

Discursivas



Rodada 14.2020



Rodada 14.2020

1. Determinada equipe médica de um hospital credenciado a plano de saúde demorou, de forma excessiva, para autorizar cirurgia indicada como urgente sem qualquer justificativa plausível, o que ocasionou o óbito do paciente. Com fundamento no microsistema consumerista, explique se é possível responsabilizar a operadora de plano de saúde pelo defeito na prestação do serviço médico. Máximo 15 linhas.

Comentários

O questionamento de Direito do Consumidor referente à Rodada 14.2020 requer do aluno Emagis o conhecimento sobre a responsabilidade de operadora de plano de saúde por defeito na prestação de serviço médico.

Pois bem.

A celebração de contratos de assistência médica e hospitalar tem crescido de maneira tão extensa a cada ano, que torna o tema da responsabilidade civil das operadoras de saúde discussão de grande valia não só para os contratantes, como também para a sociedade de uma maneira geral.

Considerando o debate sobre aplicação dos princípios do Código de Defesa do Consumidor aos contratantes de plano de saúde, imperiosa torna-se a análise das hipóteses de responsabilidade civil da empresa operadora em casos que envolvem defeito na prestação do serviço médico.

Com efeito, o objeto do questionamento desta rodada será apenas a responsabilidade das operadoras de planos de saúde, fornecedoras de serviços médicos e hospitalares em estabelecimentos próprios ou credenciados.

Em julgamento recente, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu, por unanimidade, que a operadora de plano de saúde que mantém hospital e emprega médicos ou indica rol de conveniados responde solidariamente por falha na prestação de serviço.

Assim, a operadora de plano de saúde, na condição de fornecedora de serviço, responde perante o consumidor pelos defeitos em sua prestação, seja quando os fornece por meio de hospital próprio e médicos contratados ou por meio de médicos e hospitais credenciados, nos termos dos arts. 2º, 3º, 14 e 34 do Código de Defesa do Consumidor e do art. 932, III, do Código Civil de 2002. Vejamos:

Código de Defesa do Consumidor:

“Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.
(...)

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

§2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

§4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

(...)

Art. 34. O fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos.”

Código Civil:

“Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

(...)

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

(...)”

Ressalta-se que essa responsabilidade é objetiva e solidária em relação ao consumidor, mas, na relação interna, respondem o hospital, o médico e a operadora do plano de saúde nos limites da sua culpa. Cabe, inclusive, ação regressiva da referida operadora contra médico ou hospital que, por culpa, for o causador do evento danoso.

Portanto, a demora para a autorização da cirurgia indicada como urgente pela equipe médica do hospital, sem justificativa plausível, caracteriza defeito

na prestação do serviço da operadora do plano de saúde, resultando na sua responsabilização.

Bons estudos e até a próxima rodada!

Melhores Respostas

Danilo Carlos Ferreira, de Patrocínio/MG:

“A responsabilidade pelo serviço é regulada pelo art. 14, da Lei nº 8.078/1990, que aduz ser o fornecedor responsável, de forma objetiva, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços.

Em caso análogo ao do enunciado, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o plano de saúde é responsável pelo fornecimento inadequado do serviço médico-hospitalar que culminou com a morte do paciente.

Caso é que o plano de saúde fornece um catálogo completo de atendimento, ou seja, com hospitais e médicos próprios além dos hospitais e médicos conveniados de forma a impossibilitar o desmembramento das responsabilidades.

Não se trata, pois, de um plano de saúde que simplesmente custeia serviços de terceiros, mas que presta, por sua extensa rede de médicos e hospitais, os serviços contratados.

Convém salientar a prevalência da responsabilidade solidária no CDC, nos termos do art. 7º, parágrafo único, ao dispor que, “tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos”.

É impossível, portanto, afastar a responsabilidade do plano de saúde com base nos §§ 3º ou 4º, do art. 14, do Código de Defesa do Consumidor. A culpa não é do paciente, de terceiro ou de profissional liberal, mas da própria equipe vinculada ao plano contratado. Aliás, a jurisprudência do STJ é pacífica ao reconhecer a responsabilidade do hospital quando o médico é seu contratado, diferentemente do caso em que o médico utiliza o hospital apenas para executar algum dos seus serviços.”

