

Informativo comentado: Informativo 814-STJ

Márcio André Lopes Cavalcante

ÍNDICE

DIREITO ADMINISTRATIVO

PODER DE POLÍCIA

- *O INMETRO não tem competência para fiscalizar as balanças dos postos de saúde dos entes públicos.*

TEMAS DIVERSOS

- *Prescreve em cinco anos a pretensão de obter indenização proposta pela Fazenda Pública contra o particular; aplica-se o prazo do Decreto 20.910/32, com base no princípio da isonomia.*

DIREITO CIVIL

RESPONSABILIDADE CIVIL

- *Se um recém-nascido morre em razão de um erro médico ocorrido no hospital, o médico responsável e o hospital podem ser condenados a pagar pensão mensal em favor dos pais, pensionamento que se inicia quando a vítima completaria 14 anos.*

DIREITO DO CONSUMIDOR

RESPONSABILIDADE PELO FATO DO SERVIÇO

- *Cliente do banco sacou grande quantia da agência; ele dirigiu até a sua empresa e, no estacionamento do escritório, foi roubado; o banco não tem responsabilidade pelo ocorrido; trata-se de fortuito externo.*

PLANO DE SAÚDE

- *Plano de saúde foi condenado a conceder o medicamento fingolimode para tratar esclerose múltipla, mesmo sendo um medicamento oral que se toma em casa.*

DIREITO EMPRESARIAL

CONTRATOS EMPRESARIAIS (SHOPPING CENTER)

- *A instalação de lojas do mesmo ramo em shopping center não configura, por si só, atividade predatória nem ofensa ao tenant mix, desde que essa opção não implique desrespeito aos contratos firmados com os lojistas.*

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

PROVAS

- *A perícia elaborada por perito médico não especialista na área de conhecimento da perícia não acarreta a nulidade do laudo pericial, desde que os elementos concretos revelem que essa circunstância não comprometerá a idoneidade da prova.*

NULIDADES

- *O art. 278 do CPC afirma que a nulidade deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos; a mera comunicação das partes para informar que o processo foi digitalizado não pode ser considerado como oportunidade para alegar a nulidade.*

DIREITO PENAL

INJÚRIA RACIAL (LEI DE CRIME RACIAL – LEI 7.716/1989)

- *Mesmo a vítima sendo heterossexual, ela poderia sofrer injúria caso fosse ofendida com insultos preconceituosos e homofóbicos.*

DIREITO PROCESSUAL PENAL

COLABORAÇÃO PREMIADA

- *O réu delatado tem legitimidade para questionar a validade do acordo de colaboração do delator; logo, ele pode ter acesso às tratativas e à audiência de homologação.*

NULIDADES

- *Réu não foi citado pessoalmente por estar foragido; no entanto, durante toda a instrução ele foi assistido por advogado constituído; neste caso, não há nulidade.*

DIREITO TRIBUTÁRIO

NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

- *As decisões proferidas pelo CARF não podem ser enquadradas como práticas reiteradamente observadas e aceitas pelas autoridades administrativas, previstas no art. 100, III, do CTN.*

DIREITO ADMINISTRATIVO

PODER DE POLÍCIA

O INMETRO não tem competência para fiscalizar as balanças dos postos de saúde dos entes públicos

ODS 16

O Município, no âmbito das atividades que envolvem serviços de metrologia desempenhadas em postos de saúde, por não exercer atividade comercial, não se submete à fiscalização do INMETRO.

STJ. 2ª Turma. REsp 2.012.248-RN, Rel. Min. Afrânio Vilela, julgado em 21/5/2024 (Info 814).

INMETRO

O Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (INMETRO) é uma autarquia federal, vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria, Comércio e Serviços.

As competências do INMETRO estão previstas na Lei nº 9.933/99.

O INMETRO fiscaliza balanças para garantir que elas estejam de acordo com padrões específicos de confiabilidade e precisão. Essa fiscalização é baseada em normas e regulamentos técnicos que estabelecem critérios e procedimentos obrigatórios.

Imagine agora a seguinte situação hipotética:

João, fiscal metrológico do INMETRO, lavrou auto de infração contra o Município de Parnamirim/RN, após constatar que uma das balanças utilizada pelo ente público em um posto de saúde apresentava erro quantitativo na pesagem.

Após processo administrativo, o auto foi homologado e o INMETRO aplicou, ao Município, penalidade pecuniária no valor de R\$ 1.808,64.

Como o montante não foi pago, a autarquia propôs execução fiscal para a cobrança da dívida.

Citado, o Município opôs embargos à execução fiscal, nos quais requereu extinção do crédito ao argumento de que seria ilegal a cobrança da taxa de serviços metrológicos, pelo INMETRO, decorrentes da fiscalização de balanças utilizadas em postos de saúde do Município. Defendeu que a fundamentação jurídica que conferiu lastro à infração submete à fiscalização do INMETRO apenas as pessoas que atuem no mercado de consumo, o que não é o caso da prestação de serviços públicos municipais de saúde.

A controvérsia chegou ao STJ. O Tribunal concordou com os argumentos do Município?

SIM.

A Taxa de Serviços Metrológicos, decorrente do poder de polícia do INMETRO em fiscalizar a regularidade das balanças, visa preservar as relações de consumo. A atuação da municipalidade na área de saúde não configura “atividade de mercado”, mas verdadeira forma de prestação de serviço público.

Logo, o Município, no âmbito das atividades desempenhadas em postos de saúde, por não exercer atividade comercial, não se submete à fiscalização do INMETRO.

Em suma:

O Município, no âmbito das atividades que envolvem serviços de metrologia desempenhadas em postos de saúde, por não exercer atividade comercial, não se submete à fiscalização do INMETRO.

STJ. 2ª Turma. REsp 2.012.248-RN, Rel. Min. Afrânio Vilela, julgado em 21/5/2024 (Info 814).

A propósito, conforme afirmado no AgInt no REsp n. 1.653.347/RS de relatoria do Ministro Og Fernandes, o “mesmo entendimento pelo descabimento do procedimento fiscalizatório tem sido aplicado pelas Turmas que compõem a Primeira Seção desta Corte Superior, nas hipóteses em que a autarquia pretendia ver declarada a legalidade da cobrança da taxa de serviços metrológicos decorrentes da fiscalização de balanças e esfigomomanômetros utilizados nos postos de saúde da municipalidade”.

DOD PLUS – JULGADO CORRELATO

O Instituto Nacional de Metrologia, Normatização e Qualidade Industrial (INMETRO) não é competente para fiscalizar as balanças de pesagem corporal disponibilizadas gratuitamente aos clientes nas farmácias. STJ. 1ª Turma. REsp 1.384.205-SC, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 5/3/2015 (Info 557).

TEMAS DIVERSOS

Prescreve em cinco anos a pretensão de obter indenização proposta pela Fazenda Pública contra o particular; aplica-se o prazo do Decreto 20.910/32, com base no princípio da isonomia

ODS 16

Caso hipotético: João, empregado da Alfa Ltda, sofreu um grave acidente de trabalho. Passou a receber auxílio-doença (auxílio por invalidez temporária), custeado pelo INSS. Auditor-fiscal constatou que a empresa não respeita as normas básicas de segurança no trabalho.

INSS quer ajuizar ação regressiva acidentária contra a Alfa buscando o ressarcimento dos valores gastos com o pagamento do auxílio-doença a João.

O prazo para essa pretensão é de 5 anos, com base no art. 1º do Decreto 20.910/32. Esse dispositivo trata do prazo prescricional das ações propostas por particulares contra a Fazenda Pública. O STJ, contudo, afirma que o dispositivo também pode ser aplicado para as ações propostas pela Fazenda Pública contra os particulares. Isso com base no princípio da isonomia.

STJ. 1ª Turma. AgInt no REsp 2.100.988-PE, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 8/4/2024 (Info 814).

Imagine a seguinte situação hipotética:

Em 11 de novembro de 2013, João, empregado da Alfa Ltda, sofreu um grave acidente de trabalho.

Em razão do acidente, em 27/11/2013, João passou a receber auxílio-doença (atualmente chamada de auxílio por invalidez temporária), custeado pelo INSS.

Ocorre que o auditor-fiscal do trabalho constatou que o acidente havia sido causado por inobservância de normas básicas de segurança no trabalho por parte da Alfa Ltda, tendo autuado a empresa em razão das falhas detectadas e que foram determinantes para o acidente que vitimou João.

Em 01 de julho de 2018, o INSS, de posse desse auto de infração, ajuizou ação regressiva acidentária contra a Alfa Ltda, buscando o ressarcimento dos valores gastos com o pagamento do auxílio-doença a João.

Qual é o fundamento jurídico para essa ação proposta pelo INSS?

O art. 120 da Lei nº 8.213/91, sob o argumento de que a empresa foi negligente nos padrões de segurança, o que ocasionou o acidente. Confira:

Art. 120. A Previdência Social ajuizará ação regressiva contra os responsáveis nos casos de:
I - negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicadas para a proteção individual e coletiva;
II - violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.

Essa demanda do INSS será proposta na Justiça do Trabalho ou Justiça Comum?

Justiça federal comum.

Compete à Justiça comum processar e julgar ação proposta pelo INSS objetivando o ressarcimento dos valores despendidos com o pagamento de pecúlio e pensão por morte acidentária, em razão de acidente de trabalho ocorrido nas dependências da empresa ré, por culpa desta. O litígio não tem por objeto a relação de trabalho em si, mas sim o direito regressivo da autarquia previdenciária, que é regido pela legislação civil.

STJ. 2ª Seção. CC 59.970/RS, Rel. Min. Castro Filho, julgado em 13/09/2006.

Trata-se de competência da justiça federal porque o INSS é uma autarquia federal (art. 109, I, da CF/88).

Em sua defesa, a empresa alegou que paga regularmente a contribuição para o SAT (Seguro de Acidente de Trabalho), destinada a custear benefícios do INSS oriundos de acidente de trabalho ou doença ocupacional. Logo, o INSS não poderia cobrar dela o ressarcimento pelos valores pagos da pensão por morte, considerando que isso já estaria coberto pelo SAT. Tal tese é aceita pela jurisprudência?

NÃO. Segundo o STJ, a contribuição ao SAT não exime o empregador da sua responsabilização por culpa em acidente de trabalho, conforme art. 120 da Lei nº 8.213/1991 (STJ. 2ª Turma. AgRg no AREsp 294.560/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 27/03/2014).

Qual é o prazo prescricional dessa ação proposta pelo INSS contra a empresa?

5 anos.

O prazo prescricional das ações propostas contra a Fazenda Pública é de 5 anos, com base no art. 1º do Decreto 20.910/1932:

Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

Mas o art. 1º do Decreto fala em ação proposta contra a Fazenda Pública. No exemplo dado, a ação foi proposta pelo INSS contra o particular...

Mesmo assim, deve-se aplicar o art. 1º do Decreto 20.910/1932. Isso com base no princípio da isonomia. Ora, se a demanda indenizatória ajuizada contra a Fazenda Pública está sujeita ao prazo de 5 anos, esse mesmo prazo deve ser aplicado para a demanda proposta pela Fazenda Pública contra o particular.

Qual é o termo inicial do prazo prescricional: o dia do acidente (11/11/2013) ou a data da concessão do benefício (27/11/2013)?

A data da concessão do benefício.

Em nosso exemplo acima, como o auxílio-doença foi concedido em 27/11/2013 e ação foi proposta 01 de julho de 2018, conclui-se que não se passaram mais de cinco anos, razão pela qual a pretensão não está prescrita.

Em suma:

Em respeito ao princípio da isonomia, o lapso prescricional da demanda indenizatória ajuizada pelo ente estatal deverá obedecer ao mesmo prazo quinquenal do art. 1º do Decreto n. 20.910/1932, previsto para as ações indenizatórias ajuizadas contra a Fazenda Pública.

STJ. 1ª Turma. AgInt no REsp 2.100.988-PE, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 8/4/2024 (Info 814).

DIREITO CIVIL

RESPONSABILIDADE CIVIL

Se um recém-nascido morre em razão de um erro médico ocorrido no hospital, o médico responsável e o hospital podem ser condenados a pagar pensão mensal em favor dos pais, pensionamento que se inicia quando a vítima completaria 14 anos

Importante!!!

ODS 16

O pensionamento devido na hipótese de falecimento (art. 948, II, do CC) tem por finalidade suprir o amparo financeiro que era prestado pelo falecido.

Ainda que a morte seja de filho menor, será devido o pensionamento.

O termo inicial da pensão será a data em que a vítima completaria 14 anos, idade a partir da qual é admitida a celebração de contrato de trabalho.

O termo final da pensão será a data em que a vítima completaria a idade correspondente à expectativa média de vida do brasileiro, segundo a Tabela do IBGE, ou o momento do falecimento dos beneficiários (pais), o que ocorrer primeiro.

A pensão corresponderá inicialmente à 2/3 do salário mínimo vigente à data do óbito e será reduzida para 1/3 após a data em que ele completaria 25 anos.

Se a família for de baixa renda, há presunção relativa da dependência econômica entre os seus membros, sendo que, nas demais situações, é necessária a comprovação da dependência.

