

RESUMO ESTRATÉGICO

TRF

2ª REGIÃO



RESUMO ESTRATÉGICO



DIREITO CONSTITUCIONAL

Para Canotilho, **Constitucionalismo** é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do **governo limitado** indispensável à **garantia** dos direitos em dimensão estruturante da **organização** político-social de uma **comunidade**;

Para **Löwenstein**, quando o povo hebreu estabelece limites para o soberano baseados na mitigação do poder político pela consagração de dogmas religiosos, fica definido o **marco histórico** do nascimento do constitucionalismo;

A idade média tem por característica a existência de uma **pluralidade normativa**, não havendo centralidade do poder político, fragmentado em ordenamentos jurídicos particulares, como os estabelecidos pelas corporações de ofício ou implantados no sistema feudal.

No fim da idade média através dos pactos, cujo maior exemplo é a **Magna Carta** celebrada pelo **Rei João Sem Terra** em 1215, alguns direitos de natureza estamental são reconhecidos, mas fica claro que tais prerrogativas não são estendidas a todos os cidadãos, beneficiando, apenas, certos **estamentos** privilegiados (nobres).

Para **Canotilho**, a concepção moderna de **"constituição ideal"** deve ser entendida como: (1) norma jurídica fundamental plasmada em um **documento escrito**; (2) uma declaração, nessa carta escrita, de um conjunto de **direitos fundamentais** e do respectivo modo de **garantia**; (3) um instrumento de

organização e disciplina do poder político, segundo esquemas tendentes a torná-lo um poder limitado e moderado.

O **constitucionalismo moderno** está atrelado ao **liberalismo econômico** triunfante das revoluções dos séculos XVIII e XIX, doutrina que alça o indivíduo a protagonista do sistema político-jurídico e atribui ao Estado um papel secundário de repressão aos abusos e defesa das garantias, tornando imprópria sua participação em assuntos de ordem econômica ou social.

Poder constituinte é o poder de criar a Constituição, de instituir um ordenamento jurídico no âmbito de um Estado, e, por óbvio, inaugurar o próprio Estado sob a perspectiva jurídica.

O **poder constituinte originário** tem por intento **criar a Constituição**, sendo papel do **poder constituinte derivado reformar/revisar a Constituição** (Poder Constituinte Derivado Reformador e Revisor), bem como **delinear e organizar os Estados** - corolário do federalismo!-, a partir da criação das Constituições Estaduais (Poder Constituinte Derivado Decorrente);

O **poder constituinte originário** é um **poder inicial, ilimitado, incondicionado, indivisível e permanente**;

O **poder derivado** é **secundário, limitado e condicionado**.

Dois são as teorias dominantes a respeito da titularidade do poder constituinte. A **primeira**, com base na doutrina de Sieyès, encampa a tese de que o titular desse poder é a nação, enquanto que a **segunda** adota a premissa de que o poder constituinte é conferido ao povo.

O art. 60 da Constituição da República estabelece limitações **materiais, formais e circunstanciais** ao poder de reforma.

Para alguns autores, o poder constituinte difuso atua na ocasião de uma **mutação constitucional**, sendo esta uma **mudança informal no sentido, nos preceitos e no conteúdo da Constituição sem alteração do texto**;

As **normas infraconstitucionais** anteriores **materialmente compatíveis** com a nova constituição recebem um novo fundamento de validade e, por conseguinte, são **recepcionadas** pelo novo texto;

As **normas infraconstitucionais materialmente incompatíveis** com o novo texto **perdem seu fundamento** de validade e são definitivamente **revogadas**, tendo o STF declarado a impossibilidade da inconstitucionalidade superveniente das leis, ou seja, a possibilidade de controle de constitucionalidade de normas anteriores à nova constituição;

Segundo Canotilho, os **princípios constitucionais** explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte, revelando as concepções políticas triunfantes numa Assembleia Constituinte, constituindo-se, assim, no cerne político de uma Constituição política.

A doutrina tenta apontar de forma sistemática a diferença entre regras e princípios, levando em conta que os dois conceitos são espécies do gênero norma jurídica, definição mais geral. Segundo Canotilho, são vários os critérios sugeridos para efetuar o *discrímen* entre princípios e regras:

- 1) **Grau de Abstração:** os **princípios** são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as **regras** possuem uma abstração relativamente reduzida.
- 2) **Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto:** os **princípios**, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as **regras** são suscetíveis de aplicação direta.
- 3) **Caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito:** os **princípios** são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito).
- 4) **Proximidade da ideia do Direito:** os **princípios** são *Standards* juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça (Dworkin) ou na ideia do direito (Larenz); as **regras** podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.
- 5) **Natureza normogénica:** os **princípios** são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante.

Com enorme influência na doutrina nacional, Robert Alexy defende a visão da **diferença qualitativa** entre os diferentes conceitos, já que ambos, como exposto anteriormente, são espécies de normas jurídicas. Como afirma o autor, os **princípios são mandamentos de otimização**, compatíveis com diferentes graus de concretização e mediados pelos pressupostos de fato ou jurídicos presentes na situação concreta. Dessa forma, os princípios nunca asseguram ou impõem deveres definitivos, sendo, por isso, denominados de normas **prima facie**. As **regras**, por seu turno, são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas com definitividade; contemplam determinações daquilo que é fática e juridicamente possível, sendo aplicadas na maneira do tudo ou nada (Dworkin).

O artigo 1º da CF estabelece os **fundamentos** da República Federativa Brasileira, quais sejam: soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e pluralismo político.