Diego Endrigo Putini Martelli, de Mogi Guaçu/SP:

‘Inicialmente, cumpre registrar que o CDC incide no caso proposto, haja vista que trata de típica relação de consumo entre o paciente — consumidor — e o plano de saúde — fornecedor. O assunto já está pacificado no âmbito do STJ, que editou a súmula n.º 608, prevendo exatamente que o CDC se aplica aos planos de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão, o que não é o caso da questão. No caso em apreço, o plano de saúde presta os serviços por meio de rede credenciada, a qual foi por ele escolhida e disponibilizada ao consumidor, que tem legítima expectativa de que os serviços da rede oferecida pelo plano de saúde sejam prestados a contento. No caso apresentado, ocorreu defeito na prestação do serviço, consistente na demora excessiva em autorizar cirurgia indicada como urgente sem qualquer justificativa plausível. O artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8078/90, dispõe que o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. O § 1º do artigo 14 esclarece que o serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar. Por fim, nos termos do artigo 34, do CDC, o fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos. Nesse contexto, verifica-se que o plano de saúde pode, sim, ser responsabilizado pelo defeito na prestação do serviço médico do hospital a ele credenciado, pois que essa responsabilidade é objetiva, independe da existência de culpa, e solidária, ou

seja, pode ser responsabilizado qualquer um dos integrantes da cadeia de consumo. De se registrar, por fim, que, entre o plano de saúde e o hospital credenciado, poderá ser ajuizada ação regressiva autônoma, na qual poderá ser discutida a questão da culpa.”

HSilva, de Petrópolis/RJ:

Conforme o artigo 3º do CDC, sendo a operadora de plano de saúde pessoa jurídica prestadora de serviços, enquadrar-se-ia no conceito de fornecedor. O artigo 14 do mencionado Código, por sua vez, estabelece que o fornecedor de serviços responde pela reparação dos danos causados ao consumidor por defeitos relativos à prestação dos serviços, independentemente da existência de culpa. Ainda consoante o parágrafo 1º do artigo, o serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, considerando-se as circunstâncias relevantes, dentre as quais o modo de seu fornecimento e a época em que foi fornecido. Já o artigo 34 desse mesmo dispositivo legal estabelece a responsabilidade solidária do fornecedor pelos atos de seus prepostos e representantes autônomos. Há que se destacar ainda o que estabelece o artigo 932, III, do Código Civil, segundo o qual o empregador ou comitente responde pelos empregados, serviçais e prepostos no exercício do trabalho que lhes competir. O que é corroborado pelo enunciado 191 das Jornadas de Direito Civil, segundo o qual a instituição privada responde, na forma do artigo 932, III, do CC/02, pelos culposos praticados por médicos integrantes de seu corpo clínico. No caso em questão, a equipe médica que demorou para autorizar o procedimento cirúrgico pertence ao hospital contratado pela operadora de plano de saúde para prestar o serviço do qual esta se incumbiu. Diante do exposto, pode-se afirmar que a operadora responsável responde solidariamente pelos prejuízos causados. Nesse sentido é a jurisprudência do STJ que, em julgado recente, entendeu que tal demora caracteriza defeito na prestação do serviço, devendo resultar na responsabilização da operadora de plano de saúde.”

2. Uma empresa ou indústria possuía um terreno para usá-lo como depósito de resíduos tóxicos. Os restos de material industrial ficavam expostos a céu aberto, e o terreno tinha uma cerca, mas não havia fiscalização rigorosa impedindo que pessoas entrassem no local. Uma tarde, durante a semana, um pré-adolescente de 12 anos que morava em uma chácara nas proximidades cortou caminho para sua casa passando por dentro do terreno. Ao entrar em contato com o material tóxico, o adolescente sofreu queimaduras de terceiro grau nos pés. O pré-adolescente ajuizou ação de indenização por danos morais e materiais contra a empresa ou indústria. A ré, na contestação, argumentou que a culpa foi exclusiva da vítima, já que, no local, havia cerca e uma placa com os seguintes dizeres: “Cuidado! Presença de material orgânico!” Considerando a doutrina de direito ambiental: a) explique se a empresa ou indústria deverá ou não ser condenada a indenizar o garoto; b) explique se cabe ou não falar no princípio do poluidor-pagador, mesmo o dano sendo causado a uma pessoa; c) explique o que é a teoria do risco integral em direito ambiental. [Limite de 15 linhas].

Comentários

Oi, pessoal, tudo bem? A rodada 14.2020, de questões discursivas, demandou do(a) aluno(a) a construção de uma resposta mais consistente em forma de texto dissertativo-argumentativo, ou seja, não deve ser em tópicos. Muita atenção para esse detalhe: quando o examinador pede que você responda, justificadamente, numa prova dissertativa, ele não quer respostas em tópicos. Você pode escrever de forma objetiva sem abandonar a construção de um texto. Fique atento! Evite resposta em tópicos, salvo se assim o examinador determinar.