O fato de a vítima ser um recém-nascido não impede a fixação do pensionamento.

STJ. 3ª Turma. REsp 2.121.056-PR, Rel. Min. Nancy Andrigli, julgado em 21/5/2024 (Info 814).

Imagine a seguinte situação hipotética:

Taís esperava seu primeiro filho.

Duas semanas antes do dia previsto para o parto, Taís procurou atendimento médico no Hospital Alfa devido a fortes dores nas costas que estava sentindo.

No local, foi submetida à cesariana e deu à luz uma criança, que, todavia, faleceu dias depois.

Foi constatado que o falecimento ocorreu em razão de erro médico.

Taís e seu marido Pedro ingressaram com ação de indenização por danos morais e materiais contra o hospital e Regina, a médica, que fez o parto, responsável pelo erro. Importante registrar que Taís e Pedro eram comprovadamente uma família de baixa renda.

Perícia

Durante a instrução processual, foi realizada perícia médica.

João, médico perito, constatou que, de fato, houve erro por parte de Regina, que não adotou os procedimentos adequados no caso concreto.

Vale ressaltar que João, o médico que realizou a perícia, não era especialista em ginecologia e obstetrícia. Tratava-se de um médico clínico geral.

Em razão disso, o hospital sustentou a nulidade do laudo pericial argumentado justamente que o perito não é especialista em ginecologia e obstetrícia, mas sim clínico geral.

Esse argumento foi rejeitado pelo juiz que afirmou não ser necessário que o perito seja um especialista naquela área médica, podendo ser um clínico geral.

O magistrado, ao assim decidir, seguiu a jurisprudência do STJ?

SIM.

A função do perito, enquanto auxiliar da Justiça, é analisar e emitir opinião técnica ou científica sobre dados objetivos, quando o julgador não possuir o conhecimento necessário para fazê-lo por si mesmo ou a partir de outras provas. Em razão disso, o art. 465, caput, do CPC prevê que:

Art. 465. O juiz nomeará perito especializado no objeto da perícia e fixará de imediato o prazo para a entrega do laudo.

Exige-se que o perito seja um “profissional com conhecimento especializado exigido para a realização da perícia. Esse profissional pode ser um autônomo legalmente habilitado (pessoa natural) ou pode ser integrante do quadro de profissionais de uma pessoa jurídica ou de um órgão técnico ou científico especializado” (DIDIER JR., Fredie (et. al.). Curso de Direito Processual Civil. 16ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 346).

Sucedem que nem sempre o objeto da perícia reclamará o exame por profissional com especialidade em determinada área do conhecimento.

Atento a isso, o STJ já flexibilizou essa exigência para decidir que a formação do perito - seu grau de instrução e/ou sua especialidade - deve ser compatível com a natureza e a complexidade da perícia.

Assim, a pertinência da especialidade médica, em regra, não consubstancia pressuposto de validade da prova pericial, de modo que incumbe ao perito médico nomeado se escusar do encargo se não se considerar apto à realização da perícia (STJ. 2ª Turma. REsp 1.514.268/SP, DJe 27/11/2015; STJ. 2ª Turma. REsp 1.758.180/RJ, DJe 21/11/2018). Também há julgado dispensando a comprovação da especialização do perito em hipótese na qual a prova pericial realizada atingiu a sua finalidade (STJ. 4ª Turma. AgRg no REsp 1.230.624/PR, DJe 21/10/2015).

Se o propósito do legislador é garantir credibilidade e segurança na produção da prova pericial, basta que o perito nomeado tenha conhecimento técnico ou científico bastante para contribuir com a elucidação dos fatos controvertidos no processo, e que se manifeste de forma suficientemente clara, objetiva e confiável, de tal modo que permita às partes compreender e eventualmente contraditar o seu laudo e ao julgador interpretá-lo e valorá-lo juridicamente, formando o seu convencimento.

Sendo assim, nos processos em que é necessária a realização de prova pericial para fins de apurar a ocorrência ou não de erro médico, é possível que a perícia seja realizada por um médico não especialista na área de conhecimento do profissional cuja atuação se busca apurar, desde que os elementos concretos revelem que essa circunstância não comprometerá a idoneidade da prova.

A perícia elaborada por perito médico não especialista na área de conhecimento da perícia não acarreta a nulidade do laudo pericial, desde que os elementos concretos revelem que essa circunstância não comprometerá a idoneidade da prova.

STJ. 3ª Turma. REsp 2.121.056-PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 21/5/2024 (Info 814).

E quanto ao mérito, o que decidiu o magistrado?

O juiz julgou os pedidos procedentes e condenou os réus a:

- a) pagar indenização por danos morais, no valor de R\$ 50.000,00 para cada um dos autores;
- b) pagar **pensionamento** devido aos pais do recém-nascido. De acordo com a sentença, essa pensão deverá ser paga no valor de 2/3 (dois terços) do salário mínimo, a partir do momento em que o recém-nascido completaria 14 (quatorze) anos. Quando chegar a data em que o falecido atingiria os 25 (vinte e cinco) anos de idade, o valor da pensão é reduzido para 1/3 (um terço) do salário mínimo. Assim, imaginemos que a criança nasceu no dia 02/02/2020. Os réus foram condenados a pagar uma pensão de 2/3 do salário mínimo a partir do dia 02/02/2034. A partir de 02/02/2045, o valor da pensão cairia para 1/3 do salário mínimo. O termo final será a data em que a vítima completaria a idade correspondente à expectativa média de vida do brasileiro, segundo a Tabela do IBGE, ou o momento do falecimento dos beneficiários (pais/autores), o que ocorrer primeiro.

Os réus interpuseram recurso alegando que não era devida a condenação em pensionamento, já que:

“No presente caso, por tratar-se de falecimento de um recém-nascido com 11 dias de vida, seria uma mera expectativa que o mesmo contribuiria com as economias do lar quando atingisse a idade para trabalhar, inexistindo dependência econômica dos genitores em relação ao filho falecido”.

O Tribunal de Justiça não concordou com os argumentos dos recorrentes e confirmou que o pensionamento era devido.

Ainda inconformado, o Hospital interpôs recurso especial defendendo o não cabimento de pensão alimentícia (pensionamento) aos pais pelo falecimento de recém-nascido.

Para o STJ, o pensionamento é devido?

SIM. É possível o pensionamento em favor dos pais de um recém-nascido. Isso porque é possível presumir que se o recém-nascido não tivesse vindo a óbito em decorrência de ato ilícito praticado por terceiro, ele passaria a contribuir para as despesas familiares quando atingisse 14 (quatorze) anos de idade.

O pensionamento encontra fundamento legal no art. 948, II, do Código Civil:

Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:
I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;
II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

Apesar de o inciso II do referido dispositivo legal fazer referência à “prestação de alimentos”, “não se trata de prestação de alimentos, que se fixa na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada, e sim de indenização, que visa reparar, pecuniariamente, o mal originado do ato ilícito” (CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2023, p. 169).

O pensionamento tem por finalidade suprir o amparo financeiro que era prestado pelo falecido.

Ainda que a morte seja de filho menor, a pensão em favor dos pais será devida, tendo em vista que existe uma presunção de que este filho morto precocemente iria prestar auxílio econômico futuro aos pais.

Se a família for de baixa renda, há presunção relativa da dependência econômica entre os seus membros e, nas demais situações, é necessária a comprovação da dependência.

Nessa situação, todavia, o termo inicial da pensão será a data em que a vítima completaria 14 (quatorze) anos, idade a partir da qual é admitida a celebração de contrato de trabalho, e o termo final será a data em que a vítima completaria a idade correspondente à expectativa média de vida do brasileiro, segundo a Tabela do IBGE, ou o momento do falecimento do beneficiário, o que ocorrer primeiro. Ademais, a

pensão corresponderá à 2/3 do salário mínimo vigente à data do óbito e será reduzida para 1/3 após a data em que ele completaria 25 anos.

Essa é a orientação consolidada na Súmula 491 do STF, segundo a qual:

Súmula 491-STJ: É indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado.

Esse raciocínio se aplica mesmo que a vítima seja recém-nascido, como no caso concreto.

Em suma:

É cabível pensionamento na hipótese de falecimento de recém-nascido, cujo termo inicial será a data em que a vítima completaria 14 (quatorze) anos, e o termo final será a data em que a vítima completaria a idade correspondente à expectativa média de vida do brasileiro.

STJ. 3ª Turma. REsp 2.121.056-PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 21/5/2024 (Info 814).

DIREITO DO CONSUMIDOR

RESPONSABILIDADE PELO FATO DO SERVIÇO

Cliente do banco sacou grande quantia da agência; ele dirigiu até a sua empresa e, no estacionamento do escritório, foi roubado; o banco não tem responsabilidade pelo ocorrido; trata-se de fortuito externo

Importante!!!

ODS 16

A instituição financeira não pode ser responsabilizada pelo roubo de que o cliente fora vítima, em via pública, após chegada ao seu destino portando valores recentemente sacados diretamente no caixa bancário, porquanto evidencia-se fato de terceiro, que exclui a responsabilidade objetiva, por se tratar de caso fortuito externo.

STJ. 4ª Turma. AgInt no AREsp 1.379.845-BA, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 14/5/2024 (Info 814).

RELEMBRANDO A SÚMULA 479 DO STJ

Súmula 479-STJ: As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias.

Aprovada em 27/06/2012, DJ 01/08/2012.

Importante.

Ex1: um talão de cheques é extraviado da agência do banco, chegando às mãos de um fraudador, que põe em circulação cheques falsificados em nome de "A" (cliente do banco). O banco compensa os cheques, fazendo com que o saldo de "A" fique negativo e ele seja inscrito na SERASA por força das dívidas. Esse banco responderá objetivamente (isto é, independentemente de culpa) pelos danos materiais e morais causados ao cliente.

Ex2: determinado cracker invade o sistema do banco e consegue transferir dinheiro da conta de um cliente. O banco responde objetivamente por esse dano.

Ex3: o cartão de crédito de um cliente é "clonado" e, por conta disso, são feitas compras fraudulentas em seu nome. O banco responde objetivamente por esse dano.

Por que o banco responde objetivamente nesses casos?

Os bancos são fornecedores de serviços e a eles é aplicado o Código de Defesa do Consumidor (art. 3º, § 2º, do CDC; Súmula 297-STJ; STF ADI 2591). Se ocorreu um fortuito interno na operação bancária relacionado com uma fraude ou delito praticado por terceiro, o que houve nesse caso foi um defeito no serviço bancário, sendo isso chamado pelo CDC de “fato do serviço”.

Fato do serviço são os danos causados aos consumidores em razão de um acidente de consumo provocado por serviço defeituoso (art. 14 do CDC). Se ocorre um fato do serviço, o fornecedor desse serviço é obrigado a indenizar os consumidores lesados, independentemente de culpa:

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.

O STJ afirma que a responsabilidade do banco (fornecedor do serviço) decorre da violação a um dever contratualmente assumido, qual seja o de gerir com segurança as movimentações bancárias de seus clientes (Min. Luis Felipe Salomão).

Exemplo de aplicação da súmula para lesados não correntistas:

José perde sua carteira com os documentos. Pedro, experiente estelionatário, encontra. Pedro coloca a sua foto no RG de José, treina a assinatura para imitá-la e vai até o Banco, onde consegue, com os documentos de José, abrir uma conta corrente e efetuar um empréstimo bancário, nunca pagando o valor. Por conta disso, o nome de José é inscrito pelo Banco no serviço de proteção ao crédito. José, de fato, nunca manteve qualquer relação contratual com o Banco, mas deverá ser indenizado porque houve um fato do serviço (um defeito no serviço bancário) que fez com que ele se transformasse em vítima desse evento (consumidor por equiparação).

Nos exemplos acima mencionados, os bancos não podem alegar culpa exclusiva de terceiro para se isentar da responsabilidade?

NÃO. De fato, o CDC prevê que a culpa exclusiva de terceiro exclui o dever de indenizar:

Art. 14 (...)

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

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

No entanto, segundo o STJ, a culpa exclusiva de terceiros somente elide (elimina) a responsabilidade objetiva do fornecedor se for uma situação de “fortuito externo”. Se o caso for de “fortuito interno”, persiste a obrigação de indenizar.

Fortuito interno x fortuito externo:

Fortuito interno	Fortuito externo
Está relacionado com a organização da empresa. É um fato ligado aos riscos da atividade desenvolvida pelo fornecedor.	Não está relacionado com a organização da empresa. É um fato que não guarda nenhuma relação de causalidade com a atividade desenvolvida pelo fornecedor. É uma situação absolutamente estranha ao produto ou ao serviço fornecido.
Ex1: o estouro de um pneu do ônibus da empresa de transporte coletivo;	Ex1: assalto à mão armada no interior de ônibus coletivo (não é parte da organização da empresa de ônibus garantir a segurança dos passageiros contra assaltos);

Ex2: cracker invade o sistema do banco e consegue transferir dinheiro da conta de um cliente.	Ex2: um terremoto faz com que o telhado do banco caia, causando danos aos clientes que lá estavam.
Ex3: durante o transporte da matriz para uma das agências ocorre um roubo e são subtraídos diversos talões de cheque (trata-se de um fato que se liga à organização da empresa e aos riscos da própria atividade desenvolvida).	
Para o STJ, o fortuito interno NÃO exclui a obrigação do fornecedor de indenizar o consumidor.	Para o STJ, o fortuito externo é uma causa excludente de responsabilidade.