1. **Como objetivos fundamentais**, estabelece o texto no seu artigo 3º que a República Brasileira busca: construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

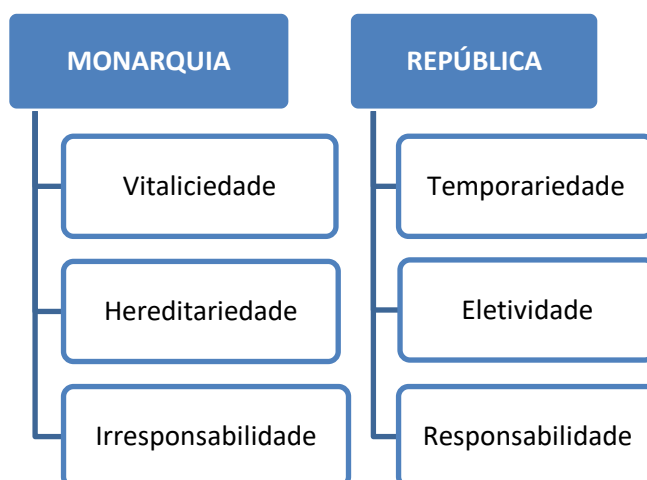
Os **princípios** que regem o Brasil nas relações de natureza internacional, constantes no art. 4º, são: independência nacional, prevalência dos direitos humanos, autodeterminação dos povos, não-intervenção, igualdade entre os Estados, defesa da paz, solução pacífica dos conflitos, repúdio ao

terrorismo e ao racismo, cooperação entre os povos para o progresso da humanidade e concessão de asilo político.

Forma de estado remete ao modo como o poder político está territorialmente dividido; O Estado poderá ser **unitário** se existir apenas um centro político de onde emanam as decisões ou **federado** se existirem diversos centros autônomos dessas mesmas decisões (quando o poder está territorialmente descentralizado). Se o Estado mantém uma centralização política, mas permite a existência de regiões administrativas (províncias) com alguma autonomia, denomina-se **Estado regional**. Por fim, se a soberania estiver presente em variados entes políticos, que por essa razão necessitam da celebração de um tratado internacional para a manutenção de sua unidade política, estamos diante de uma **Confederação**.

O **Federalismo Brasileiro** é **cooperativo**

Forma de Governo:



O **Sistema** ou **regime** de governo revela o relacionamento entre os Poderes Legislativo e Executivo em um sistema político. No **presidencialismo** há uma maior independência entre esses poderes o que não ocorre no **parlamentarismo**, onde a exigência de colaboração e sintonia entre os poderes demonstra ser mais necessária. No Presidencialismo, há uma **fusão** entre as funções de chefia de governo e de Estado. Como chefe de Estado, o **presidente representa o país soberano nas relações internacionais**, mormente na formalização de tratados e acordos de cooperação com outros Estados soberanos e organismos internacionais. Na **chefia de Governo**, o presidente administra os assuntos inerentes à política interna do País, determinando a política de atuação governamental e organizando a Administração Pública em âmbito federal.

Na concepção sociológica de Lassalle, a constituição corresponderia à soma de todos os **“fatores reais de poder”** que regem uma sociedade, devendo ser verificado pelo cientista os padrões sociopolíticos realmente vigentes;

A constituição escrita seria um documento que corresponderia, em suas palavras, a apenas uma **“folha de papel”**, dependendo dos influxos da constituição real para efetivamente regular uma comunidade;

Na concepção Jurídica de Constituição (Kelsen), a constituição em **Sentido lógico-jurídico** é caracterizada pela **norma hipotética fundamental** simplesmente imaginada e pressuposta pelo ordenamento. No **Sentido jurídico-positivo**, a norma constitucional é a vigente em um ordenamento jurídico (norma positiva).

Na concepção política de Carl Schmitt, a realidade constitucional está contida apenas na **“decisão política fundamental”** que inaugura e dá contornos a um novo regime estatal. Diferença entre Constituição e leis constitucionais.

Para a concepção culturalista, a Constituição é um conjunto de normas jurídicas fundamentais, condicionadas pela cultura total (constituição total), e ao mesmo tempo condicionantes desta, emanadas da **vontade existencial da unidade política**, e reguladoras da existência, estrutura e fins do Estado e do modo de exercício e limites do poder político”.

Konrad Hesse formula uma **concepção normativa** (Força Normativa) da Constituição, objetivando encontrar um **modo de compatibilização** entre a norma e a realidade em que se encontra inserida (a constituição é deontológica em oposição a visão de Lassalle);

O **neconstitucionalismo** busca uma reaproximação entre o direito e a moral;

Luis Roberto Barroso define três marcos fundamentais para o **neconstitucionalismo**: histórico, filosófico e teórico;

Bernardo Gonçalves define **tranconstitucionalismo** “como o entrelaçamento de ordens jurídicas diversas (estatais, transnacionais, internacionais e até mesmo supranacionais) em torno dos mesmos problemas de natureza constitucional”.

Quanto à **origem** as constituições podem ser **outorgadas, promulgadas, pactuadas e cesaristas**.

Quanto à **forma** as constituições podem ser **escritas** e **não escritas**.

Quanto ao **modo de elaboração** as constituições podem ser **históricas ou dogmáticas**;

Quanto à **extensão** as constituições podem ser **sintéticas** ou **analíticas**;

Quanto ao **conteúdo** as constituições podem ser formais ou materiais;

Quanto à **estabilidade** as constituições podem ser rígidas, flexíveis, semirrígidas, fixas e imutáveis;

Quanto à **sistematização** as constituições podem ser reduzidas (Pinto Ferreira) ou codificadas (Paulo Bonavides), bem como variadas(Pinto Ferreira) ou legais(Paulo Bonavides);

Quanto à ideologia as constituições podem ser **ortodoxas e ecléticas**;

Quanto à **correspondência com a realidade** (critério ontológico) as constituições podem ser normativas, nominalistas ou semânticas.