Sobre o mérito, eis orientações.

A indústria deverá ser condenada a indenizar o garoto, uma vez que se aplica ao caso o princípio do poluidor-pagador, de forma que a indústria tem responsabilidade civil objetiva, sob a modalidade do risco integral. É possível falar no princípio do poluidor--pagador, mesmo o dano sendo causado a uma pessoa, porque a responsabilidade civil por danos ambientais, seja por lesão ao meio ambiente propriamente dito (dano ambiental público), seja por ofensa a direitos individuais (dano ambiental privado), é objetiva, fundada na teoria do risco integral, conforme o disposto no art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/1981, que consagra o princípio do poluidor-pagador:

“Art. 14 (...).

§1º Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.”

A responsabilidade objetiva fundamenta-se na noção de risco social, que está implícito em determinadas atividades, como a indústria, os meios de transporte de massa, as fontes de energia.

Assim, a responsabilidade objetiva, calcada na teoria do risco, é uma imputação atribuída por lei a determinadas pessoas para ressarcirem os danos provocados por atividades exercidas no seu interesse e sob seu controle, sem que se proceda a qualquer indagação sobre o elemento subjetivo da conduta do agente ou de seus prepostos, bastando a relação de causalidade entre o dano sofrido pela vítima e a situação de risco criada pelo agente.

Imputa-se objetivamente a obrigação de indenizar a quem conhece e domina a fonte de origem do risco, devendo, em face do interesse social, responder pelas consequências lesivas da sua atividade independente de culpa. A teoria do risco como cláusula geral de responsabilidade civil restou consagrada no enunciado normativo do parágrafo único do art. 927 do CC, que assim dispôs:

“Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

No caso de danos ambientais, aplica-se a teoria do risco integral, que constitui uma modalidade extremada da teoria do risco em que o nexos causal é fortalecido de modo a não ser rompido pelo implemento das causas que

normalmente o abalariam (v.g. culpa da vítima; fato de terceiro, força maior).

Essa modalidade é excepcional, sendo fundamento para hipóteses legais em que o risco ensejado pela atividade econômica também é extremado, como ocorre com o dano nuclear (art. 21, XXIII, “c”, da CF e Lei nº 6.453/1977). O mesmo ocorre com o dano ambiental (art. 225, caput e § 3º, da CF e art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/1981), em face da crescente preocupação com o meio ambiente.

Nesse panorama, a indústria proprietária do terreno não poderia alegar a culpa exclusiva da vítima. Em caso de dano ambiental, a responsabilidade civil é objetiva, na modalidade do risco integral, de forma que não são admitidas excludentes de responsabilidade, tais como o caso fortuito, a força maior, fato de terceiro ou culpa exclusiva da vítima. Assim, a colocação de placas no local indicando a presença de material orgânico não é suficiente para excluir a responsabilidade civil da indústria.

Melhores Respostas

A aluna **Isabela de Borba**, de **Florianópolis/SC**, com nota “muito bom”, respondeu à questão da seguinte maneira, acertadamente quanto ao mérito:

“A) Sim, a empresa deve ser condenada à reparação dos danos morais e materiais sofridos pelo pré-adolescente. Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o fato de particular depositar resíduos tóxicos em seu terreno e, mesmo que o cerque e disponha placa de alerta, permitir o trânsito rotineiro de pessoas o leva a responder objetivamente pelos danos causados. B) Nos termos do art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/1981, o princípio do poluidor-pagador se aplica tanto ao dano propriamente causado ao meio ambiente, como ao dano causado a terceiro, razão pela qual incide no caso narrado. C) A teoria do risco integral é teoria extremada do risco, porque tutela bem jurídico de significativa relevância, a ponto de manter a configuração do nexos causal, ainda que estejam demonstradas determinadas excludentes de ilicitudes, como a culpa exclusiva da vítima. Justo por isso, o fato de a vítima ter deliberadamente optado por atravessar o terreno da empresa não afasta a responsabilidade pelo dano ambiental, em virtude da aplicação da teoria do risco integral.”