A jurisprudência do STJ entende que a ocorrência de fraudes ou delitos contra o sistema bancário, dos quais resultam danos a terceiros ou a correntistas, insere-se na categoria doutrinária de fortuito interno, porquanto fazem parte do próprio risco do empreendimento (REsp 1197929/PR).

EXPLICAÇÃO DO JULGADO

Imagine a seguinte situação hipotética:

João é empresário. Para exercer as atividades comerciais, ele se utiliza dos serviços bancários do Banco XXX. Ele agendou com o gerente da agência que no dia seguinte iria fazer o saque de R\$ 35.000,00, em espécie (“dinheiro vivo”), para realizar o pagamento de seus funcionários.

No dia seguinte, João se dirigiu à agência e realizou o saque da quantia.

Ocorre que, ao sair do estabelecimento bancário, João foi seguido e, logo que entrou com o seu veículo no estacionamento do escritório da sua empresa, foi abordado por dois homens armados que, sob grave ameaça, exigiram os R\$ 35.000,00 que ele havia acabado de sacar.

João interpretou o ocorrido como uma grave falha na prestação de serviços por parte do Banco XXX, que, no seu entender, deixou “vazar” a informação acerca da retirada vultosa de dinheiro que ocorreria naquele dia e horário.

Diante disso, ele ajuizou ação de indenização contra o Banco, apontando violação do dever de segurança que a instituição bancária deveria assegurar aos seus consumidores.

O Banco contestou alegando que “instituições financeiras não podem ser responsabilizadas pelos danos decorrentes de roubos apenas em razão do objeto ser quantia sacada em uma de suas agências”. Argumentou ainda que “a responsabilidade objetiva pela segurança pública é exclusiva do Estado”, e não do Banco.

A discussão chegou até o STJ. O Banco foi condenado a indenizar o cliente? A instituição financeira deve ser responsabilizada por roubo contra cliente, após este transitar por via pública e chegar ao seu destino, pelo fato de estar de posse de valores, em espécie, recentemente sacados diretamente no caixa bancário?

NÃO.

Inicialmente, cumpre relembrar o que diz a Súmula 479 do STJ:

Súmula 479-STJ: As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias.

O entendimento exposto na Súmula 479 do STJ somente se aplica nos casos de fortuito interno. Assim, se houver crime ocorrido no interior da agência, o banco terá responsabilidade objetiva, em razão do risco inerente à atividade, que abrange guarda e movimentação de altos valores em espécie.

Todavia, esse entendimento jurisprudencial não se aplica à hipótese presente, em que, a vítima, após sacar uma quantia na agência bancária, supostamente teria sido seguida por todo o percurso pelos criminosos até o estacionamento do prédio onde se situa o escritório de sua empresa e, só após chegar a este local, fora anunciado o assalto.

Dessa forma, tendo em conta os contornos fáticos delineados pela instância de origem, em um cenário em que o correntista é vítima de crime de roubo em local distante das dependências do banco onde, anteriormente, efetivara saque de dinheiro em espécie, não se revela a responsabilidade da instituição financeira pela ocorrência do crime contra o correntista tempos depois e quilômetros de distância.

Com efeito, cuida-se de evidente fortuito externo, o qual afasta o nexo de causalidade e, portanto, afasta a responsabilidade civil objetiva da instituição financeira, especialmente pela razão de que o crime não foi praticado no interior do estabelecimento bancário.

Em casos semelhantes à hipótese, o STJ já firmou jurisprudência no sentido de que o banco não pode ser responsabilizado por crime ocorrido em via pública, tendo em vista que o risco inerente à atividade exercida pela instituição financeira não a torna responsável pelo crime sofrido pelo correntista fora das suas dependências.

Em suma:

A instituição financeira não pode ser responsabilizada pelo roubo de que o cliente fora vítima, em via pública, após chegada ao seu destino portando valores recentemente sacados diretamente no caixa bancário, porquanto evidencia-se fato de terceiro, que exclui a responsabilidade objetiva, por se tratar de caso fortuito externo.

STJ. 4ª Turma. AgInt no AREsp 1.379.845-BA, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 14/5/2024 (Info 814).

PLANO DE SAÚDE

Plano de saúde foi condenado a conceder o medicamento fingolimode para tratar esclerose múltipla, mesmo sendo um medicamento oral que se toma em casa

Importante!!!

ODS 3 E 16

É abusiva a negativa de tratamento essencial ao controle de doença degenerativa do sistema nervoso, apenas por ser o medicamento administrável na forma oral em ambiente domiciliar, quando, entre outras circunstâncias, esteja incluído no rol da ANS e faça parte de específico tratamento escalonado pelo qual o paciente necessariamente precisa passar para ter direito ao fornecimento de fármaco de cobertura obrigatória.

STJ. 4ª Turma. AgInt no AREsp 2.251.773-DF, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Rel. para o acórdão Min. Marco Buzzi, julgado em 21/5/2024 (Info 814).

Imagine a seguinte situação hipotética:

Regina tem 51 anos e é portadora de Esclerose Múltipla, doença autoimune degenerativa grave, que na ausência do tratamento adequado acarreta incapacidade funcional progressiva em razão da degeneração neurológica decorrente do acúmulo de lesões desmielinizantes no Encéfalo e na Medula Espinhal.

A fim de combater a doença, a médica neurologista que acompanha Regina prescreveu um medicamento chamado FINGOLIMODE, na dose de um comprimido ao dia, para uso contínuo, ressaltando que “o atraso ou descontinuidade no tratamento implica risco de novos surtos da doença com degeneração neurológica progressiva e desenvolvimento de sequelas incapacitantes irreversíveis”.

Vale ressaltar que se trata de medicamento em comprimido, que pode ser tomado em casa.

A caixa do remédio, com 28 comprimidos, custava cerca de R\$ 7.000,00.

Regina encaminhou a solicitação médica ao plano de saúde pedindo que fornecesse o medicamento de que necessitava.

O plano de saúde negou cobertura sob o argumento de que se trata de medicamento administrável na forma oral, em ambiente domiciliar.

Inconformada com a recusa, Regina ingressou com ação cominatória contra o plano de saúde.

Na petição inicial, alegou que:

- O medicamento prescrito tem registro na ANVISA;
- A indicação para tratamento é expressamente prevista na bula (não é off-label);
- O medicamento consta do rol de coberturas obrigatórias mínimas da ANS como terapia para Esclerose Múltipla.

Com esses fundamentos, requereu a concessão de tutela de urgência para que o plano de saúde fosse compelido a fornecer o tratamento.

Antes de tratar especificamente sobre o caso de Regina, vou fazer uma pergunta geral sobre o tema: o plano de saúde é obrigado a fornecer medicamentos para tratamento domiciliar (remédios de uso domiciliar)?

REGRA: em regra, os planos de saúde não são obrigados a fornecer medicamentos para tratamento domiciliar.

EXCEÇÕES. Os planos de saúde são obrigados a fornecer:

- a) os antineoplásicos orais (e correlacionados);
- b) a medicação assistida (*home care*); e
- c) os incluídos no rol da ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar) para esse fim.

Assim, os medicamentos receitados por médicos para uso doméstico e adquiridos comumente em farmácias não estão, em regra, cobertos pelos planos de saúde. Isso porque, em regra, os planos de saúde (que integram o Sistema da Saúde Suplementar) somente são obrigados a custear os fármacos usados durante a internação hospitalar. As exceções ficam por conta dos antineoplásicos orais para uso domiciliar (e correlacionados), os medicamentos utilizados no *home care* e os remédios relacionados a procedimentos listados no Rol da ANS.

O tema é tratado no art. 10, VI, da Lei nº 9.656/98

O art. 10 lista em seus incisos tratamentos, procedimentos e medicamentos que os planos de saúde não são obrigados a fornecer.

O inciso VI afirma que, em regra, o plano de saúde não é obrigado a fornecer medicamentos para tratamento domiciliar, ressalvado o disposto no art. 12, I, “c” e II, “g” da Lei.

O art. 12, I, “c” e II, “g” preveem que os planos de saúde são obrigados a fornecer antineoplásicos orais (e correlacionados). Confira:

Art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, **exceto:**

(...)

VI - fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar, ressalvado o disposto nas alíneas ‘c’ do inciso I e ‘g’ do inciso II do art. 12;

Art. 12. (...)

I - quando incluir atendimento ambulatorial:

(...)

c) cobertura de tratamentos antineoplásicos domiciliares de uso oral, incluindo medicamentos para o controle de efeitos adversos relacionados ao tratamento e adjuvantes;

II - quando incluir internação hospitalar:

(...)

g) cobertura para tratamentos antineoplásicos ambulatoriais e domiciliares de uso oral, procedimentos radioterápicos para tratamento de câncer e hemoterapia, na qualidade de procedimentos cuja necessidade esteja relacionada à continuidade da assistência prestada em âmbito de internação hospitalar;

Exceção 1: antineoplásicos

Antineoplásicos são medicamentos que destroem neoplasmas ou células malignas. Têm a função, portanto, de evitar ou inibir o crescimento e a disseminação de tumores. Servem, portanto, para tratamento de câncer. Existem alguns medicamentos antineoplásicos que são de uso oral e, portanto, podem ser ministrados em casa, fora do ambiente hospitalar. A lei prevê que esses medicamentos, se prescritos pelo médico como indicados para o tratamento do paciente, devem ser obrigatoriamente fornecidos pelo plano de saúde.

Exceção 2: medicação assistida (home care)

Se o paciente está em *home care* (tratamento domiciliar), o plano de saúde também será obrigado a fornecer a medicação assistida, ou seja, toda a medicação necessária para o tratamento e que ele receberia caso estivesse no ambiente hospitalar.

O *home care* significa fornecer para o paciente que está em casa o mesmo tratamento que ele receberia caso estivesse no hospital. Se, no hospital, o paciente teria que tomar o remédio “X” a cada 8h, este medicamento deverá ser custeado pelo plano de saúde, tal qual ocorreria se estivesse internado.

Obs: essa exceção é uma decorrência do fato de que o STJ entende que os planos de saúde podem ser obrigados a custear o *home care*.

Exceção 3: outros fármacos que sejam incluídos pela ANS como sendo de fornecimento obrigatório

A norma do art. 10, VI, da Lei nº 9.656/98 é voltada à operadora de plano de saúde, a qual, na contratação, pode adotar tal limitação. Esse dispositivo, contudo, não proíbe que a ANS (“órgão regulador setorial”) inclua determinados medicamentos como sendo de custeio obrigatório no rol de cobertura mínima assistencial, ainda que sejam de uso domiciliar.

De acordo com a jurisprudência do STJ, é lícita a exclusão, na Saúde Suplementar, do fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar, isto é, aqueles prescritos pelo médico assistente para administração em ambiente externo ao de unidade de saúde, salvo os antineoplásicos orais (e correlacionados), a medicação assistida (“home care”) e os incluídos no rol da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) para esse fim. Nesse sentido: AgInt no AgInt no REsp n. 2.071.979/SP, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 29/4/2024, DJe de 2/5/2024 e AgInt no AREsp n. 1.771.350/PR, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 18/9/2023, DJe de 22/9/2023.

Tratando agora especificamente sobre o caso concreto: o pedido de Regina foi acolhido pelo STJ? O plano de saúde foi condenado a conceder o FINGOLIMODE?

SIM.

Na hipótese, a autora não faz uso de medicamento antineoplásico, tampouco conta com assistência por meio de “home care”, pretendendo apenas ter custeado o medicamento fingolimode para uso oral.

O caso em exame, todavia, apresenta peculiaridades que justificam a aplicação de entendimento diverso. A indicação feita pelo médico assistente de Regina estabelece que é imprescindível a terapia com o específico medicamento fingolimode em dose diária.

Em consulta ao bulário eletrônico da Anvisa, constata-se que o medicamento fingolimode conta com o devido registro tanto para a versão original como para as versões genéricas e é expressamente indicado para o tratamento de esclerose múltipla, estando disponível apenas sob a forma de cápsula, administrável via oral, não havendo alternativa na modalidade injetável.

Em que pese o referido fármaco não esteja previsto como de cobertura obrigatória para o tratamento de esclerose múltipla no Rol de Procedimentos de Eventos em Saúde da Agência Nacional de Saúde Suplementar (Anexo II da RN n. 465/2021), a aludida normativa contempla o uso do fingolimode como segunda ou terceira linha de tratamento, pelas quais o paciente necessariamente precisa passar para ter direito ao fornecimento de fármaco de cobertura obrigatória (Natalizumabe) em terceira ou quarta linha de tratamento, quando houver falha terapêutica, eventos adversos ou falta de adesão nas linhas anteriores.