Quanto ao sistema as constituições podem ser **Principiológicas e Preceituais**;

Quanto à finalidade temos as **Constituições-Garantia, balanço e dirigente**;

Quanto à **origem** de sua decretação as constituições podem ser classificadas em **autoconstituições e heteroconstituições**;

Quanto ao seu **papel**, as podem ser classificadas em **constituições-lei, fundamento e moldura**;

Na classificação de José Afonso da Silva, **normas de eficácia plena** são aquelas que possuem todos os elementos (requisitos) para a produção dos seus efeitos jurídicos de forma imediata, ou seja, sem a necessidade uma interposição legislativa infraconstitucional.

Normas de eficácia contida são aquelas que nascem aptas a produzir de imediato todos os seus efeitos jurídicos, mas que podem sofrer uma restrição posterior com o objetivo de reduzir o seu alcance.

Normas de eficácia limitada, por sua vez, são aquelas que não nascem aptas a produzir os efeitos que lhes são pertinentes.

Para Maria Helena Diniz, **normas de eficácia absoluta** são aquelas que não podem ser modificadas em nenhuma circunstância, sendo exemplos as normas constantes do art. 60, §4º da CF (cláusulas pétreas).

Normas de eficácia plena:equivalem às normas de mesmo nome da teoria de José Afonso Silva, de modo que a ela nos remetemos.

Normas de eficácia relativa restringível são as normas de eficácia contida com uma nova definição, ou seja, podem sofrer uma interposição restritiva de outras normas, consoante expusemos anteriormente.

Normas de eficácia relativa complementável:por sua vez, nos remetem às normas de eficácia limitada, dependendo de uma regulamentação posterior para a produção dos efeitos que lhes são próprios.

Para Celso Bastos e Ayres Brito, **normas constitucionais de aplicação** são aquelas que não irão demandar nenhum tipo de complementação do legislador. Para os autores essas normas podem ser **irregulamentáveis ou regulamentáveis**.

Normas constitucionais de integração, por seu turno, são as que permitem uma atuação mais efetiva do legislador. Podem ser completáveis, sendo essas equivalentes às normas de eficácia limitada de José Afonso Silva ou restringíveis, cuja regulamentação legislativa tem o escopo de reduzir o âmbito de sua incidência (normas de eficácia contida).

Para Luís Roberto Barroso, as normas constitucionais podem ser de **organização, definidoras de direitos ou programáticas**.

O preâmbulo não faz parte do **bloco de constitucionalidade** e não serve de parâmetro de controle da legislação ordinária;

O STF adota a tese da **irrelevância jurídica** do preâmbulo.

Segundo José Afonso da Silva, a Constituição se subdivide em elementos **orgânicos, socioideológicos, limitativos, de estabilização e formais de aplicabilidade**.

As correntes **interpretativistas** consideram que os juízes, ao interpretar a constituição, devem limitar-se a captar o sentido dos **preceitos expressos** na constituição, ou, pelo menos, nela **claramente implícitos**.

Peter Häberle entende a **hermenêutica constitucional** como um **processo aberto a todos os sujeitos**, levando em conta que qualquer membro de uma comunidade tem sua própria compreensão do direito constitucional (sociedade aberta dos intérpretes da constituição).

Podemos citar como **métodos** de hermenêutica constitucional: **clássico, tópico-problemático, hermenêutico-concretizador, normativo-estruturante, científico-estrutural e comparativo**.

Desenvolvido por **Theodor Viehweg**, a **tópica** (Konrad Hesse denomina **“tópica pura”** o método de Viehweg) é um método que busca aliar **hermenêutica jurídica** e **realidade**, objetivando que as normas não estejam em **descompasso** com a realidade. Assim, a partir do caso concreto a ser solucionado, os intérpretes, a partir de um esquema dialético, buscam argumentos (**topoi**) baseados em **“esquemas de pensamento”, “lugares comuns”, “pontos de vista”** extraídos de crenças, princípios ou opiniões dominantes em uma comunidade, tendo em vista que a ciência jurídica, diferentemente das ciências físicas, não se submete ao escrutínio do padrão verdadeiro/falso. Em suma, parte-se da primazia do caso concreto em busca da solução interpretativa da norma constitucional (**movimento problema-norma**).

No método **hermenêutico-concretizador**, a interação entre **realidade** e **norma** é feita através do processo unitário de interpretação/aplicação. Para realizar essa tarefa, o intérprete parte de suas **pré-compreensões** a respeito da norma e ao mesmo tempo encontra limitações na realidade em que busca sua inserção. A partir desse movimento (**ir e vir entre norma e realidade**), o intérprete, na visão de Hesse, conseguiria extrair o melhor sentido do texto normativo sem correr o risco de não torná-lo efetivo (**círculo hermenêutico**).

Nessa perspectiva, observa-se uma **primazia da norma sobre o caso concreto** a ser solucionado (**movimento norma-caso concreto**), diferentemente do que observamos no método **tópico-problemático**. Essa interação entre norma e realidade, por sua vez, está profundamente ligada a outro conceito muito importante e explorado da doutrina de Hesse, qual seja, a ideia da **“força normativa da constituição”**. Resumidamente, Hesse afirma que cabe ao intérprete **“concretizar o sentido da proposição normativa dentro das condições reais e dominantes numa determinada situação”**.

Sendo discípulo de Konrad Hesse, **Friedrich Müller** também não concebe uma hermenêutica constitucional dissociada do contexto da realidade. Como afirma **Marcelo Novelino** citando o autor em epígrafe: “Por fornecerem complementarmente os **componentes necessários** à decisão jurídica, na concretização normativa o operador deve considerar tanto os elementos resultantes da interpretação do **programa normativo** (conjunto de domínios linguísticos resultantes da **abertura semântica** proporcionada pelo texto do preceito jurídico, ou seja, a diversidade de sentidos semanticamente possíveis do comando linguístico insculpido no texto) quanto os decorrente da investigação do **domínio normativo** (conjunto reais, fáticos, abrangidos em função do **programa normativo**, isto é, a realidade social que o texto intenta conformar). O resultado do conjunto formado pelo programa normativo e pelo âmbito normativo é a **norma jurídica**, que deve ser formulada de maneira genérica e abstrata”.