O aluno **Luiz Freitas**, de **Santos/SP**, com nota “muito bom”, respondeu à questão da seguinte maneira, acertadamente quanto ao mérito:

“O particular depositante de resíduos tóxicos em terrenos, mesmo que fechados e com avisos de perigo, tem responsabilidade civil pelos danos causados a terceiros. A responsabilidade civil por danos ambientais é objetiva, fundada na teoria do risco integral, conforme o disposto no art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/1981, que consagra o princípio do poluidor-pagador. Basta a relação de causalidade entre o dano sofrido pela vítima e a situação de risco criada pelo agente. Imputa-se objetivamente a obrigação de indenizar a quem conhece e domina a fonte de origem do risco, devendo, em face do interesse social, responder pelas consequências lesivas da sua atividade independente de culpa. Nesse sentido, a teoria do risco como cláusula geral de responsabilidade civil restou consagrada no enunciado normativo do parágrafo único do art. 927 do CC. Na teoria do risco integral adotada no Direito Ambiental, não são aceitas as excludentes de fato de terceiro, de culpa da vítima, de caso fortuito ou de força maior. Nesse contexto, a colocação de placas no local indicando a presença de material orgânico não é suficiente para excluir a responsabilidade civil.”

A aluna **Taliana Veras**, de **Curitiba/PR**, com nota “bom”, respondeu à questão da seguinte

maneira, acertadamente quanto ao mérito:

“De acordo com o entendimento dos Tribunais Superiores, a empresa ou indústria deve ser condenada a reparar os danos causados ao garoto.

Preleciona o art. 14, § 1º, da Lei nº.6.938/81 que o poluidor deve indenizar ou reparar os danos que ocasionar ao meio-ambiente ou a terceiros que possam ser prejudicados por sua atividade, independentemente da existência de culpa. Conforme se depreende da leitura do dispositivo, o qual consagra o princípio do poluidor-pagador, o poluidor tem responsabilidade civil objetiva com relação às condutas que venham a afetar tanto o âmbito do direito público (meio-ambiente) como o âmbito do direito privado (terceiros). Dessa forma, é possível que seja aplicado o princípio do poluidor-pagador a uma pessoa física.

Cumprе ressaltar que a responsabilidade civil por dano ocasionado ao meio-ambiente deve ser enquadrada na teoria do risco integral. Segundo essa teoria, para que a responsabilidade civil esteja caracterizada, é suficiente que estejam presentes a conduta, o dano e o nexo causal entre os dois, sendo dispensada, assim, a culpa. Nela, não há a possibilidade de se aplicar qualquer causa excludente, como o caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima. No caso do direito ambiental, o ordenamento pátrio utiliza essa referida teoria, tendo em vista o risco social que um dano ambiental pode ocasionar.

Assim, o exercício de algumas atividades econômicas gera o risco de ocorrência de algum dano ambiental. E, por conta disso, a legislação, tendo como fundamento o interesse social, determinou que a responsabilidade dessas empresas ou indústrias seja objetiva, com base na teoria do risco integral, estando elas obrigadas a responder por qualquer lesão que ocasionem, independentemente da existência de culpa da vítima.”

O aluno **Arthur Moura Costa**, de **Fortaleza/CE**, com nota “muito bom”, respondeu à questão da seguinte maneira, acertadamente quanto ao mérito:

“No âmbito da responsabilidade ambiental, tem primazia a teoria do risco integral, que torna dispensável a discussão sobre a culpa do agente poluidor e se caracteriza pelo fortalecimento do nexo causal, elemento aglutinador da conduta lesiva e do dano ao meio ambiente, inquebrantável pela culpa da vítima e mesmo pela ocorrência de caso fortuito ou força maior.

Sob essa perspectiva, no caso proposto, a discussão sobre eventual culpa exclusiva do garoto é absolutamente irrelevante para o fim de caracterização da responsabilidade da empresa, que, inclusive, agiu de maneira negligente no manejo de seus materiais e na fiscalização da área de suas atividades, de modo que, na pior das hipóteses, o evento que embasa o pedido de indenização decorreu de fortuito interno, inerente ao risco do empreendimento, fato que impossibilita qualquer exoneração do dever de reparação.

Ademais, tem plena incidência sobre o caso o princípio do poluidor-pagador, pois, embora não implique o direito de poluir a partir de prévio pagamento, impõe a absorção de todas as externalidades negativas da atividade pelo empreendedor, inclusive, aquela oriunda de dano causado a uma única pessoa.”

3. É cabível o mandado de segurança para convalidar compensação tributária realizada pelo contribuinte? Resposta em até 15 linhas.

Comentários

Prevê o Código Tributário Nacional:

Art. 170. A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública.

Parágrafo único. Sendo vincendo o crédito do sujeito passivo, a lei determinará, para os efeitos deste artigo, a apuração do seu montante, não podendo, porém, cominar redução maior que a correspondente ao juro de 1% (um por cento) ao mês pelo tempo a decorrer entre a data da compensação e a do vencimento. (sic)

Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial.

