaixo:

“Recurso Especial – Indenização. Impropriedade de pergunta formulada em programa de televisão. Perda da oportunidade.

1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo à terra reservado aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que deixou de lucrar, pela perda da oportunidade. 2. Recurso conhecido e, em parte, provido.”

O Tribunal de Alçada de Minas Gerais, enfrentando questão semelhante ao objeto do presente estudo, decidiu que:

“Indenização – Advogado – Negligência – Responsabilidade civil – Demonstrado nos autos que o advogado se houve com negligência no patrocínio da causa a ele confiada, verificando-se, inclusive, o desaparecimento de documento essencial

24 MELO, Raimundo Simão de. Indenização pela perda de uma chance. Disponível em: <<http://www.jusvox.com.br/mostraArtigo.asp?idNoticia=3>>. Acesso em: 30 mar. 2008.

25 VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 4. p. 176. No mesmo sentido: GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*, cit., v. 3, p. 39. SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Perda de uma chance. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosc/Regina_perda.doc>. Acesso em: 30 mar. 2008.

26 STJ – REsp n. 788.459, j. 13.03.2006.

ao desate da demanda, caracteriza-se a culpa grave, cumprindo-lhe indenizar seu cliente pelos prejuízos advindos.”²⁷

No mesmo diapasão, o extinto Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo também já enfrentou a questão:

“Mandato – Indenização – Advogado – Ajuizamento pelo mandante – Desídia e culpa comprovada quanto ao mau exercício da função por negligência, imprudência ou imperícia – Cabimento. O contrato de prestação de serviços profissionais, no caso de advocacia, subordina-se ao Código de Defesa do Consumidor, e seu mau exercício, por negligência, imprudência ou imperícia, configura ato ilícito por culpa indenizável ao lesado.”²⁸

Ressalte-se, por fim, que a pretensão nasce com a violação do direito, pois “faz nascer, para esse titular, o poder de exigir do devedor uma ação ou omissão”²⁹. Dessa forma, apenas com o trânsito em julgado ficará caracterizado definitivamente o dano, passível de indenização, dando ensejo à *actio nata*.³⁰

A indenização deverá ser fixada por arbitramento, com base nos elementos colhidos na fase de instrução, que poderá apurar razoavelmente o prejuízo, permitindo a escolha daquele método processual de liquidação de sentença.

Depreende-se do exposto, por força do princípio da indisponibilidade do interesse público, que urge seja proposta ação indenizatória em face do assistente pericial devedor, tão logo haja o trânsito em julgado da demanda desfavorável ao Estado. Ademais, deve-se apurar previamente se o trabalho do assistente técnico poderia (ou não) influir no resultado da demanda, pois a demanda deve estar instruída com os documentos indispensáveis para a propositura da ação.

Conclusões

À guisa de finalizar, estas são as ponderações que submeto a apreciação dos estudiosos da matéria, assinalando que, após o trânsito em julgado da demanda, e concretizado o dano, deve ser proposta ação indenizatória em face do assistente pericial. É de bom alvitre a apuração do efetivo dano que a omissão do assistente técnico acarretou, com o escopo de fornecer elementos para o arbitramento judicial.

27 TAMG – AC n. 237.399-3/00, 4ª Câmara Cível, rel. Juiz Célio César Paduani, j. 25.06.1997.

28 2º TACSP – Apel. c/Rev. n. 685.670-00/4, 27.11.2001, 1ª Câmara, rel. Linneu de Carvalho.

29 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1. p. 470.

30 DUARTE, Nestor et al. *Código Civil comentado*. Coordenação do Ministro Cezar Peluso. Barueri: Manole, 2007. p. 125.

No que diz respeito ao primeiro estudo, sobre a “terceirização” da perícia, o critério básico para se apreciar a questão será a existência de prejuízo ao Poder Público. Caracterizado o dano, o Estado poderá desenvolver toda a argumentação exposta acima, pleiteando a nulidade do laudo pericial, bem como a aplicação das sanções cabíveis contra o perito e o “terceirizado”.

Referências

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 2.

AZEVEDO, Pedro Ubiratan Escorel de. *Indenização de áreas de interesse ambiental: pressupostos e critérios*. In: SEMINÁRIO DE DIREITO AMBIENTAL IMOBILIÁRIO, 1998. Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1998. p. 83-90.

CAMARGO, Júlio César F. de. *Crterios de avaliação*. In: SEMINÁRIO DE DIREITO AMBIENTAL IMOBILIÁRIO, 1998. Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1998. p. 45-60.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1945. v. 3.

CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTR, 2004.

DIDIER JR., Fredie. *Direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 8. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com as súmulas do STF, STJ e TFR. Salvador: Juspodivm, 2005. v. 1.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Rafael Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. Salvador: Juspodivm, 2007. v. 2.

DUARTE, Nestor et al. *Código Civil comentado*. Coordenação do Ministro Cezar Peluso. Barueri, SP: Manole, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 3.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1.

LAMAC, Jaques. *Prova nas ações de desapropriação ambiental*. In: REGULARIZAÇÃO imobiliária de área protegidas: doutrina e jurisprudência. Organização de Marcelo de Aquino e Pedro Ubiratan Escorel de Azevedo. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1999. v. 2, p. 55-62.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. (Curso de Processo Civil, v. 1).

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 6. ed. rev., atual. e ampl. da obra Manual do processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Curso de Processo Civil, v. 2).

MELO, Raimundo Simão de. *Indenização pela perda de uma chance*. Disponível em: <<http://www.jusvox.com.br/mostraArtigo.asp?idNoticia=3>>. Acesso em: 30 mar. 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Augusto Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. 2 e 4.

SAVI, Sérgio. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/v1/index.php?id=entrevistas&identrevista=41>>. Acesso em: 30 mar. 2008.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 2.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Perda de uma chance*. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosc/Regina_perda.doc>. Acesso em: 30 mar. 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 1.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 4.