Müller, portanto, efetua uma clivagem entre **texto normativo e norma**, considerando o primeiro apenas a “**ponta do iceberg**” que deve emergir totalmente a partir do processo de concretização da norma.

o **método científico-espiritual de Rudolf Smend** parte da ideia de que a constituição é composta por um **sistema cultural e de valores** de um povo, ficando a cargo do intérprete, a tarefa de aproximação entre esses valores e a hermenêutica constitucional. No entanto, como afirma **Paulo Gustavo Gonet Branco**, “esses valores, contudo, estão sujeitos a **flutuações**, tornando a interpretação da Constituição fundamentalmente **elástica e flexível**, fazendo com que a força de decisões fundamentais submeta-se às vicissitudes da **realidade cambiante**”. Em suma, a interpretação constitucional deve se valer do “**espírito**” reinante em sua determinada realidade histórica.

Como assevera Canotilho, o **método comparativo constitucional** advém do trabalho de **Häberle** que considera a comparação constitucional, uma forma independente de metodologia interpretativa. Como afirma o professor Português: “a interpretação comparativa pretende captar, de forma **jurídico-comparatística**, a evolução da **conformação**, diferenciada ou semelhante, de institutos jurídicos, normas e conceitos nos vários ordenamentos jurídicos com o fito de esclarecer o significado a atribuir a determinados enunciados linguísticos utilizados na formulação de normas jurídicas”.

61. Entre os princípios de interpretação constitucional, temos: **unidade, efeito integrador, máxima efetividade, conformidade funcional, concordância prática ou harmonização e interpretação conforme**.

O **princípio da unidade da Constituição** exige que a constituição seja interpretada como um **todo harmônico**, sem **contradições** entre as suas normas. Objetiva, portanto, que o intérprete considere a constituição do ponto de vista **global**, harmonizando as tensões por acaso existentes, haja vista

que as normas constitucionais não existem de forma isolada, mas observam um **conjunto coeso** (harmônico) de normas e princípios.

Como aponta a doutrina, o **princípio do efeito integrador** é muitas vezes associado ao princípio da unidade, mas na sua versão mais simples significa que o intérprete constitucional deve dar **primazia** aos critérios e pontos de vista que favoreçam a **integração política** e **social** e o **reforço da unidade política**.

O princípio da **máxima efetividade** ou **eficiência** deve ser entendido da seguinte forma (Canotilho): “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que **maior eficácia** lhe dê”. Destarte, pode-se facilmente concluir que tal princípio possui profundo entrelaçamento com o conceito de uma constituição dirigente e o seu conjunto de normas programáticas, caracterizando a relevância da participação do intérprete na concretização constitucional (**força normativa**).

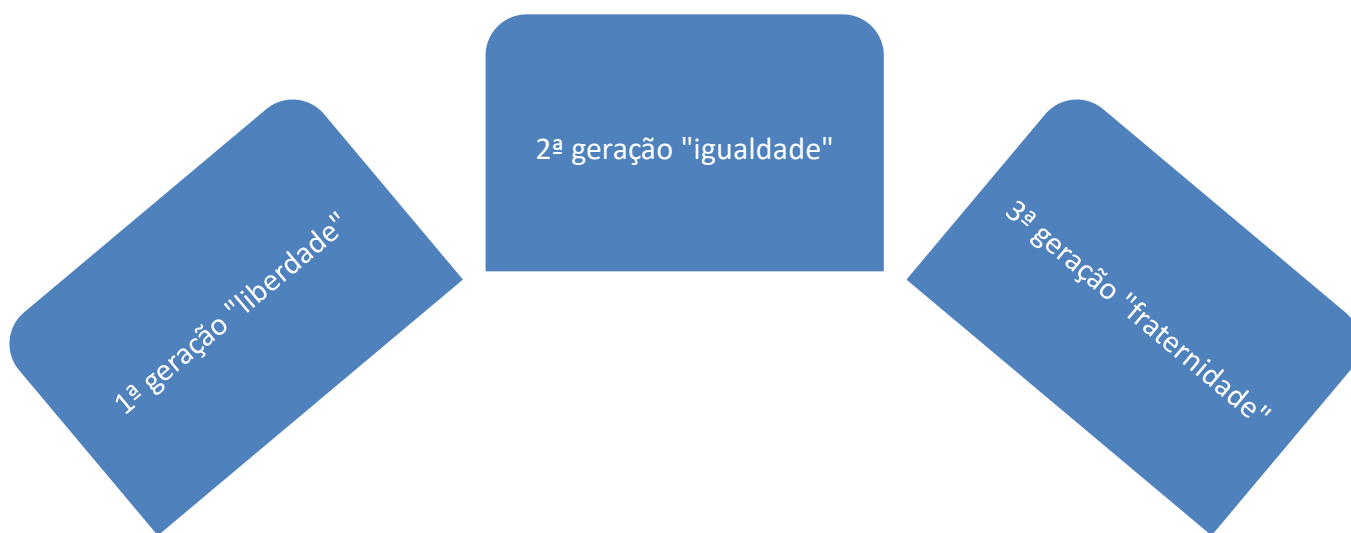
O **princípio da conformidade funcional** (**justeza, exatidão ou correção funcional**) afirma não ser possível uma interpretação constitucional que acarrete a **usurpação de competência** de um poder pelos demais. Assim, o órgão encarregado da interpretação constitucional não pode chegar a um resultado que perturbe o **esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido**.

A **concordância prática ou harmonização** impõe que em eventual **conflito** de bens jurídicos, o intérprete deve adotar uma **leitura normativa** que **preserve** os princípios constitucionais envolvidos, de modo que nenhum seja sacrificado em detrimento do outro. Como parte da doutrina afirma, o princípio da harmonização encontra ressonância na ideia de **ponderação de bens** ou **valores**, tema bastante recorrente no campo dos direitos fundamentais.