Na espécie, há relatório médico esclarecendo que a paciente já fez uso prévio de terapia injetável, com utilização de outros fármacos, sem sucesso; atesta, ainda, que o caso não se enquadra nas diretrizes clínicas para indicação da terapia endovenosa e conclui reiterando a imprescindível necessidade da medicação oral prescrita.

Efetivamente, a orientação da médica assistente, ao prescrever o tratamento com fingolimode em segunda linha, está em consonância tanto com o disposto no Anexo II da RN n. 465/2021, transcrito em linhas anteriores, como com o Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) para o tratamento de esclerose múltipla, elaborado pelo Ministério da Saúde, que considera critérios de eficácia, segurança, efetividade e custo-efetividade das tecnologias recomendadas.

Ressalta-se que o fingolimode é fornecido pelo SUS, sendo possível extrair do Relatório de Recomendação da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS - CONITEC, acostado aos autos, informações relevantes acerca das diferenças entre as formas de administração das terapias disponíveis (oral ou injetável), inclusive que a administração do medicamento por via oral é mais eficaz, sobretudo porque propicia maior adesão ao tratamento.

A corroborar todas as circunstâncias acima referidas, as quais indicam a necessidade de cobertura do fármaco fingolimode, não é adequado exigir que a autora passe, de plano, para a etapa subsequente de tratamento, na contramão das recomendações dos órgãos técnicos e da médica assistente.

É absolutamente desarrazoado submetê-la a sofrível tratamento injetável, realizado em ambiente hospitalar, quando pode fazer uso de tratamento via oral, mais prático, indolor e sem gastos com deslocamento e dispêndio de tempo, além de representar custo inferior para a operadora do plano de saúde, não afetando o equilíbrio contratual.

Desse modo, embora a situação clínica da autora não se amolde ao conceito legal de emergência médica - relativo a casos que indiquem risco imediato de vida ou dano irreparável à saúde do paciente, declarado por médico - não havendo se falar, portanto, em violação ao art. 35-C da Lei nº 9.656/98, de rigor, todavia, concluir que a negativa de cobertura, na hipótese, revela-se abusiva.

Em suma:

É abusiva a negativa tratamento essencial ao controle de doença degenerativa do sistema nervoso, apenas por ser o medicamento administrável na forma oral em ambiente domiciliar, quando, entre outras circunstâncias, esteja incluído no rol da ANS e faça parte de específico tratamento escalonado pelo qual o paciente necessariamente precisa passar para ter direito ao fornecimento de fármaco de cobertura obrigatória.

STJ. 4ª Turma. AgInt no AREsp 2.251.773-DF, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Rel. para o acórdão Min. Marco Buzzi, julgado em 21/5/2024 (Info 814).

DIREITO EMPRESARIAL

CONTRATOS EMPRESARIAIS (SHOPPING CENTER)

A instalação de lojas do mesmo ramo em shopping center não configura, por si só, atividade predatória nem ofensa ao tenant mix, desde que que essa opção não implique desrespeito aos contratos firmados com os lojistas

ODS 16

Caso hipotético: em 2001, estava sendo construído e instalado um novo shopping center na cidade. O restaurante Sakura, especializado em comida japonesa, foi convidado e aceitou integrar o “tenant mix” do shopping que seria inaugurado. Tenant mix é a escolha e organização estratégica das lojas e serviços que existirão dentro do shopping center.

No contrato firmado entre Sakura e o Shopping havia uma cláusula de preferência, segundo a qual, durante 60 meses (5 anos), somente poderia haver um restaurante de comida japonesa no estabelecimento. Em 2018, o shopping autorizou a instalação de um outro restaurante japonês chamado Tokio exatamente em frente ao restaurante Sakura.

O Sakura ingressou com ação contra a administradora do shopping. Alegou que houve quebra da boa-fé objetiva, pois a preservação do “tenant mix” é uma obrigação do shopping, que não pode simplesmente alterá-lo de forma unilateral, sem qualquer justificativa, rompendo a base econômico-financeira do contrato. Formulou pedido para que o shopping se abstenha de autorizar a abertura do restaurante Tokio ou de qualquer outro especializado em comida japonesa.

A questão chegou até o STJ que não concordou com o pedido.

Nas relações entre lojistas e empreendedores de shopping center prevalecerão as condições livremente pactuadas nos contratos de locação, salvo se as cláusulas colocarem os locatários em desvantagem excessiva.

Na hipótese, a previsão de preferência apenas temporária (5 anos) não trouxe desvantagem excessiva para o locatário, seja porque a cláusula estava claramente redigida e, portanto, passível de avaliação de risco antes mesmo da instalação do restaurante, seja porque a admissão de outro restaurante do mesmo ramo no shopping trouxe aumento no faturamento do locatário em razão da maior movimentação no local.

STJ. 3ª Turma. REsp 2.101.659-RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 21/5/2024 (Info 814).

O caso concreto, com adaptações, foi o seguinte:

Em 2001, estava sendo construído e instalado um novo shopping center na cidade, chamado Sunset Mall. O restaurante Sakura, especializado em comida japonesa, foi convidado e aceitou integrar o “tenant mix” do shopping que seria inaugurado.

O “tenant mix”, ou mix de locatários (tenant = inquilino, em inglês), é um conceito fundamental em shopping centers. Trata-se da escolha e organização estratégica das lojas e serviços que existirão dentro do shopping center. O objetivo é criar um ambiente atrativo e diversificado que atenda às necessidades e preferências dos frequentadores, aumentando o fluxo de visitantes e o faturamento.

O “tenant mix” é um “plano de determinação dos ramos e localização das lojas e pontos-de-venda dentro do centro de compras, gravitando em torno das chamadas lojas-âncora, as quais funcionam como ponto magnético da clientela” (VENOSA, Sylvio de Salvo. Lei do Inquilinato Comentada: doutrina e prática, 6ª Ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2003. p. 263).

Assim, desde o ano de 2001, o restaurante Sakura possui uma unidade instalada no Shopping Center Sunset Mall, mediante contrato de locação. Vale ressaltar que, no contrato firmado entre Sakura e o Shopping, havia uma cláusula de preferência segundo a qual, durante 60 meses (5 anos), somente poderia haver um restaurante de comida japonesa no estabelecimento.

Em 2018, o shopping autorizou a instalação de um outro restaurante japonês chamado Tokio exatamente em frente ao restaurante Sakura.

Na visão do restaurante Sakura, a intenção do shopping era a de inviabilizar a sua operação e, concomitantemente, aproveitar-se direta e indiretamente de toda a clientela conquistada naquele ponto comercial há mais de dezesseis anos.

Para o restaurante, o shopping, ao assim proceder, teria violado seu “direito de preferência”, uma vez que, de acordo com o “tenant mix”, elaborado em 2001, o Sakura seria o único restaurante de culinária japonesa no estabelecimento. O Sakura argumentou que não poderia ser surpreendido, do dia para a noite, com a ruptura abrupta e unilateral desse compromisso pelo shopping.

Ação contra o shopping

Em razão desses fatos, o Sakura ingressou com ação contra a administradora do shopping.

Alegou que houve quebra da boa-fé objetiva, pois a preservação do “tenant mix” é uma obrigação do shopping, que não pode simplesmente alterá-lo de forma unilateral, sem qualquer justificativa, rompendo a base econômico-financeira do contrato.

Formulou pedido para que o shopping se abstenha de autorizar a abertura do restaurante Tokio ou de qualquer outro similar ou, subsidiariamente, pediu a rescisão do contrato de locação com pagamento de indenização.

Citado, o Shopping Center apresentou contestação alegando, dentre outros argumentos, que não houve ato ilícito, pois o contrato prevê expressamente a possibilidade de alteração do “tenant mix” para atender as exigências do mercado.

De igual forma, aduziu que não existe o alegado “direito de preferência”, que ficou adstrito ao contrato de locação primitivo (60 meses), conforme instrumento assinado pelas partes.

Sentença

Ao final da instrução, a juíza não concordou com argumentos do autor.

De acordo com a sentença, o direito de preferência foi concedido pelo prazo de 60 meses, a contar do ano 2000, e não indefinidamente.

Segundo o laudo pericial, a instalação do restaurante Tokio em área próxima à do autor causou, na verdade, um impacto positivo, na medida em que o faturamento do Sakura aumentou.

Ainda de acordo com o laudo pericial, “o faturamento/lucratividade do autor já estava decaindo anteriormente à inauguração do restaurante Tokio, não sendo este fato determinante e exclusivo para a diminuição de seu faturamento.”

A sentença foi reformada pelo Tribunal de Justiça.

Inconformado, o shopping interpôs recurso especial pedindo para que os pedidos fossem julgados improcedentes.

O STJ concordou com os argumentos do restaurante autor ou do shopping?

Do shopping.

Da natureza da relação jurídica

O contrato de locação em shopping center tem índole marcadamente empresarial. Os sujeitos da relação obrigacional são empresários (pressuposto subjetivo) e seu objeto decorre da atividade empresarial por eles exercida (pressuposto objetivo).

Essa constatação atinge diretamente a forma como o contrato deve ser interpretado, pois a atividade empresarial é caracterizada pelo risco e regulada pela lógica da livre concorrência, devendo prevalecer esses ajustes, salvo situação excepcional, a autonomia da vontade e o princípio do *pacta sunt servanda*. Esclarecido isso, vale lembrar que o art. 54 da Lei nº 8.245/91 expressamente afirma:

Art. 54. Nas relações entre lojistas e empreendedores de shopping center, **prevalecerão as condições livremente pactuadas** nos contratos de locação respectivos e as disposições procedimentais previstas nesta lei.

São admitidas cláusulas denominadas atípicas, de índole econômica, como as que estabelecem o pagamento de aluguel em dobro no mês de dezembro ou o valor variável da locação, atrelado ao faturamento. Não são permitidas, porém, cláusulas que coloquem o locatário em desvantagem excessiva.

Direito de preferência e a boa-fé objetiva

Na situação concreta, o contrato previa uma cláusula de preferência pelo prazo de 60 dias.

A previsão de preferência apenas temporária não trouxe excessiva desvantagem para o locatário, seja porque a cláusula estava claramente redigida e, portanto, passível de avaliação de risco antes mesmo da instalação do restaurante, seja porque a admissão de outro restaurante do mesmo ramo trouxe aumento no faturamento do autor.

Quando o restaurante concorrente se instalou, no ano de 2018, a previsão de preferência já estava extinta há muito tempo (desde 2006).

O contrato estipulava claramente até que momento o restaurante poderia contar com o direito de preferência, de modo a planejar suas atividades e adotar estratégias de acordo com esse dado.

Não há, portanto, fundamento para afastar a previsão contratual livremente pactuada pelas partes.

O simples argumento do autor de que a exclusividade deveria permanecer durante todo o período da contratação como garantia de base econômico-financeira não pode ser acolhido. A boa-fé objetiva deve ser observada nos contratos empresariais, mas não pode servir para trazer insegurança ao contrato.

Revisão do tenant mix

O contrato previa expressamente a possibilidade de ampliação e revisão do “tenant mix”.

O “tenant mix”, organização do espaço, é uma das principais características de um shopping center, cabendo ao empreendedor a escolha das lojas que comporão o empreendimento, a instalação de áreas de lazer e a realização de propaganda e promoções, tudo a atrair o maior número de consumidores ao empreendimento e alcançar a melhor lucratividade, finalidade que atende aos interesses dos lojistas e do próprio shopping, que faz jus ao recebimento de aluguel calculado sobre o faturamento.

Apesar de em um primeiro momento parecer que a concorrência entre lojas no mesmo shopping center não é a melhor estratégia, o fato é que, em empreendimentos maiores, é comum a presença de lojas do mesmo segmento concorrendo entre si, instaladas lado a lado, ou frente a frente, como no caso das lanchonetes de fast food, lojas de sapato e roupas, trazendo atratividade para o shopping e beneficiando os consumidores e, portanto, os demais lojistas.

Sob essa perspectiva, não está vedado ao empreendedor do shopping, caso entenda que a concorrência trará benefícios para a organização das lojas (“tenant mix”), optar pela instalação de lojas concorrentes, desde que essa opção não implique desrespeito aos contratos firmados com os lojistas. De fato, cabe ao lojista avaliar se os custos para participar daquele empreendimento, no qual pode enfrentar alguma concorrência, compensam.

No caso, conforme esclarecido, o contrato previa claramente que a preferência/exclusividade havia sido concedida temporariamente. Ademais, a instalação do restaurante concorrente trouxe aumento do faturamento do recorrido.

É preciso considerar que a organização das lojas (“tenant mix”) tem como objetivo atrair o maior número possível de consumidores e incrementar as vendas. Não é possível, porém, garantir que o aumento do número de clientes e das vendas, como aconteceu no presente caso, resultará no incremento dos lucros

dos lojistas, pois várias causas concorrem para esse fim, como a gestão do negócio, a qualidade dos produtos e serviços, o atendimento, entre outros, como destaca a própria perícia.

É importante mencionar, ainda, que o faturamento do autor já vinha em declínio antes mesmo da instalação do restaurante concorrente.