Sobre a compensação tributária, o Superior Tribunal de Justiça, tem duas Súmulas aparentemente conflitantes, quais sejam, a 213 e a 460:

Súmula 213 - O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária. (Súmula 213, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/09/1998, DJ 02/10/1998)

Súmula 460 - É incabível o mandado de segurança para convalidar a compensação tributária realizada pelo contribuinte. (Súmula 460, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 08/09/2010)

Em verdade, não há conflito. A Súmula 213 trata da compensação em seu aspecto meramente de Direito, se for negada ou houver a possibilidade de negação da compensação.

"O MANDADO DE SEGURANÇA E MEIO PROPRIO PARA EXAME DE PEDIDO DE COMPENSAÇÃO, VISTO QUE A COMPENSAÇÃO DA EXAÇÃO EM TELA SE REFERE À QUESTÃO APENAS DE DIREITO." (REsp 137790 PA, Rel. Ministro ADHEMARMACIEL, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/02/1998, DJ 02/03/1998)

Por sua vez, a Súmula 460 veda que o contribuinte se valha da compensação e depois, no mandado de segurança, queira validar aspectos contábeis da compensação.

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. FINSOCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO STF. CONVALIDAÇÃO DE COMPENSAÇÃO DE TRIBUTOS EFETUADA PELO CONTRIBUINTE UNILATERALMENTE. MANDADO DE SEGURANÇA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. O mandado de segurança é instrumento adequado à declaração do direito de compensação de tributos indevidamente pagos, em conformidade com a

Súmula 213 do STJ. (Precedentes das Turmas de Direito Público: AgRg no REsp 1044989/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 25/08/2009; EDcl no REsp 1027591/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/06/2009, DJe 25/06/2009; RMS 13.933/MT, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, DJ 31.08.2007; REsp 579.488/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ 23.05.2007; AgRg no REsp 903.020/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, DJ 26.04.2007; e RMS 20.523/RO, Rel. Ministro LUIZ FUX, DJ 08.03.2007).

2. Ao revés, é defeso, ao Judiciário, na via estreita do mandamus, a convalidação da compensação tributária realizada por iniciativa exclusiva do contribuinte, porquanto necessária a dilação probatória. (Precedentes: EDcl nos EDcl no REsp 1027591/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/09/2009, DJe 21/09/2009; REsp 1040245/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/03/2009, DJe 30/03/2009; AgRg no REsp 725.451/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/12/2008, DJe 12/02/2009; AgRg no REsp 728.686/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/10/2008, DJe 25/11/2008; REsp 900.986/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/03/2007, DJ 15/03/2007; REsp 881.169/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/10/2006, DJ 09/11/2006).

3. A intervenção judicial deve ocorrer para determinar os critérios da compensação objetivada, a respeito dos quais existe controvérsia, v.g. os tributos e contribuições compensáveis entre si, o prazo prescricional, os critérios e períodos da correção monetária, os juros etc.; bem como para impedir que o Fisco exija do contribuinte o pagamento das parcelas dos tributos objeto de compensação ou que venha a autuá-lo em razão da compensação realizada de acordo com os critérios autorizados pela ordem judicial, sendo certo que o provimento da ação não implica reconhecimento da quitação das parcelas ou em extinção definitiva do crédito, ficando a iniciativa do contribuinte sujeita à homologação ou a lançamento suplementar pela administração tributária, no prazo do art. 150, § 4º do CTN.

4. A Administração Pública tem competência para fiscalizar a existência ou não de créditos a ser compensados, o procedimento e os valores a compensar, e a conformidade do procedimento adotado com os termos da legislação pertinente, sendo inadmissível provimento jurisdicional substitutivo da homologação da autoridade administrativa, que atribua eficácia extintiva, desde logo, à compensação efetuada.

5. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

6. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do art.543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. (REsp 1124537/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/11/2009, DJe 18/12/2009)

Melhores Respostas

Paulo José Barbosa da Silva, de **Ribeirópolis/SE**, assim respondeu:

“Éo mandado de segurança de um procedimento especial, de rito sumaríssimo, com disciplinamento na lei nº 12.016/09, a fim de proteger direito líquido e certo, que, no caso específico, proporciona aos contribuintes um meio legal para fazer valer o seu direito, quando há lesão ou ameaça de lesão por ato ou omissão de autoridade pública ou por quem esteja no exercício de atribuições do Poder Público. Contudo, não poderá o contribuinte produzir novas provas no processo; deve-se valer, porém, de provas pré-constituídas em seu pedido inicial. Num primeiro momento, a jurisprudência do STJ sinaliza positivamente pela possibilidade de o contribuinte manejar o mandado de segurança para alcançar o direito à compensação tributária (212-STJ); não lhe é, porém, admitida a concessão de liminar inaudita altera parte, como forma de antecipação da tutela concedida no início do processo, sem que a parte contrária seja ouvida (213-STJ). Entretanto, o mais recente entendimento do STJ afirma que não é possível a impetração de MS com o intuito de convalidar a compensação tributária, haja vista que, nesse caso, seria necessária dilação probatória, ponto inviável em mandado de segurança. Ademais, o dever de realizar a compensação é da Administração Tributária, não sendo possível o contribuinte ocupar o papel de Fisco, na identificação de créditos a serem compensados, na forma do art. 170-A, do CTN, tampouco poderá o Judiciário tomar, às vezes, de autoridade tributária em sua atividade administrativa.”

Thiago Notari Bertoncello, de **Porto Alegre/RS**, deu a seguinte resposta:

“Não, não é cabível a convalidação da compensação tributária realizada pelo contribuinte por mandado de segurança, visto que isso significaria uma atuação indevida do Poder Judiciário ao se imiscuir ou limitar o poder da autoridade Fazendária de fiscalizar a existência de créditos a compensar, assim como examinar o acerto do procedimento adotado nos termos da legislação vigente. Quer dizer, seria suprimida a fase necessária e legal de a Administração Pública examinar toda a documentação fiscal apresentada pelo contribuinte, a existência de efetivo saldo credor em favor do contribuinte, o procedimento idôneo e em conformidade com a legislação vigente e até a adequação de finalidades entre o débito e o crédito, a exemplo de vedar encontro de contas entre contribuição de intervenção de domínio econômico e contribuição destinada à seguridade social.

Ademais, o mandado de segurança consiste em um remédio constitucional que se centra na existência de um direito líquido e certo, razão pela qual o STJ e o STF referendaram o entendimento de ser inadmissível a dilação probatória, condição que se exige para análise de toda a documentação e até de produção de prova pericial. Em razão da consolidação da jurisprudência do STJ, foi editada a Súmula nº 460, segundo a qual "é incabível o mandado de segurança para convalidar a compensação tributária realizada pelo contribuinte".

4. Discorra sobre a constitucionalidade da antecipação da tutela penal. Máximo 15 linhas.

Comentários

A sociedade moderna é marcada, por um lado, pela diversidade de relações humanas e sua abstrativização — denominada sociedade de massas — e, por outro, pelo incremento dos riscos decorrentes dos avanços tecnológicos e dessa própria ampliação dos laços humanos — denominada sociedade de risco.

Na esteira dos novos desafios trazidos por essa nova sociedade dinâmica,

abstrata, arriscada, que quebra o paradigma rousseauiano de contrato social e relações interpessoais, a doutrina desenvolveu o denominado direito penal de risco, que busca trazer respostas aos novos perigos que enfrentam a paz social e a convivência mútua, por meio de uma legislação penal que seja mais preventiva, em contrapartida ao direito penal reativo clássico.

Por outro lado, o direito penal clássico, que protegia bens delimitados concretamente, como a vida, o patrimônio etc., não mais é suficiente para responder à necessidade de proteção de novos bens abstratos e supraindividuais, como o meio ambiente, a saúde e a paz públicas, a segurança etc. Nessa senda, surge o que Claus Roxin denominou de fenômeno da espiritualização ou liquefação do direito penal ante a ausência de materialidade concreta dos bens jurídicos que merecem proteção.

Diante desses novos obstáculos, o direito penal de risco, dentre outras medidas, desenvolveu a técnica da antecipação da tutela penal, que consiste na criminalização de condutas anteriores à própria conduta idônea à causação de um dano no plano naturalístico. Assim, a doutrina enxerga a antecipação da tutela penal por meio de três situações: a criminalização dos atos preparatórios; a punição da tentativa; e a tipificação de crimes de perigo concreto e abstrato.

Percebe-se, dos institutos citados, que o direito penal busca antecipar-se à prática do dano, criminalizando condutas que, por si só, importem em um risco inaceitável para dada sociedade, de forma que tais delitos, em grande parte das vezes, são considerados de mera conduta, pois basta a conformação da conduta do agente com o tipo penal previsto, ainda que dela não advenha qualquer resultado concreto ou mesmo um risco iminente de lesão ao bem jurídico.

Diante da mitigação de diversos princípios penais clássicos, tais como a taxatividade, a subsidiariedade, a fragmentariedade, a lesividade, dentre outros, a doutrina passou a discutir se tal prática seria consentânea com a ordem constitucional ou, pelo contrário, ao se aproximar do direito penal do inimigo de Gunther Jakobs, representaria ofensa à ordem constitucional vigente.