Além de princípio de hermenêutica constitucional, **o princípio da interpretação conforme** é técnica de controle de constitucionalidade, validando ou afastando uma ou mais construções interpretativas, que serão adotadas de forma vinculada pelos demais intérpretes.

Quando uma constituição de um Estado define a parcela dos direitos que pertencem aos que se encontram sob seu domínio, dizemos que tais prerrogativas possuem o nome de **direitos fundamentais**. Por outro lado, a definição dos **direitos humanos** possui um profundo cunho universal de inspiração jusnaturalista, sendo tratado pela doutrina como aqueles pertencentes aos indivíduos em geral, independentemente de limites geográficos, sendo estabelecidos globalmente pela simples fato de partilharmos os valores de uma comunidade humana.

A Doutrina aponta como marco da teoria geracional uma palestra proferida por Karel Vasak em conferência de 1979, evento em que o celebrado autor subdividiu e classificou os direitos humanos em **três gerações** com **características específicas**, sendo cada qual associada ao lema da Revolução Francesa:



A **1ª geração** abarca os direitos relacionados às prestações negativas do Estado, representados pela ausência de ingerência estatal no campo das liberdades clássicas (direitos civis e políticos). Representam, nesse aspecto, um autêntico “**direito de defesa**” do indivíduo contra as interferências ilegítimas do Estado em sua autonomia privada. Como cediço, são os direitos característicos do Estado Gendarme, polícia ou guarda noturno, próprio dos movimentos liberais das revoluções Americana e Francesa do século XVIII. Estão nessa geração, por exemplo, o **direito à liberdade, propriedade, intimidade e segurança**, característicos de uma atuação essencialmente reguladora do Estado, consoante explanado.

Dissentindo um pouco dessa visão e aprofundando o tema, André de Carvalho Ramos percebe uma característica não apenas passiva do Estado no campo das liberdades, pois estas, na sua visão, demandariam tanto um papel passivo quanto uma atuação positiva (ativa) na busca de efetiva concretização. O autor afirma, nessa linha, que

o papel do Estado na defesa dos direitos de primeira geração é tanto o tradicional papel passivo (abstenção em violar os direitos humanos, ou seja, prestações negativas) quanto ativo, pois há de se exigir ações do Estado para garantia da segurança pública, administração da justiça, entre outras.

A **2ª geração** de direitos (igualdade) denota o aspecto evolutivo do Estado, contemplando uma característica mais participativa (ativa) desse ente na busca pela efetiva materialização dos direitos sociais e econômicos e estabelecidos nas constituições surgidas a partir do século XX. São marcos dessa perspectiva, a Constituição Mexicana de 1917 (estabelecendo normas de direito do trabalho

e previdenciário) e a Constituição alemã de Weimar de 1919 (regulando os deveres do Estado no campo social).

É importante ressaltar que os direitos de segunda geração encontram certa resistência no campo de seu reconhecimento por impactarem de maneira evidente o caráter econômico-orçamentário da atividade estatal, sendo muitas vezes levantado na **defesa do erário** o princípio da reserva do possível, oriundo da doutrina alemã.

No campo do princípio da **fraternidade** ou **solidariedade** (**direitos de terceira geração**) temos as prerrogativas inerentes à comunidade política, de titularidade coletiva (transindividual) e consubstanciados nos valores inerentes à sobrevivência do homem enquanto espécie inserida numa sociedade organizada. Podemos citar como direitos dessa geração, o **direito ao desenvolvimento**, **direito à autodeterminação dos povos**, **direito à paz**, **ao meio ambiente equilibrado** e o **direito à comunicação**.

Para André de Carvalho Ramos, os direitos de terceira geração

*são oriundos da constatação **da vinculação do homem ao planeta Terra**, com recursos finitos, divisão absolutamente desigual de riquezas em verdadeiros círculos viciosos de miséria e ameaças cada vez mais concretas à sobrevivência da espécie humana [grifo nosso].*

No contexto de sociedades complexas e globalizadas, alguns autores postulam **novas gerações** no campo dos direitos fundamentais. Para Bonavides, o **direito à democracia**, o **direito à informação** e ao **pluralismo** formariam uma **quarta geração** de direitos, diferindo da limitação anteriormente estabelecida pela doutrina tradicional. Autores como Norberto Bobbio colocam nessa geração os direitos relacionados ao **desenvolvimento biotecnológico da humanidade**, como o **direito contra manipulações genéticas**.

Paulo Bonavides incorpora ainda uma **quinta geração**, visualizando o **direito à paz** como ente autônomo em relação aos demais, discordando, em essência, da classificação desse direito como pertencente à terceira geração, conforme exposto anteriormente.

De acordo com a **doutrina majoritária**, podemos enumerar as **características dos direitos fundamentais**, enquanto critério autônomo na relação com os demais direitos do ordenamento constitucional:

- a) **Universalidade**, pois qualquer indivíduo se encontra sob a égide dos direitos fundamentais, mormente quando observado o princípio da dignidade da pessoa humana, cujos contornos são dotados de aplicabilidade universal;
- b) **Imprescritibilidade**, pois os direitos fundamentais não são afetados pelo decurso do tempo pelo fato de não serem invocados pelo seu titular.
- c) **Relatividade**, posto que não gozam de um valor absoluto, sendo possível uma ponderação e limitação de direitos quando cotejados com outros direitos também fundamentais;