Ademais, como o próprio autor afirma na inicial, foram inaugurados diversos centros de compras na região ao redor do shopping ora recorrente, de modo que a alteração e ampliação do tenant mix não pode ser considerada uma conduta desarrazoada, violadora da boa-fé objetiva. De fato, não há como esperar que o shopping mantenha a mesma organização por 18 (dezoito) anos, especialmente se a alteração do *tenant mix* está prevista contratualmente e é necessário o enfrentamento das novas situações de mercado.

Em suma:

A instalação de lojas do mesmo ramo em *shopping center* não configura, por si só, atividade predatória nem ofensa ao *tenant mix*, desde que que essa opção não implique desrespeito aos contratos firmados com os lojistas.

STJ. 3ª Turma. REsp 2.101.659-RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 21/5/2024 (Info 814).

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

PROVAS

A perícia elaborada por perito médico não especialista na área de conhecimento da perícia não acarreta a nulidade do laudo pericial, desde que os elementos concretos revelem que essa circunstância não comprometerá a idoneidade da prova

Importante!!!

ODS 16

Caso adaptado: Taís, grávida, procurou atendimento médico no hospital considerando que estava com fortes dores. No local, foi submetida à cesariana e deu à luz uma criança, que, todavia, faleceu dias depois.

Taís ingressou com ação de indenização contra o hospital alegando que houve erro médico. No curso do processo, foi realizada perícia médica.

João, médico perito designado pelo juízo, constatou que, de fato, houve erro médico.

O hospital recorreu e sustentou a nulidade do laudo pericial argumentado que João, o perito, não é especialista em ginecologia e obstetrícia, sendo apenas clínico geral.

A controvérsia chegou até o STJ, que não concordou com os argumentos do hospital.

Nos processos em que é necessária a realização de prova pericial para fins de apurar a ocorrência ou não de erro médico, é possível que a perícia seja realizada por um médico não especialista na área de conhecimento do profissional cuja atuação se busca apurar, desde que os elementos concretos revelem que essa circunstância não comprometerá a idoneidade da prova.

STJ. 3ª Turma. REsp 2.121.056-PR, Rel. Min. Nancy Andrichi, julgado em 21/5/2024 (Info 814).

Imagine a seguinte situação hipotética:

Taís esperava seu primeiro filho.

Duas semanas antes do dia previsto para o parto, Taís procurou atendimento médico no Hospital Alfa devido a fortes dores nas costas que estava sentindo.

No local, foi submetida à cesariana e deu à luz uma criança, que, todavia, faleceu dias depois.

Foi constatado que o falecimento ocorreu em razão de erro médico.

Taís e seu marido Pedro ingressaram com ação de indenização por danos morais e materiais contra o hospital e Regina, a médica, que fez o parto, responsável pelo erro. Importante registrar que Taís e Pedro eram comprovadamente uma família de baixa renda.

Perícia

Durante a instrução processual, foi realizada perícia médica.

João, médico perito, constatou que, de fato, houve erro por parte de Regina, que não adotou os procedimentos adequados no caso concreto.

Vale ressaltar que João, o médico que realizou a perícia, não era especialista em ginecologia e obstetrícia. Tratava-se de um médico clínico geral.

Em razão disso, o hospital sustentou a nulidade do laudo pericial argumentado justamente que o perito não é especialista em ginecologia e obstetrícia, mas sim clínico geral.

Esse argumento foi rejeitado pelo juiz que afirmou não ser necessário que o perito seja um especialista naquela área médica, podendo ser um clínico geral.

Os réus recorreram argumentando que o laudo pericial foi nulo já que o perito não possuía especialização em ginecologia obstetrícia. A falta de especialização do perito violou o inciso II do § 2º do art. 465 do CPC:

Art. 465. O juiz nomeará perito especializado no objeto da perícia e fixará de imediato o prazo para a entrega do laudo.

(...)

§ 2º Ciente da nomeação, o perito apresentará em 5 (cinco) dias:

(...)

II – currículo, com comprovação de especialização;

O STJ reconheceu a nulidade arguida?

NÃO.

A função do perito, enquanto auxiliar da Justiça, é analisar e emitir opinião técnica ou científica sobre dados objetivos, quando o julgador não possuir o conhecimento necessário para fazê-lo por si mesmo ou a partir de outras provas. Em razão disso, o art. 465, caput, do CPC prevê que:

Art. 465. O juiz nomeará perito especializado no objeto da perícia e fixará de imediato o prazo para a entrega do laudo.

Exige-se que o perito seja um “profissional com conhecimento especializado exigido para a realização da perícia. Esse profissional pode ser um autônomo legalmente habilitado (pessoa natural) ou pode ser integrante do quadro de profissionais de uma pessoa jurídica ou de um órgão técnico ou científico especializado” (DIDIER JR., Fredie (et. al.). Curso de Direito Processual Civil. 16ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 346).

Sucedo que nem sempre o objeto da perícia reclamará o exame por profissional com especialidade em determinada área do conhecimento.

Atento a isso, o STJ já flexibilizou essa exigência para decidir que a formação do perito - seu grau de instrução e/ou sua especialidade - deve ser compatível com a natureza e a complexidade da perícia.

Assim, a pertinência da especialidade médica, em regra, não consubstancia pressuposto de validade da prova pericial, de modo que que incumbe ao perito médico nomeado se escusar do encargo se não se considerar apto à realização da perícia (STJ. 2ª Turma. REsp 1.514.268/SP, DJe 27/11/2015; STJ. 2ª Turma. REsp 1.758.180/RJ, DJe 21/11/2018). Também há julgado dispensando a comprovação da especialização do perito em hipótese na qual a prova pericial realizada atingiu a sua finalidade (STJ. 4ª Turma. AgRg no REsp 1.230.624/PR, DJe 21/10/2015).

Se o propósito do legislador é garantir credibilidade e segurança na produção da prova pericial, basta que o perito nomeado tenha conhecimento técnico ou científico bastante para contribuir com a elucidação

dos fatos controvertidos no processo, e que se manifeste de forma suficientemente clara, objetiva e confiável, de tal modo que permita às partes compreender e eventualmente contraditar o seu laudo e ao julgador interpretá-lo e valorá-lo juridicamente, formando o seu convencimento.

Sendo assim, nos processos em que é necessária a realização de prova pericial para fins de apurar a ocorrência ou não de erro médico, é possível que a perícia seja realizada por um médico não especialista na área de conhecimento do profissional cuja atuação se busca apurar, desde que os elementos concretos revelem que essa circunstância não comprometerá a idoneidade da prova.

Em suma:

A perícia elaborada por perito médico não especialista na área de conhecimento da perícia não acarreta a nulidade do laudo pericial, desde que os elementos concretos revelem que essa circunstância não comprometerá a idoneidade da prova.

STJ. 3ª Turma. REsp 2.121.056-PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 21/5/2024 (Info 814).

NULIDADES

O art. 278 do CPC afirma que a nulidade deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos; a mera comunicação das partes para informar que o processo foi digitalizado não pode ser considerado como oportunidade para alegar a nulidade

ODS 16

Houve uma nulidade no processo (que ainda era físico). Em seguida, esses autos foram digitalizados. As partes foram comunicadas dessa digitalização, sendo conferido prazo para que elas informassem se havia algum problema com a digitalização. As partes não alegaram nada.

Em seguida, foi proferida nova decisão e nova intimação. A parte prejudicada com a nulidade arguiu o vício. O TJ, contudo, disse que houve preclusão porque a parte deveria ter alegado quando foi intimada a respeito da digitalização.

O STJ não concordou com essa decisão do TJ.

A comunicação dirigida às partes para informar que o processo foi digitalizado, transferindo-se do meio físico para o digital, não pode ser considerada, para fins do disposto no art. 278, do CPC, como a primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão.

STJ. 1ª Turma. REsp 2.001.562-SC, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 14/5/2024 (Info 814).

Imagine a seguinte situação hipotética:

Na época em que os autos do processo ainda eram físicos (em papel), João ingressou com ação de indenização contra o Estado-membro.

O juiz julgou o pedido procedente, condenando o ente público.

A sentença foi publicada e nenhuma das partes recorreu.

No dia 02/02, o processo foi então remetido à segunda instância para reexame necessário.

Abrindo um parêntese para falar sobre o reexame necessário

- Se a sentença proferida pelo juiz de 1ª instância: a) for contra a Fazenda Pública; ou b) julgar procedentes os embargos do devedor na execução fiscal (o que também é uma sentença contra a Fazenda Pública);
- Essa sentença deverá ser, obrigatoriamente, reexaminada pelo Tribunal de 2º grau (Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal);
- Mesmo que a Fazenda Pública não recorra;

- E, enquanto não for realizado o reexame necessário, não haverá trânsito em julgado.

Obs1: o CPC prevê situações em que, mesmo a Fazenda perdendo a causa em primeira instância, não haverá reexame necessário (ex: quando a condenação for inferior a determinada quantia).

Obs2: o reexame necessário não possui natureza jurídica de recurso. Desse modo, é tecnicamente incorreto denominar este instituto de “recurso ex officio”, “recurso de ofício” ou “recurso obrigatório”.

Obs3: o reexame necessário era previsto no art. 475 do CPC/1973 e atualmente encontra-se disciplinado no art. 496 do CPC/2015.

As partes foram informadas que o processo foi digitalizado, transferindo-se do meio físico para o digital

No dia 04/04, durante a tramitação do reexame necessário, os autos físicos foram digitalizados, sendo as partes intimadas para, querendo, apontar alguma falha na digitalização, no prazo de 45 dias.

Esse prazo transcorreu sem que houvesse manifestação de qualquer das partes.

TJ não conheceu da remessa necessária

No dia 06/06, o Tribunal de Justiça proferiu acórdão dizendo que não era caso de conhecer da remessa necessária porque o valor da condenação foi inferior ao valor mínimo que o CPC exige para que haja remessa necessária. Logo, o TJ não julgou o mérito da remessa necessária.

Fazenda Pública alegou a nulidade da intimação da sentença

O Estado-membro foi intimado desse acórdão e opôs embargos de declaração alegando o seguinte:

- estou vendo aqui que a sentença foi publicada e que ela foi contrária ao poder público;
- ocorre que o Procurador do Estado não foi pessoalmente intimado dessa sentença;
- se tivesse havido a intimação pessoal, a Fazenda teria apresentado apelação;
- logo, requeiro que se reconheça a nulidade do processo a partir da sentença, pela invalidade da intimação;
- requeiro a devolução do prazo para que o Estado possa recorrer.

TJ disse que a Fazenda soube da nulidade na intimação da digitalização e que deveria ter arguido a nulidade naquela ocasião

O Tribunal de Justiça negou provimento aos embargos de declaração argumentando o seguinte:

- de fato, estou vendo aqui que houve um vício na intimação da sentença;
- contudo, no dia 04/04, a Fazenda Pública foi intimada corretamente sobre a conclusão da digitalização dos autos;
- neste momento, o Estado-membro deveria ter alegado o vício na intimação da sentença, mas não o fez;
- a nulidade deve ser arguida pela parte na primeira oportunidade em que lhe cabia se manifestar no processo, nos termos do art. 245 do CPC/1973 (art. 278 do CPC/2015):

Art. 278. A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão.

Parágrafo único. Não se aplica o disposto no caput às nulidades que o juiz deva decretar de ofício, nem prevalece a preclusão provando a parte legítimo impedimento.

- assim, como a Fazenda Pública não alegou a nulidade na primeira oportunidade, houve a preclusão.

Estado-membro interpôs recurso especial alegando que a intimação da digitalização não conta para fins de tomar conhecimento das nulidades do processo

Inconformado, o Estado-membro interpôs recurso especial alegando que a intimação da digitalização não pode ser considerada como primeira oportunidade que lhe cabia falar nos autos.

Isso porque foi uma intimação meramente ordinária de digitalização do processo. Não houve qualquer menção à sentença nem a conteúdo decisório.

Trata-se de uma intimação usual no processo que não pode ser considerada como ciência inequívoca do vício anterior.

O STJ concordou com os argumentos da Fazenda Pública?

SIM.

Em primeiro lugar, é importante esclarecer que, em regra, o vício relativo à ausência de intimação constitui nulidade relativa. Logo, deve ser alegado na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão (STJ. 1ª Turma. AgInt no REsp 1.690.956/MG, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 12/12/2023).

Esse entendimento, contudo, somente pode ser aplicado se a parte efetivamente tiver sido provocada para falar nos autos, ou seja, se tiver sido intimada para a prática de um ato processual típico e de impulso processual e, mesmo assim, não falou nada sobre a nulidade.

No caso concreto, o que houve foi a mera comunicação dirigida às partes para informar que o processo foi digitalizado, transferindo-se do meio físico para o digital. Essa comunicação não pode ser considerada como a “primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão”.

Dessa forma, sendo fato incontroverso que não houve intimação a respeito da sentença, viola a norma do art. 278, caput, do CPC, e a boa-fé processual, concluir que, comunicada apenas sobre a digitalização do processo, caberia à parte revisitar integralmente os autos e alegar nulidade, sob pena de preclusão, notadamente quando o que ficou precluso foi o direito de apelar da sentença.