Essa discussão é mais acentuada na análise da criminalização de atos preparatórios e nos crimes de perigo abstrato, havendo certo consenso acerca da legitimidade da punição da tentativa e dos crimes de perigo concreto.

Para a doutrina que defende a inconstitucionalidade dessa técnica de política criminal, ela violaria o princípio do fato, pela qual apenas condutas exteriorizadas do comportamento humano podem ser objeto de punição, sob pena de se invadir o íntimo dos indivíduos, chegando ao absurdo de punir seus pensamentos (cogitationis poenam nemo patitur). Assim, a tipificação de atos preparatórios como delitos autônomos violaria tal princípio.

Por outro lado, a antecipação da tutela penal, em especial no que tange os crimes de perigo abstrato, ofenderiam o princípio da lesividade ou ofensividade, que exige uma efetiva lesão ao bem jurídico, seja ela naturalística, seja normativa, o que não se daria no âmbito dos crimes de perigo abstrato, que se consubstanciam em delitos de mera conduta. Assim, o direito pune o autor, e, não, o fato, ultrapassando o direito penal do fato para se chegar ao direito penal do autor. Essa ideologia não mais é admitida em nosso sistema jurídico.

Também são evocados os princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade, bem como do direito como a ultima ratio, pelos quais algumas condutas, ainda que possam gerar um risco de prejuízo, devem ser tuteladas por outros ramos do direito, como o civil e o administrativo, deixando a incidência do direito penal apenas para aquelas condutas cujos resultados sejam por demais gravosos para a sociedade.

No entanto, prevalece atualmente a corrente que defende a constitucionalidade da antecipação da tutela penal, mesmo sob a óptica da tipificação de atos preparatórios e dos crimes de perigo abstrato.

Para essa doutrina, a constitucionalidade da medida se assenta no princípio da proteção dos bens jurídicos, em especial sob uma óptica da vedação da proibição de proteção deficiente, no sentido de que cabe ao legislador identificar os bens jurídicos relevantes para a sociedade e conferir proteção efetiva, inclusive com a criminalização de condutas anteriores à causação do dano.

Porém, o legislador deve-se conformar aos limites constitucionais, em especial ao princípio da proporcionalidade, quando da aplicação da antecipação da tutela penal como política criminal, de forma a não criar tipos pouco razoáveis ou desproporcionais, situação que levaria à inconstitucionalidade da lei penal.

Destaco, por fim, que o STF e o STJ têm reconhecido a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, como se deu, entre outros casos, na análise do crime de embriaguez ao volante e de porte de arma de fogo, ainda que desmuniada, as quais inexistem um perigo concreto para configurar o delito, mas apenas a mera conduta prevista no tipo penal. Nesse sentido: ARE 1.175.112 AgR/RS STF; HC 104.410/RS STF; e HC 161.393/MG STJ.

Melhores Respostas

Resposta de **Fabiana Pacini**, do **Rio de Janeiro/RJ**:

“A antecipação da tutela penal preconiza a punição por atos anteriores à efetiva lesão ao bem jurídico. Ela pode ser observada no que se refere, por exemplo, à punição da tentativa, aos atos preparatórios e nos crimes de perigo, concreto e abstrato.

Uma das funções do Direito Penal é a de proteção dos bens jurídicos. Nesse sentido, tem especial relevância o princípio da ofensividade, segundo o qual apenas condutas que causam lesão, efetiva ou potencial, a bem jurídico, relevante e de terceiro, podem estar sujeitas ao Direito Penal. Dessa forma, há questionamento na doutrina se seria constitucional a antecipação da tutela penal.

No que tange à tentativa, aos atos preparatórios que constituem crimes e nos crimes de perigo concreto, observa-se que a conduta causa uma lesão potencial.

Já quanto aos crimes de perigo abstrato, há maior questionamento doutrinário, porém parte da doutrina os considera inconstitucionais por violação ao princípio da ofensividade, porquanto não exigem a comprovação da situação de perigo, ao contrário dos crimes de perigo concreto. Nessa visão, os crimes de perigo abstrato seriam uma expressão do Direito Penal simbólico, pois a criação de tais delitos seria apenas uma resposta ao anseio punitivo da sociedade, mas sem afetar a realidade.

O STF, por outro lado, tem entendimento de que, desde que respeitado o princípio da proporcionalidade, não é inconstitucional a criação de crimes de perigo abstrato. O Tribunal compreende que a tipificação de condutas que geram perigo abstrato, muitas vezes, acabam sendo a medida mais eficaz, sobretudo para a proteção de bens jurídicos supraindividuais ou de caráter coletivo. Assim, pode o legislador, dentro de suas margens de avaliação e decisão, escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo.”