- d) **Irrenunciabilidade**, em regra, pois os direitos não podem ser objeto de renúncia pelo titular. É importante considerar, entretanto, que a irrenunciabilidade não inviabiliza a autolimitação voluntária de direitos em uma situação concreta específica. Caso emblemático seria a limitação de direitos relacionados à intimidade em programas de “reality show”.
- e) **Historicidade**, já que os direitos humanos são fruto de um lento e gradual processo histórico. Importante salientar a posição de Bernardo Gonçalves ao afirmar que “a conclusão é que os direitos fundamentais historicamente vão não só se agregando (acréscimo de novos direitos) devido a novas querelas sociais, mas também pela mutabilidade se reinterpretando (redefinição dos direitos já existentes) a novos contextos (paradigmas) ou novas realidades sociais”.
- f) **Inalienabilidade**, de maneira que constata-se a impossibilidade de transferência de um direito fundamental para novos titulares, característica inerente ao princípio da dignidade da pessoa humana.
- g) **Inviolabilidade**, posto que seus preceitos não podem ser infirmados por atos do poder público, sob pena de nulificação.
- h) **Complementaridade**, demandando, por isso, uma exegese sistemática dessas prerrogativas, a fim de que não ocorra uma interpretação isolada e sem sentido das normas do ordenamento.
- i) **Efetividade**, porquanto, a atuação do poder público deve ser pautada na garantia e cumprimento dos direitos fundamentais.
- j) **Aplicabilidade imediata**, nos termos do Art. 5º, §1º do texto constitucional. Cabe apontar, no entanto, a controvérsia desse dispositivo, asseverando alguns autores que os direitos fundamentais só possuem aplicação imediata se as normas que os definem estiverem completas na hipótese e no dispositivo.
- k) **Enumeração aberta**, uma vez que, nas palavras de Leonardo Vizeu Figueiredo, “os direitos fundamentais constituem categoria jurídica aberta e mutável, sujeita à influência de necessidade e valores políticos, sociais e históricos (art. 5º, §2º, da CRFB)”.
- l) **Indivisibilidade**, segundo André Carvalho Ramos, consiste no reconhecimento de que todos os direitos humanos possuem a mesma proteção jurídica, uma vez que são essenciais para uma vida digna. Assim, qualquer geração de direitos merece idêntica proteção por parte do Estado, não devendo haver ordem de preferência ou preterição no combate às suas violações.

Como **definição genérica**, podemos dizer que as **garantias fundamentais** servem como instrumentos de consecução dos direitos fundamentais, ou seja, permite que os mesmos sejam efetivamente assegurados. Na prova objetiva de Defensor Público do Estado de Goiás (2014) foi cobrada a distinção entre direitos e garantias fundamentais:



Os direitos fundamentais diferenciam-se das garantias fundamentais na medida em que os direitos se declaram, enquanto as garantias têm um conteúdo assecuratório daqueles. (gabarito correto)

Entende Ingo Sarlet que **“direitos fundamentais são posições jurídicas reconhecidas e protegidas na perspectiva do direito constitucional interno dos Estados”**. Em continuidade, assevera o autor que a nota distintiva da fundamentalidade, ou seja, o que qualifica um direito como fundamental é a circunstância de ter uma **especial proteção** tanto do ponto de vista formal quanto material. Em suma, a **fundamentalidade** de um direito é **simultaneamente formal e material**.

Na doutrina alemã é possível encontrar uma **dupla orientação** a respeito das diferentes dimensões dos direitos fundamentais, mormente em seus aspectos **objetivos e subjetivos**.

Na vertente **subjetiva**, o tratamento dos direitos fundamentais revela contornos de posição jurídica, impondo uma atuação positiva ou negativa do poder público de acordo com a situação jurídica em que se encontram os indivíduos.

No paradigma **objetivo**, a observância da efetividade dos direitos fundamentais deve assegurar a aplicação dos valores predominantes em uma comunidade, devendo o poder público assegurar a promoção desses mesmos valores, ainda que não vislumbre uma agressão efetiva a direitos subjetivos fundamentais.

Seria possível, com fundamento na dimensão objetiva, a intervenção do Estado com o objetivo de assegurar direitos fundamentais em relações jurídicas entabuladas no campo privado?

Em compasso com o constitucionalista português Canotilho - que admite a possibilidade desse tipo de intervenção, podemos elencar duas teorias que, conquanto estabeleçam modos distintos de atuação, preconizam alguma interferência estatal (**Eficácia Horizontal dos Direitos fundamentais**) também nesse tipo de relação:

- 1) **Eficácia direta e imediata** (direkteDrittwirkung), na qual, como o próprio nome já permite deduzir, os direitos fundamentais estabelecidos na constituição são passíveis de aplicação plena na relação entre particulares, sendo desnecessária a interposição legislativa no tocante ao direito privado, porquanto o texto constitucional possui máxima efetividade também na esfera particular. Essa é a teoria dominante no cenário nacional.
- 2) **Eficácia indireta e mediata** (indirekteDrittwirkung), na qual os direitos fundamentais atuam no domínio das relações privadas por intermédio de leis infraconstitucionais que delineiam conceitos jurídicos indeterminados ou cláusulas gerais do direito privado voltadas para regular tais relações. É a tese predominante na doutrina alemã sendo utilizada pelo respectivo Tribunal Constitucional no julgamento do emblemático caso Lüth, situação em que a corte definiu que os preceitos de direito civil aplicados nas relações privadas deveriam ser

interpretados à luz do direito constitucional, exercendo este um papel de verdadeiro filtro das normas de direito privado.

A expressão “**reserva do possível**” (Vorbehalt des Möglichen) foi utilizada pela primeira vez pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, em julgamento proferido em 18 de julho de 1972. Trata-se de decisão que **analisou a constitucionalidade**, em **controle concreto**, de normas de direito estadual que regulamentavam a admissão aos cursos superiores de medicina nas universidades de Hamburgo e da Baviera nos anos de 1969 e 1970. Em razão do exaurimento da capacidade de ensino dos cursos de medicina, foram estabelecidas limitações absolutas de admissão. Em sentido oposto, argumentava-se estar diante de ofensa ao artigo 12, I, da Lei Fundamental alemã, que cuida da liberdade profissional e dispõe que “todos os alemães têm o direito de livremente escolher profissão, local de trabalho e de formação profissional. O exercício profissional pode ser regulamentado por lei ou com base em lei. O Tribunal, por sua vez, entendeu ser possível restringir o acesso aos cursos de medicina, porquanto os direitos sociais de participação em benefícios estatais “se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade.”