Em suma:

A comunicação dirigida às partes para informar que o processo foi digitalizado, transferindo-se do meio físico para o digital, não pode ser considerada, para fins do disposto no art. 278, do CPC, como a primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão.

STJ. 1ª Turma. REsp 2.001.562-SC, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 14/5/2024 (Info 814).

DIREITO PENAL

INJÚRIA RACIAL (LEI DE CRIME RACIAL – LEI 7.716/1989)

Mesmo a vítima sendo homossexual, ela poderia sofrer injúria caso fosse ofendida com insultos preconceituosos e homofóbicos

Importante!!!

ODS 10 E 16

No dia 03/01/2022 (ou seja, antes da Lei nº 14.532/2023), Fernando discutiu com seu vizinho Carlos. Fernando chamou Carlos de “gileteão” e “viadão”. Além disso, afirmou que Carlos deveria sair do armário. Fernando gritou essas palavras na porta de Carlos que, com seu aparelho celular, gravou as ofensas proferidas.

Fernando foi denunciado pelo crime de injúria previsto no art. 140, § 3º, do Código Penal (redação antes da Lei nº 14.532/2023).

A defesa argumentou que a vítima, por ser homossexual, não poderia sofrer homofobia.

O STJ não concordou.

Independentemente da real orientação sexual da vítima, o delito de injúria restou caracterizado quando o acusado, valendo-se de insultos indiscutivelmente preconceituosos e homofóbicos, ofendeu a honra subjetiva do ofendido, seu vizinho. Isto é, não é porque a vítima

é homossexual que não pode sofrer homofobia (injúria racial equiparada) quando seu agressor, acreditando que a vítima seja homossexual, profere ofensas valendo-se de termos pejorativos atrelados de forma criminosa a esse grupo minoritário e estigmatizado.

STJ. 5ª Turma. AgRg no HC 844.274-DF, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 13/5/2024 (Info 814).

Por questões didáticas, iremos trabalhar com um caso adaptado, mas mantendo as palavras proferidas:

No dia 03/01/2022 (ou seja, antes da Lei nº 14.532/2023), Fernando discutiu com seu vizinho Carlos. Fernando chamou Carlos de “gileão” e “viadão”. Além disso, afirmou que Carlos deveria sair do armário. Fernando gritou essas palavras na porta de Carlos que, com seu aparelho celular, gravou as ofensas proferidas.

Carlos registrou um boletim de ocorrência e Fernando foi denunciado pelo Ministério Público pela prática do crime de injúria previsto no art. 140, § 3º, do Código Penal (redação antes da Lei nº 14.532/2023):

Código Penal

Art. 140 (...)

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência:

Pena - reclusão de um a três anos e multa.

(Redação anterior à Lei nº 14.532/2023)

O Ministério Público argumentou que o STF, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, deu interpretação conforme a Constituição para dizer que, enquanto não existe lei específica tipificando a conduta, a homofobia e a transfobia deve ser punida segundo os tipos penais previstos na Lei nº 7.716/89 (Lei de crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor):

1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08.01.1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”);
(...)

3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito.

STF. Plenário. ADO 26/DF, Rel. Min. Celso de Mello; MI 4733/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgados em 13/6/2019 (Info 944).

Tendo sido firmado pelo STF o entendimento de que a homofobia traduz expressão de racismo, compreendido em sua dimensão social, caberá a casos de homofobia o mesmo tratamento legal conferido ao crime de racismo.

Sentença

Fernando foi condenado pelo art. 142, § 3º, do CP (antes da vigência da Lei nº 14.532/2023).

Habeas corpus

A defesa de Fernando impetrou habeas corpus perante o Tribunal de Justiça.

Alegou que o art. 140, § 3º, do Código Penal traz um rol taxativo mencionando “raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência”. Logo, esse dispositivo não fala em ofensas homofóbicas.

Argumentou que, nos julgamentos da ADO 26/DF e MI 4.733, o STF conferiu interpretação conforme à Constituição aos tipos penais da Lei nº 7.716/89, reconhecendo como racismo condutas discriminatórias em razão da orientação sexual da vítima. No entanto, o STF não tratou do delito de injúria, previsto no Código Penal.

Nessa esteira, para a defesa, a imputação da qualificadora do § 3º do art. 140 do CP representaria analogia *in malam partem*.

O Tribunal de Justiça denegou o habeas corpus.

Ainda inconformado, Fernando impetrou novo habeas corpus dirigido ao STJ argumentando que:

- a gravação feita por Carlos foi ilícita considerando que não houve autorização judicial;
- a qualificadora do § 3º do art. 140 do CP representaria analogia *in malam partem*;
- “o xingamento proferido não atingiu a honra subjetiva, tampouco trouxe discriminação de raça, porque a vítima se declara homossexual e de cor branca”.

O STJ concordou com os argumentos da defesa?

NÃO.

A gravação foi lícita

A vítima gravou as ofensas no interior da sua casa no momento em que seu vizinho de casa contígua proferia diversos xingamentos contra ele.

A gravação realizada pela vítima sem o conhecimento do autor do delito não se equipara à interceptação telefônica, sendo prova válida. Caso em que a vítima, dentro de sua própria residência, gravou as ofensas homofóbicas proferidas pelo vizinho a ela direcionadas.

Nesse sentido:

(...) A gravação realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro, não protegida por um sigilo legal (QO no Inq. n. 2116, Supremo Tribunal Federal) é prova válida. Trata-se de hipótese pacífica na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, pois se considera que os interlocutores podem, em depoimento pessoal ou em testemunho, revelar o teor dos diálogos. (...)

STJ. 6ª Turma. AgRg no RHC 150.343/GO, relator para acórdão Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 15/8/2023, DJe de 30/8/2023.

O homossexual pode sofrer homofobia

Independentemente da real orientação sexual da vítima, o delito de injúria restou caracterizado quando o acusado, valendo-se de insultos indiscutivelmente preconceituosos e homofóbicos, ofendeu a honra subjetiva do ofendido, seu vizinho.

Não é porque a vítima é homossexual que não pode sofrer homofobia (injúria racial equiparada) quando seu agressor, acreditando que a vítima seja homossexual, profere ofensas valendo-se de termos pejorativos atrelados de forma criminosa a esse grupo minoritário e estigmatizado.

Em suma:

Independentemente da orientação sexual da vítima, o delito de injúria se caracteriza pela utilização de insultos preconceituosos e homofóbicos que ofendem a honra subjetiva do ofendido.

STJ. 5ª Turma. AgRg no HC 844.274-DF, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 13/5/2024 (Info 814).

LEI 14.532/2023

A Lei nº 14.532/2023 promoveu importantes mudanças, dentre elas:

- transportou a injúria racial do Código Penal para a Lei do Crime Racial (Lei nº 7.716/89), afirmando expressamente que a injúria racial é uma forma de racismo;
- promoveu mudanças no crime de racismo do art. 20 da Lei nº 7.716/89 com a inclusão de figuras equiparadas e causas de aumento de pena;
- previu pena para o racismo religioso e recreativo e para o praticado por funcionário público.

Antes da Lei nº 14.532/2023:

Injúria qualificada pelo preconceito, também conhecida como injúria racial, delito que era tipificado no art. 140, § 3º, do Código Penal com a seguinte redação:

Art. 140 (...)

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência:

Pena - reclusão de um a três anos e multa.

(Redação antes da Lei nº 14.532, de 2023)

Depois da Lei nº 14.532/2023:

Essa conduta passou a ser um crime autônomo tipificado no art. 2º-A da Lei nº 7.716/89:

Art. 2º-A Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro, em razão de raça, cor, etnia ou procedência nacional. (Incluído pela Lei nº 14.532, de 2023)

Pena: reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 14.532, de 2023)

Parágrafo único. A pena é aumentada de metade se o crime for cometido mediante concurso de 2 (duas) ou mais pessoas. (Incluído pela Lei nº 14.532, de 2023)

Compare:

INJÚRIA EM RAZÃO DE RAÇA, COR, ETNIA OU PROCEDÊNCIA NACIONAL	
Antes da Lei nº 14.532/2023:	Depois da Lei nº 14.532/2023:
Era conduta punida no art. 140, § 3º do CP: Art. 140 (...) § 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: Pena - reclusão de um a três anos e multa.	Passou a ser punida pelo art. 2º-A da Lei nº 7.716/89: Art. 2º-A Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro, em razão de raça, cor, etnia ou procedência nacional. Pena: reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único. A pena é aumentada de metade se o crime for cometido mediante concurso de 2 (duas) ou mais pessoas.

A substituição da palavra “origem” pela expressão “procedência nacional” não tem relevância jurídica, tendo sido feita apenas para manter a coerência com a terminologia que já era empregada no art. 20 da Lei nº 7.716/89.

Procedência nacional é o lugar de onde a pessoa veio, o lugar onde ela nasceu ou morava. Em outras palavras, é a sua origem.

Segundo a doutrina e a jurisprudência, este conceito abrange tanto os estrangeiros (ex: venezuelanos, haitianos) como também os nacionais que se deslocam dentro do país (exs: nortistas, nordestinos, sulistas etc.).

Vale ressaltar, ainda, que o § 3º do art. 140 do CP não foi inteiramente revogado. Ele continua punindo a injúria envolvendo elementos referentes:

- à religião;
- à condição de pessoa idosa; ou
- à condição de pessoa com deficiência.

Podemos aplicar a Lei nº 14.532/2023 a esse caso concreto?

NÃO. O ato ocorreu em 03/01/2022. No mais, trata-se de *novatio legis in pejus* a Lei nº 14.532/2023, pois prejudicial ao réu. Por exemplo, o *quantum* da pena de 1 a 3 anos passou a ser de 2 a 5 anos. Desse modo, impõe-se a irretroatividade da lei penal (art. 5º, XL, da CF/88):

Art. 5º (...)

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

Princípio da continuidade normativo-típica

Percebe-se, portanto, com base no quadro acima, que o crime de injúria racial foi realocado para a Lei do Crime Racial (Lei 7.716/1989), de modo que não há que falar em *abolitio criminis* (nem tampouco descontinuidade normativo-típica), mas sim em continuidade normativo-típica.

DIREITO PROCESSUAL PENAL

COLABORAÇÃO PREMIADA

O réu delatado tem legitimidade para questionar a validade do acordo de colaboração do delator; logo, ele pode ter acesso às tratativas e à audiência de homologação

Tema polêmico

ODS 16

Situação hipotética: a polícia estava investigando uma organização criminosa que era comandada por João. Pedro, um dos membros da organização criminosa, realizou acordo de colaboração premiada com o Ministério Público e delatou João. O juiz homologou o acordo. João foi denunciado pelo Ministério Público, tendo como fundamento, além de outros elementos informativos, a colaboração premiada firmada por Pedro. A denúncia foi recebida. João requereu ao juízo o acesso à ata e aos vídeos da audiência realizada com o colaborador Pedro alegando que deseja verificar a legalidade, a regularidade e a voluntariedade do colaborador ao assinar o instrumento de colaboração.

O STJ entendeu que João tem direito de acessar à gravação.

O terceiro delatado tem o direito de impugnar a validade do acordo de colaboração premiada, o que pressupõe o direito de acessar as gravações das tratativas e da audiência de homologação do acordo pelo juiz, a fim de verificar a legalidade, a regularidade e a voluntariedade do colaborador ao assinar o instrumento de colaboração.

STJ. 6ª Turma. REsp 1.954.842-RJ, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 14/5/2024 (Info 814).

Imagine a seguinte situação hipotética:

A polícia estava investigando uma organização criminosa que era comandada por João.

Pedro, um dos membros da organização criminosa, realizou acordo de colaboração premiada com o Ministério Público. Ele forneceu informações vitais sobre os crimes praticados e delatou João.

O juiz homologou o acordo.

João foi denunciado pelo Ministério Público, tendo como fundamento, além de outros elementos informativos, a colaboração premiada firmada por Pedro.

A denúncia foi recebida pelo juízo da Vara Criminal Federal.

João requereu ao juízo o acesso à ata e aos vídeos da audiência realizada com o colaborador Pedro alegando que deseja verificar a legalidade, a regularidade e a voluntariedade do colaborador ao assinar o instrumento de colaboração.

O Juízo negou o acesso solicitado alegando que:

- o terceiro delatado não tem o direito de impugnar a validade do acordo de colaboração premiada;
- as audiências de homologação do acordo de colaboração premiada ocorrem de forma sigilosa, conforme previsão do art. 4º, §§ 6º e 7º, da Lei nº 12.850/2013:

Art. 4º (...)

§ 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

§ 7º Realizado o acordo na forma do § 6º deste artigo, serão remetidos ao juiz, para análise, o respectivo termo, as declarações do colaborador e cópia da investigação, devendo o juiz ouvir sigilosamente o colaborador, acompanhado de seu defensor, oportunidade em que analisará os seguintes aspectos na homologação:

(...)

Inconformada, a defesa de João impetrou habeas corpus contra a decisão perante o Tribunal Regional Federal alegando cerceamento de defesa.

O TRF concedeu a ordem autorizando o acesso da defesa às gravações das tratativas e da audiência de homologação do acordo pelo Juiz.