Resposta de **Maria Vitória Resedá**, de **Salvador/BA**:

“A antecipação da tutela penal decorre da adoção de uma política criminal mais rígida e consiste na criminalização de situações em que, empiricamente, não se percebe a ocorrência de uma efetiva lesão a um bem jurídico, como forma de evitar futuros danos. Trata-se da criação de tipos legais de perigo, para cuja consumação delitiva basta a exposição a perigo do bem jurídico tutelado, ou seja, é suficiente a probabilidade do dano. É desnecessária a efetiva lesão ao bem jurídico tutelado. A constitucionalidade dessa técnica legislativa, porém, é questionada pela doutrina à luz do princípio da ofensividade, segundo o qual todo comportamento criminoso deve lesionar ou expor a perigo concreto um bem jurídico. A mera conduta não teria relevância penal.

Os crimes de perigo abstrato, por consagrarem uma presunção absoluta de que determinada conduta expõe bens jurídicos a perigo, dispensam a comprovação do perigo. Para a sua consumação, basta a prática da conduta, pouco importando se o bem jurídico foi realmente exposto a perigo ou não. Tal forma de tipificação se coaduna com o fenômeno, denominado por Claus Roxin, da liquefação do direito penal.

Ante o recrudescimento da criminalidade e a evolução dos bens jurídicos tutelados, a maioria da doutrina e o STF, a partir de uma releitura dos institutos penais, sustentam a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, sob o argumento de que essa técnica legislativa é a que melhor tutela bens jurídicos de interesses supraindividuais, coletivos e abstratos, como a defesa da ordem econômica, do meio ambiente, das relações de consumo e do sistema financeiro.”

Resposta de **Taibson Correa da Silva**, de **Passo Fundo/RS**:

“A antecipação da tutela penal decorre do "fenômeno da espiritualização de bens jurídicos", conforme denominado por Claus Roxin, que consiste em estabelecer, no Direito Penal, um caráter preventivo, permitindo a criação de crimes de perigo abstrato, de conceitos jurídicos indeterminados, a fim de proteger bens jurídicos difusos e coletivos (transindividuais), a exemplo dos crimes contra a ordem econômica, ao meio ambiente, às relações de consumo etc.

De fato, pelo princípio da lesividade, não se pode criminalizar uma conduta que não constitua lesão (ou perigo de lesão) ao bem jurídico. Em razão disso, existe doutrina que sustenta a inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato justamente por caracterizar uma

antecipação da tutela penal, visto que, se o legislador presume de forma absoluta o perigo, significa que, em verdade, o perigo não existe, sendo mera criação normativa.

Todavia, a doutrina majoritária e o STF entendem que essa prática não é inconstitucional, já que a antecipação da tutela penal, em especial nos crimes de perigo abstrato, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais difusos e coletivos, não podendo o Direito Penal esperar que o dano ocorra.”

Resposta de **Renata Melo Boaventura**, de **Carmo do Paranaíba/MG**:

“A antecipação da tutela penal é representada pela tipificação de crimes de perigo abstrato e crimes meramente preparatórios. Tais delitos, que têm origem no Direito italiano, também são chamados de crimes de obstáculo e têm a constitucionalidade questionada pelo fato de não chegarem a causar um perigo concreto aos bens jurídicos tutelados pelo ordenamento jurídico; são, portanto, contrários ao princípio da intervenção mínima, da lesividade e da proporcionalidade.

Todavia, em que pese haver a referida posição doutrinária, os Tribunais Superiores entendem pela constitucionalidade dos referidos delitos, uma vez que, com a dinâmica social, coube ao direito penal adequar-se e, de maneira mais enérgica, antecipar a proteção penal. Nesse sentido, os precedentes jurisprudenciais, invocando o doutrinador Claus Roxin, denominam esse fenômeno como sendo a "espiritualização do direito penal" ou também a "liquefação do direito penal", o qual seria justificado pela tutela do interesse público, da paz social e da coletividade como um todo.

É com base nessas premissas que as Cortes Superiores entendem que os crimes de posse ou porte ilegal de arma de fogo são constitucionais (Artigo 12 e 14, ambos da Lei nº 10.826/03); bem como o delito de associação criminosa (Artigo 288, CP) e organização criminosa (art. 2º da Lei nº 12.850/13). Ressalta-se que esses são apenas alguns exemplos, uma vez que, na contemporaneidade, são fartos os exemplos de crimes dessa natureza.”