A doutrina e a jurisprudência vêm adotando uma **interpretação extensiva** dos sujeitos abrangidos pelas normas de direitos fundamentais, de modo que os estrangeiros não residentes, apátridas e as pessoas jurídicas de direito público ou privado podem, em determinadas situações, gozar das faculdades abarcadas pelos direitos fundamentais e, também, das garantias a eles inerentes.

Teoria que merece ser destacada por relevante cobrança em concursos é a **teoria dos quatro status dos direitos fundamentais** concebida por Georg Jellinek no século XIX. Para tal teoria, o indivíduo no bojo de uma relação mista de direitos e deveres frente ao Estado se encontra em quatro posições (status) principais, quais sejam: **a) status passivo** ou **subjectionis**; **b) status negativo** ou **libertatis**; **c) status positivo** ou **civitatis**; **d) status ativo** ou **activus**.

No **status passivo**, o indivíduo encontra-se em estado de **completa subordinação** ou **submissão** na sua relação com o Estado, possuindo apenas deveres a serem cumpridos para a consecução do bem comum. Destarte, o Estado vincula o indivíduo através de **mandamentos**, proibições e limitações de sua conduta com objetivos finalísticos.

No **status negativo** é possível vislumbrar a possibilidade de **resistência do indivíduo** em face da conduta dos poderes públicos, uma vez que a ação do Estado encontra limites em prerrogativas reconhecidas pelo ordenamento jurídico aos indivíduos. Nesse *status* é direito do indivíduo **exigir uma abstenção** estatal no conteúdo mínimo intransponível de sua autonomia ou liberdade, obviamente, se esse limite não interferir na esfera de liberdade alheia, caso em que torna-se imperiosa a interferência do Estado. Como aponta Jorge Miranda ao citar Jellinek, o poder do Estado é exercido sobre “**homens livres**”.

A terceira situação é chamada de **status positivo**, no qual o indivíduo tem o facultade de exigir o cumprimento de prestação positivas (**dever de ação**) por parte do Estado, objetivando, outrossim, o atendimento de suas necessidades. Vemos aqui que a função liberal clássica de abstenção estatal (obrigação de não fazer) adquire novos contornos, de maneira que, a partir dessa nova configuração, é possível ao indivíduo interferir no comportamento dos poderes públicos em busca da satisfação de seus pleitos.

No quarto **status**, chamado **ativo**, é possível ao indivíduo **participar ativamente** na vontade política do Estado, sendo incluída nessa abordagem, por exemplo, a possibilidade de ocupação de cargos públicos. O STF, ao citar textualmente a teoria de Jellinek no RE 598.099/MS, decidiu que a Administração pública está vinculada ao número de vagas previstas no Edital de concursos públicos. O Tribunal concluiu que o candidato aprovado dentro do número de vagas previstas possui direito subjetivo à nomeação no cargo almejado, tendo em vista que o poder público também deve obediência aos princípios da boa-fé e da confiança legítima (faceta do princípio da segurança jurídica), sendo a “acessibilidade aos cargos públicos um direito fundamental expressivo da cidadania (...) uma das faces mais importantes dos *status activus* dos cidadãos conforme a conhecida “teoria dos status” de Jellinek”.

Para Canotilho **nada impede que os direitos subjetivos públicos valham na sua aplicação ao direito civil**, principalmente se esta caracterização lhe trazer uma maior dimensão prática. Dessa forma, o autor entende que **é permitido**, desde logo, o direito de acesso aos tribunais para as defesas dessas liberdades, bem como é possível a **aplicação imediata de princípios constitucionais materiais**, como o da proporcionalidade nessa esfera. Como última consideração a respeito dos limites aos direitos fundamentais, cabe ressaltar que os conceitos anteriormente delineados dizem respeito ao **“estatuto geral dos cidadãos”**. No entanto, existem indivíduos que, por características peculiares, possuem regras ou deveres diferenciados no plano estatal, situação denominada pela doutrina como **“relação especial de sujeição ou poder”**. Como exemplo, podemos citar os funcionários públicos, militares e presos, coletividades possuidoras de restrições jurídicas disciplinadas em estatutos específicos, cujos fundamentos, expressos ou implícitos, encontram suporte nas normas de natureza constitucional.

Dispõe a constituição sobre a inviolabilidade do direito à vida:

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

Essa prerrogativa do indivíduo possui muitas dimensões, seja sob a perspectiva material quanto espiritual. José Afonso da Silva abarca, também, no direito à vida, os seguintes direitos: **a) direito à dignidade da pessoa humana; b) direito à existência; c) direito à integridade físico-corporal e d) direito à integridade moral.**

André Carvalho Ramos atesta uma **dimensão vertical e horizontal do direito à vida**. O primeiro plano (**vertical**) envolve a proteção da vida nas diferentes fases do desenvolvimento humano (da fecundação à morte), sendo observado apenas a perspectiva biológica da vida. No segundo aspecto (**horizontal**), o mesmo autor ressalta a qualidade da vida fruída, refletindo na esfera de proteção do direito à saúde, educação, prestações de seguridade social e no direito ao meio ambiente equilibrado, assegurando ao indivíduo uma vida digna globalmente considerada.