O Ministério Público Federal não concordou e interpôs recurso especial contra o acórdão do TRF alegando que não cabe ao terceiro delatado verificar a legalidade, regularidade e voluntariedade das colaborações.

O parquet pediu que o STJ desse provimento ao recurso especial para impedir que João tivesse acesso às gravações das tratativas e da audiência de homologação do acordo de colaboração premiada.

O STJ concordou com os argumentos do MPF? Foi dado provimento ao recurso?

NÃO.

De acordo com o art. 3º-A da Lei nº 12.850/2013, o acordo de colaboração premiada tem natureza jurídica híbrida e consubstancia, a um só tempo, negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova:

Art. 3º-A. O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Uma vez que o acordo de colaboração premiada também é meio de obtenção de prova e, por isso, serve de instrumento para a coleta de elementos incriminatórios contra terceiros e atinge a esfera jurídica deles, é natural que esses terceiros tenham interesse e legitimidade para impugnar não apenas o conteúdo de tais provas, mas também a legalidade da medida que fez com que elas aportassem aos autos.

Não é apenas o conteúdo das provas fornecidas pelo delator que interfere na esfera jurídica do acusado, porquanto é só por meio do acordo de colaboração que as provas são obtidas. Assim, essas provas só podem ser valoradas se o acordo que levou até elas também for válido. Comparativamente, por exemplo, em uma busca e apreensão (outro meio de obtenção de prova), é indiscutível que os indivíduos

prejudicados pela medida podem questionar tanto a sua validade - mesmo quando amparada em autorização judicial - quanto o conteúdo das provas colhidas por meio dela.

Obstar essa possibilidade de questionamento pelo terceiro delatado com base no postulado civilista da relatividade dos negócios jurídicos implicaria inadmissível cerceamento de defesa e, por consequência, abriria margem para a ocorrência de abusos, porque conferiria a legitimidade para impugnação dos acordos tão somente àqueles que mais têm interesse na sua preservação: Ministério Público e colaborador. Aliás, mesmo no direito privado, o princípio da relatividade dos negócios jurídicos vem sendo constantemente mitigado à luz da função social do contrato - em sua eficácia externa -, especialmente quando atinge direitos de terceiros, justamente para evitar que aquele que não participou voluntariamente do negócio alheio seja indevidamente prejudicado.

Isso significaria, hipoteticamente, que, se fossem oferecidos benefícios indevidos ao delator a fim de obter a incriminação de terceiro e a medida fosse chancelada pelo magistrado, nada poderia ser feito para questionar o acordo. Da mesma forma, se o colaborador fosse coagido a delatar alguém e, para não perder os benefícios, deixasse de impugnar a avença, ninguém mais poderia fazê-lo caso o Juiz não identificasse a coação ao homologar o acordo.

O art. 4º, § 7º da Lei nº 12.850/2013 prevê que o juiz irá “ouvir sigilosamente o colaborador”. Vale ressaltar, contudo, que esse dispositivo não estabelece uma regra perpétua de restrição da publicidade do ato.

O objetivo do dispositivo é o de resguardar apenas aquele momento incipiente da investigação, em que o sigilo se faz necessário para assegurar a eficácia de diligências em andamento, as quais podem ser frustradas se o indivíduo delatado tiver acesso a elas.

Todavia, oferecida e recebida a denúncia, a regra volta a ser a que deve imperar em todo Estado Democrático de Direito, isto é, publicidade dos atos estatais e respeito à ampla defesa e ao contraditório, nos termos do art. 7º, § 3º, da Lei nº 12.850/2013:

Art. 7º (...)

§ 3º O acordo de colaboração premiada e os depoimentos do colaborador serão mantidos em sigilo até o recebimento da denúncia ou da queixa-crime, sendo vedado ao magistrado decidir por sua publicidade em qualquer hipótese.

O art. 7º, § 3º, embora se refira expressamente apenas ao acordo e aos depoimentos do colaborador, também deve ser aplicado às tratativas - obrigatoriamente gravadas por imposição do § 13 do art. 4º - e à audiência de homologação do acordo, em virtude da mesma lógica: recebida a denúncia, o sigilo excepcional perde a razão de existir e cede espaço à regra da necessária publicidade dos atos estatais, assim como do respeito ao contraditório e à ampla defesa, exceto quanto às diligências em andamento que possam ter sua execução prejudicada pela revelação das informações.

Analizando o caso concreto (adaptado)

No caso concreto, o Tribunal de origem (TRF) determinou que o Juízo singular fornecesse à defesa do réu - indivíduo delatado - o acesso aos vídeos e às atas das audiências realizadas com o colaborador, a fim de que ela pudesse analisar a legalidade, a regularidade e a voluntariedade da colaboração.

Não há ilegalidade a ser reconhecida no acórdão do TRF, uma vez que o réu delatado tem legitimidade para questionar a validade do acordo de colaboração do delator - o que pressupõe o acesso às tratativas e à audiência de homologação - e o sigilo não mais se justifica, porque a denúncia já foi recebida e nenhum risco concreto a diligências em andamento foi apontado.

De todo modo, nada impede que, constatando a pendência de alguma diligência sigilosa, o Juízo singular preserve, pontualmente, com fundamentação concreta, o sigilo dela, mas sem vedar indefinidamente, em abstrato e de antemão, o acesso da defesa à totalidade das tratativas do acordo e à audiência de homologação.

Em suma:

O terceiro delatado tem o direito de impugnar a validade do acordo de colaboração premiada, o que pressupõe o direito de acessar as gravações das tratativas e da audiência de homologação do acordo pelo juiz, a fim de verificar a legalidade, a regularidade e a voluntariedade do colaborador ao assinar o instrumento de colaboração.

STJ. 6ª Turma. REsp 1.954.842-RJ, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 14/5/2024 (Info 814).

DOD PLUS – O ENTENDIMENTO ACIMA EXPLICADO NÃO É PACÍFICO

O delatado possui legitimidade para impugnar o acordo de colaboração premiada?

Existem duas correntes sobre o tema:

1ª corrente: NÃO. O delatado não detém legitimidade para impugnar o acordo de colaboração.

(...) 2. O Plenário desta Corte, no julgamento do HC 127.423, Min. Dias Toffoli, fixou entendimento no sentido de que, “[p]or se tratar de negócio jurídico personalíssimo, o acordo de colaboração premiada não pode ser impugnado por coautores ou partícipes do colaborador na organização criminosa e nas infrações penais por ela praticadas, ainda que venham a ser expressamente nominados no respectivo instrumento no ‘relato da colaboração e seus possíveis resultados’ (art. 6º, I, da Lei nº 12.850/13).

De todo modo, nos procedimentos em que figurarem como imputados, os coautores ou partícipes delatados — no exercício do contraditório — poderão confrontar, em juízo, as declarações do colaborador e as provas por ele indicadas, bem como impugnar, a qualquer tempo, as medidas restritivas de direitos fundamentais eventualmente adotadas em seu desfavor”. (...)

STF. 1ª Turma. HC 217396 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 03/11/2022.

A jurisprudência dos tribunais superiores é pacífica no sentido de que o delatado não detém legitimidade para impugnar o acordo de colaboração.

STJ. Corte Especial. AgRg no Inq n. 1.467/DF, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Corte Especial, julgado em 16/11/2022.

A conclusão dessa primeira corrente é mencionada na Edição nº 193 do Jurisprudência em Teses do STJ:

3) O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico personalíssimo, que gera obrigações e direitos entre as partes celebrantes e não interfere, automaticamente, na esfera jurídica de terceiros, razão pela qual estes, ainda que expressamente mencionados ou acusados pelo delator em suas declarações, não têm legitimidade para questionar a validade do acordo celebrado.

2ª corrente: SIM. O delatado tem, sim, a legitimidade de questionar o acordo de colaboração premiada. É o que vem decidindo a 6ª Turma do STJ:

O terceiro delatado tem o direito de impugnar a validade do acordo de colaboração premiada, o que pressupõe o direito de acessar as gravações das tratativas e da audiência de homologação do acordo pelo juiz, a fim de verificar a legalidade, a regularidade e a voluntariedade do colaborador ao assinar o instrumento de colaboração.

STJ. 6ª Turma. REsp 1.954.842-RJ, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 14/5/2024 (Info 814).

Não obstante haver precedentes importantes em sentido contrário, não encontro razão para outra afirmação senão a de que os delatados tem, sim, a legitimidade de questionar o acordo de colaboração premiada com a alegação de não ter sido firmado com observância da imperiosa legalidade.

A partir do momento que sua esfera jurídica foi afetada pelo teor da delação é evidente a sua legitimidade para questionar esse acordo que, de forma negativa, afeta direitos seus.

É também possível, portanto, que constatada a ilegalidade do acordo, em casos excepcionais, a invalidação das provas decorrentes do mesmo.
STJ. 6ª Turma. RHC 179.805-PR, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 21/5/2024 (Info 813).

NULIDADES

Réu não foi citado pessoalmente por estar foragido; no entanto, durante toda a instrução ele foi assistido por advogado constituído; neste caso, não há nulidade

ODS 16

Não há como reconhecer a nulidade por cerceamento de defesa no caso em que comprovado que, a despeito de o paciente encontrar-se foragido desde a data dos fatos e de serem infrutíferas as diversas tentativas de intimação pessoal do acusado, durante toda a instrução processual ele foi devidamente assistido, tendo respondido a todos os atos processuais por meio de advogado constituído, de modo que a finalidade da citação foi integralmente alcançada.

STJ. 6ª Turma. AgRg no HC 823.208-RJ, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 29/4/2024 (Info 814).

NOÇÕES GERAIS SOBRE CITAÇÃO

O que é a citação no processo penal?

Citação é o ato por meio do qual o Poder Judiciário...

- comunica ao indivíduo que foi recebida uma denúncia ou queixa-crime ajuizada contra ele; e
- convoca o acusado para ingressar no processo e se defender.

O que acontece se não houver a citação válida do réu?

O processo será nulo desde o seu início, nos termos do art. 564, III, “e”, do CPP, havendo, neste caso, violação ao art. 5º, LV, da CF/88 e ao artigo 8º, 2, “b”, da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Vale ressaltar, no entanto, que a falta ou a nulidade da citação estará sanada, “desde que o interessado compareça, antes de o ato consumir-se, embora declare que o faz para o único fim de argui-la. O juiz ordenará, todavia, a suspensão ou o adiamento do ato, quando reconhecer que a irregularidade poderá prejudicar direito da parte” (art. 570 do CPP).

Espécies de citação

Existem duas espécies de citação:

- 1) Citação real (pessoal)
- 2) Citação ficta (presumida)

Citação REAL (pessoal)

É aquela na qual o acusado é citado pessoalmente, ou seja, ele mesmo recebe a comunicação.

A citação pessoal pode ser dividida em subespécies:

- a) Citação por mandado (art. 351);
- b) Citação por carta precatória (art. 353);
- c) Citação do militar (art. 358);
- d) Citação do funcionário público (art. 359);
- e) Citação do acusado que estiver preso (art. 360);
- f) Citação do acusado no estrangeiro (art. 368);
- g) Citação em legações estrangeiras (art. 369).

Citação FICTA (presumida)

Ocorre quando o acusado não é encontrado para ser comunicado pessoalmente da instauração do processo. Apesar disso, se forem cumpridos determinados requisitos legais, a lei presume que ele soube da existência do processo e, por isso, autoriza que a marcha processual siga em frente.

Existem duas subespécies de citação ficta:

- a) Citação por edital (art. 361);
- b) Citação por hora certa (art. 362).

Formas de citação que não são admitidas no processo penal

- Citação por via postal (correios);
- Citação eletrônica;
- Citação por e-mail;
- Citação por telefone.

Em que hipótese o CPP autoriza que o denunciado seja citado por edital?

Será realizada a citação por edital quando o acusado não for encontrado (§ 1º do art. 363).

Se o acusado é citado por edital, mesmo assim o processo continua normalmente?

O art. 366 do CPP estabelece que:

- se o acusado for citado por edital e
- não comparecer ao processo nem constituir advogado
- o processo e o curso da prescrição ficarão suspensos.

Se o réu comparecer ao processo ou constituir advogado, o processo e o prazo prescricional voltam a correr normalmente. O objetivo do art. 366 é garantir que o acusado que não foi pessoalmente citado não seja julgado à revelia.

Súmula 415-STJ: O período de suspensão do prazo prescricional é regulado pelo máximo da pena cominada.

EXPLICAÇÃO DO JULGADO

Imagine a seguinte situação hipotética:

João estava sendo investigado, em inquérito policial, pela prática de diversos crimes.

Ao final da apuração, o Ministério Público ofereceu denúncia contra João.

A denúncia foi recebida em 16/11/2016. Nesta ocasião, o juiz determinou a citação do réu e decretou a sua prisão preventiva.

Todavia, antes mesmo que tal ato fosse cumprido, foi acostada aos autos procuração assinada por João outorgando poderes ao Dr. Rafael (advogado) para o foro em geral, especialmente para ter acesso aos autos do processo, podendo extrair cópia. A procuração foi datada de 21/11/2016.

Em 23/11/2016, Dr. Rafael protocolizou pedido de revogação da prisão preventiva. Nessa oportunidade, foram juntadas cópias de documentos pessoais do réu. O pedido de revogação foi indeferido.

Alguns dias depois, Dr. Rafael renunciou aos poderes que lhe foram outorgados, solicitando que fosse nomeada a Defensoria Pública para o patrocínio da defesa de João.

O Juiz determinou então a intimação de João por edital para tomar ciência da data da audiência e para declarar se desejava constituir novo patrono.

Não houve resposta de João após o edital, de forma que o magistrado designou o Defensor Público para prestar assistência jurídica ao réu.

Em seguida, foi juntada nova procuração em nome do Dr. Rafael, mais uma vez sem poderes especiais e específicos para receber citação.

Dr. Rafael participou dos atos processuais e apresentou alegações finais em favor do réu.

Vale ressaltar que João não compareceu presencialmente a nenhum ato processual. Ao final da instrução, o Juiz proferiu sentença condenando João. O réu interpôs apelação, que foi desprovida pelo Tribunal de Justiça. A decisão condenatória transitou em julgado.

Revisão criminal

Logo em seguida, a defesa de João interpôs revisão criminal, pleiteando a anulação da sentença condenatória, com fundamento no art. 621, I, II e III, do CPP. O argumento da defesa foi o de que não houve citação válida do condenado.

A questão chegou até o STJ. O Tribunal concordou com os argumentos da defesa?

NÃO.

A citação do acusado é o ato processual por meio do qual se perfectibiliza a relação jurídico-processual penal deflagradora do devido processo legal substancial.

A nulidade por cerceamento de defesa foi afastada considerando que ficou comprovado nos autos que o acusado tinha total conhecimento da ação penal, especialmente porque constituiu advogado logo após a decisão de primeiro grau que recebeu a denúncia, determinou a sua citação e decretou a sua prisão preventiva.

Logo, embora ele não tenha sido encontrado para ser citado por estar foragido, teve o seu direito de defesa amplamente exercido.

A despeito de o paciente encontrar-se foragido desde a data dos fatos e de serem infrutíferas as diversas tentativas de intimação pessoal do acusado, durante toda a instrução processual ele foi devidamente assistido, tendo respondido a todos os atos processuais por meio de advogado constituído, de modo que a finalidade da citação foi integralmente alcançada.

Desse modo, não há como reconhecer a nulidade por cerceamento de defesa, especialmente porque não comprovado prejuízo decorrente da citação por edital, sendo certo que o paciente não pode beneficiar-se de sua própria torpeza a fim de nulificar os atos processuais a que deu causa.

Em suma:

Não há como reconhecer a nulidade por cerceamento de defesa no caso em que comprovado que, a despeito de o paciente encontrar-se foragido desde a data dos fatos e de serem infrutíferas as diversas tentativas de intimação pessoal do acusado, durante toda a instrução processual ele foi devidamente assistido, tendo respondido a todos os atos processuais por meio de advogado constituído, de modo que a finalidade da citação foi integralmente alcançada.

STJ. 6ª Turma. AgRg no HC 823.208-RJ, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 29/4/2024 (Info 814).

DIREITO TRIBUTÁRIO

NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

As decisões proferidas pelo CARF não podem ser enquadradas como práticas reiteradamente observadas e aceitas pelas autoridades administrativas, previstas no art. 100, III, do CTN

ODS16

Caso adaptado: uma empresa de comércio e exportação de café obteve, em 2004, R\$ 56 milhões de lucro, mas enfrentou prejuízos fiscais. Seguindo a jurisprudência administrativa do CARF na época, a empresa compensou a integralidade do seu lucro real com os prejuízos

acumulados. Vale ressaltar, contudo, que, pela legislação, a empresa somente podia compensar até o limite de 30%.

A autuação foi lavrada em função do desrespeito ao limite de 30% de compensação do lucro tributável por prejuízos fiscais em 2005.

A empresa recorreu administrativamente, e inicialmente, o CARF cancelou a autuação. Contudo, a CSRF restaurou o auto de infração, aplicando o limite de compensação.

Inconformada, a empresa impetrou mandado de segurança pedindo para não pagar a multa e os juros, sob o argumento de que agiu de acordo com decisões proferidas pelo CARF e que estas poderiam ser enquadradas no art. 100, III, do CTN:

Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos: (...) III - as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas.

O STJ não concordou com a empresa.

As decisões proferidas pelo CARF não podem ser enquadradas como práticas reiteradamente observadas e aceitas pelas autoridades administrativas, previstas no art. 100, III, do CTN. Isso porque a existência de inúmeras decisões administrativas sobre um determinado tema evidencia, na verdade, instabilidade do entendimento da Administração Tributária, visto que a Fiscalização adota posicionamento contrário ao contribuinte e divergente daquele observado pelo CARF.

STJ. 2ª Turma. AREsp 2.554.882-SP, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 21/5/2024 (Info 814).

Imagine a seguinte situação adaptada:

Sumatra Café é uma empresa que se dedica à atividade de comércio, exportação, importação e comercialização de café.

Em decorrência das atividades exercidas, a empresa é contribuinte do Imposto de Renda de Pessoas Jurídicas (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), tendo optado, no ano-calendário 2004, pela apuração de suas bases de cálculo por meio da sistemática do lucro real.

Em 2004, a empresa apurou lucro real, antes da compensação dos prejuízos, de R\$ 56 milhões.

Porém, nesse mesmo ano de 2004, a empresa acumulou grande volume de prejuízos fiscais.

Seguindo a jurisprudência administrativa sedimentada na época perante o CARF, a empresa compensou a integralidade do seu lucro real com tais prejuízos acumulados. Vale ressaltar, contudo, que, pela legislação, a empresa somente podia compensar até o limite de 30% em razão da regra prevista nos arts. 42 e 58 da Lei nº 8.981/95 e arts. 15 e 16 da Lei nº 9.065/95 (chamada “trava dos 30%”).

Auto de infração

Conforme explicado acima, a legislação proibia a compensação integral. Diante disso, em 01/11/2005, foi instaurado um procedimento fiscal que culminou em auto de infração, no sentido de exigir o IRPJ e a CSLL decorrente da suposta compensação indevida.

A autuação foi lavrada em função do desrespeito ao limite de 30% de compensação do lucro tributável por prejuízos fiscais.

A empresa recorreu administrativamente para o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), que afastou a aplicação da trava dos 30% no caso concreto, valendo-se da jurisprudência administrativa sedimentada na época. Com isso, foi cancelado o auto de infração e anulado o crédito tributário exigido. Irresignada, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional interpôs recurso administrativo para a Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF). A CSRF concordou com o Fisco e restaurou o auto de infração, aplicando a trava dos 30%. Com isso, a empresa voltou a ter que pagar o tributo devido, mais multa e juros.

Mandado de segurança

Diante do cenário acima explicado, a empresa impetrou mandado de segurança com a finalidade de afastar a exigência de pagamento dos valores devidos a título de juros e multa decorrentes do auto de infração parcialmente mantido pela CSRF, relacionado à compensação indevida de prejuízos fiscais acima do limite de 30%.

A empresa argumentou que não deveria pagar multa e juros, pois, na sua visão, tinha legítima expectativa de que fosse observado o entendimento consolidado à época dos fatos pelo tribunal administrativo tributário (CARF).

Alegou que, por se tratar de prática reiterada, seria aplicável o disposto no art. 100, inciso III e parágrafo único, do CTN:

Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

I - os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas;

II - as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa;

III - as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas;

IV - os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Parágrafo único. A observância das normas referidas neste artigo exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo.

A discussão chegou até o STJ. O tribunal concordou com os argumentos do impetrante?

NÃO.

Definição do que venham a ser “normas complementares”

A discussão, nos presentes autos, gravita em torno da possibilidade de enquadrar decisões proferidas na seara administrativa na definição de norma complementar, prevista no art. 100, III, do CTN, com o intuito de excluir penalidades, cobrança de juros de mora e atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo.

As normas complementares (art. 100, do CTN) “são preceitos de menor hierarquia que versam, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes, tais como atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas e outros elencados no art. 100 do CTN”. (HARADA, Kiyoshi. Direito Financeiro e Tributário, 32 ed. São Paulo: Dialética, 2023.)

O art. 100, III, do CTN, especificamente, trata de “práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas, significando, de um lado, práticas dos contribuintes aceitas - comprovada e estavelmente - pela Administração Tributária e, de outro lado, práticas da própria Administração, em geral, contra legem”. (COSTA, Antônio Cláudio da; QUEIROZ, Mary Elbe. Código Tributário Nacional Interpretado, Enlaw - São Paulo: Portal de Revistas Jurídicas, 2021.)

Decisões administrativas vs. práticas reiteradas

Partindo da definição acima, o STJ entendeu que as decisões proferidas pelo CARF não podem ser enquadradas como práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas, previstas no art. 100, III, do CTN. Isso porque a existência de inúmeras decisões administrativas sobre um determinado tema evidencia, na verdade, instabilidade do entendimento da Administração Tributária, visto que a Fiscalização adota posicionamento contrário ao contribuinte e divergente daquele observado pelo CARF. Nesse contexto, por óbvio, não se pode afirmar que o contribuinte agiu de acordo com as práticas reiteradamente observadas pela Administração Tributária, estáveis e confiáveis, porque elas não se confirmam.

Não à toa que o art. 100, II, do CTN possui previsão específica para enquadrar as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa como normas complementares, exigindo, para tanto,

que a lei lhes atribua eficácia normativa, atingindo tanto os agentes da Fiscalização quanto os contribuintes.

Em suma:

As decisões proferidas pelo CARF não podem ser enquadradas como práticas reiteradamente observadas e aceitas pelas autoridades administrativas, previstas no art. 100, III, do CTN.

STJ. 2ª Turma. AREsp 2.554.882-SP, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 21/5/2024 (Info 814).

EXERCÍCIOS

Julgue os itens a seguir:

- 1) O Município, no âmbito das atividades que envolvem serviços de metrologia desempenhadas em postos de saúde, por não exercer atividade comercial, se submete à fiscalização do INMETRO. ()
- 2) Em respeito ao princípio da isonomia, o lapso prescricional da demanda indenizatória ajuizada pelo ente estatal deverá obedecer ao mesmo prazo quinquenal do art. 1º do Decreto n. 20.910/1932, previsto para as ações indenizatórias ajuizadas contra a Fazenda Pública. ()
- 3) É cabível pensionamento na hipótese de falecimento de recém-nascido, cujo termo inicial será a data em que a vítima completaria 14 (quatorze) anos, e o termo final será a data em que a vítima completaria a idade correspondente à expectativa média de vida do brasileiro. ()
- 4) A instituição financeira pode ser responsabilizada pelo roubo de que o cliente fora vítima, em via pública, após chegada ao seu destino portando valores recentemente sacados diretamente no caixa bancário, porquanto evidencia-se fato de terceiro, que exclui a responsabilidade objetiva, por se tratar de caso fortuito externo. ()
- 5) Não é abusiva a negativa tratamento essencial ao controle de doença degenerativa do sistema nervoso, apenas por ser o medicamento administrável na forma oral em ambiente domiciliar, quando, entre outras circunstâncias, esteja incluído no rol da ANS e faça parte de específico tratamento escalonado pelo qual o paciente necessariamente precisa passar para ter direito ao fornecimento de fármaco de cobertura obrigatória. ()
- 6) A instalação de lojas do mesmo ramo em shopping center não configura, por si só, atividade predatória nem ofensa ao tenant mix, desde que que essa opção não implique desrespeito aos contratos firmados com os lojistas. ()
- 7) A perícia elaborada por perito médico não especialista na área de conhecimento da perícia não acarreta a nulidade do laudo pericial, desde que os elementos concretos revelem que essa circunstância não comprometerá a idoneidade da prova. ()
- 8) A comunicação dirigida às partes para informar que o processo foi digitalizado, transferindo-se do meio físico para o digital, não pode ser considerada, para fins do disposto no art. 278, do CPC, como a primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão. ()
- 9) Independentemente da orientação sexual da vítima, o delito de injúria se caracteriza pela utilização de insultos preconceituosos e homofóbicos que ofendem a honra subjetiva do ofendido. ()
- 10) O terceiro delatado não tem o direito de impugnar a validade do acordo de colaboração premiada, a fim de verificar a legalidade, a regularidade e a voluntariedade do colaborador ao assinar o instrumento de colaboração. ()
- 11) Não há como reconhecer a nulidade por cerceamento de defesa no caso em que comprovado que, a despeito de o paciente encontrar-se foragido desde a data dos fatos e de serem infrutíferas as diversas tentativas de intimação pessoal do acusado, durante toda a instrução processual ele foi devidamente assistido, tendo respondido a todos os atos processuais por meio de advogado constituído, de modo que a finalidade da citação foi integralmente alcançada. ()

- 12) As decisões proferidas pelo CARF podem ser enquadradas como práticas reiteradamente observadas e aceitas pelas autoridades administrativas, previstas no art. 100, III, do CTN. ()

Gabarito

1. E	2. C	3. C	4. E	5. E	6. C	7. C	8. C	9. C	10. E
11. C	12. E								