Questão relevante é definir **qual o momento de proteção jurídica da vida**, ou seja, em que instante, para a concepção jurídica, é definido o início da vida humana. No âmbito do **Direito Internacional**, a regra constante do artigo 4.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos aduz que a proteção da vida, como regra, **deve ser feita desde a concepção**. O código civil de 2012 parece ir ao encontro dessa mesma proteção quando afirma em seu artigo 2º que “a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Ao expor o tema, Bernardo Gonçalves assevera que “certo é que não há um consenso (seja científico ou mesmo filosófico) sobre essa questão, por isso o que temos são posições sobre o tema”, sendo as mesmas: **a) a vida tem início a partir da concepção** (surgimento do ovo ou zigoto em virtude da fecundação do óvulo pelo espermatozóide); **b) a vida tem início a partir da nidacão** (vida viável), o que deve ocorrer, em regra (em termos aproximados), no prazo de sete a dez dias após a fecundação. Com isso, o zigoto é fixado no útero materno e a vida se torna viável (na medida em que a mesma não seria viável fora do útero); **c) a vida tem início com a formação do sistema nervoso central** (posição do Tribunal Constitucional Alemão) a partir aproximadamente do décimo quarto dia de concepção (com isso, teríamos uma capacidade neurológica dotada de viabilidade, explicitando a vida); **d) a vida tem início quando o feto pode existir independentemente da mãe**, o que ocorreria aproximadamente após a vigésima terceira semana de gestação (conforme dados científicos o feto passaria a ter a capacidade de existir sem a mãe).

A posição adotada pelo legislador pátrio (lei de biossegurança) e ratificada pelo STF na ADI 3510 (informativo 508) possibilita a utilização de células embrionárias fertilizadas “in vitro”, afastando-se, portanto, da perspectiva constitucional, um conceito rígido de proteção à vida, não atingindo este amplitude suficiente para abarcar o momento da concepção.

Sobre o tema da tipificação penal do aborto, Pedro Lenza aponta que, recentemente, no HC 124.306, a 1ª Turma do STF, por 4X1, conferiu interpretação conforme à Constituição aos artigos 124 e 126 do Código Penal para “excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no **primeiro trimestre**. Na ocasião, conforma ilustra o voto do Min. Barroso, a Turma entendeu que a criminalização, na espécie, **violaria os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, sua autonomia e integridade física, bem como afrontaria o princípio da proporcionalidade**.

Por outro lado, o legislador ao tratar do **momento consumativo da morte humana**, definiu para fins de transplante ou tratamento, a necessidade de diagnóstico da **morte encefálica** do indivíduo, **constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante**, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina (art. 3º da lei 9434/97). No que tange à comercialização, a CF/ 88 veda, de modo peremptório, qualquer tipo de ato de mercancia com órgãos humanos asseverando no §4º do Art. 199 que:

*“A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo **vedado** todo tipo de comercialização”.*

No campo da **Eutanásia** é assente a opinião doutrinária e jurisprudencial no sentido da **proibição da interrupção da morte humana com o objetivo de estancar o sofrimento de pessoas sem oportunidade de recuperação clínica**, sendo essa atitude tipificada penalmente (Homicídio ou auxílio ao suicídio). Diferente situação é tratada pela Resolução 1805/2006 e no Código de Ética Médica, ambas as normas exaradas pelo Conselho Federal de Medicina, possibilitando “ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal”, naquilo que é definido como eutanásia passiva ou ortotanásia.

Outra discussão conexa a respeito do prolongamento da vida diz respeito à possibilidade de **prorrogar**, por **quaisquer meios, a vida** de um paciente incurável ainda que o mesmo seja submetido à extrema dor e agonia, prática denominada de **distanásia** ou “**obstinação terapêutica**”, contrariamente ao verificado no caso da ortotanásia, estando a distanásia abarcada por uma visão terapêutica diametralmente oposta.

Por fim, a Constituição no inciso XLVII do art 5º, prevê que não é possível a adoção de pena de morte pelo Estado Brasileiro, salvo em caso de guerra declarada. O Código Penal Militar determina nessa situação a morte por fuzilamento em crimes como deserção, traição à pátria, espionagem, entre outros. André Carvalho Ramos enuncia **três fases** para a regulação da pena de morte no mundo.

Na **primeira fase**, denominada “**convivência tutelada**”, a pena de morte era tolerada, porém com estrito regramento. Na **segunda fase**, relacionado aos crimes militares, o regramento da pena de morte é denominada de **banimento com exceções**. Na **terceira**, adotada pela Convenção Europeia de Direitos humanos após a entrada do seu protocolo de nº 13, adota-se o **banimento sem exceções**, sem exceções e sem permitir qualquer ao seu texto.

A evolução do **princípio da igualdade** ao longo da história apresenta **duas facetas distintas**, sendo a **primeira** objetivando uma isonomia visualizada em uma perspectiva formal de enquadramento na lei (igualdade formal) e a **segunda** verificando a aplicação do mesmo princípio no âmbito da

realidade, típico de Estados sociais que buscam a erradicação da pobreza e de outros fatores que impossibilitam o indivíduo de buscar uma vida plena e digna (igualdade material).

Na Jurisprudência Brasileira é possível encontrar a aplicação da **teoria do impacto desproporcional**. Na leitura de André Carvalho Ramos, “na discussão sobre a Emenda Constitucional n. 20/98, que limitou os benefícios previdenciários a R\$ 1.200,00, discutiu-se a quem caberia pagar a licença-maternidade no caso da mulher trabalhadora receber salário superior a tal valor. Caso a interpretação concluísse que o excedente seria pago pelo empregador, a regra aparentemente neutra (limite a todos os benefícios) teria um efeito discriminatório no mercado de trabalho e um impacto desproporcional sobre a empregabilidade da mulher, pois aumentariam os custos do patrão. Com isso, a regra teria um efeito de discriminação indireta, contrariando a regra constitucional proibitiva da discriminação, em matéria de emprego, por motivo de sexo”.

Ainda no que diz respeito ao princípio da igualdade, é importante observarmos o tratamento jurisprudencial da matéria, sendo muitas questões de concursos baseadas nas decisões dos tribunais superiores. Quanto ao **princípio da isonomia**, destacam-se:

***Súmula Vinculante 06:** Não viola a Constituição o estabelecimento de remuneração inferior ao salário mínimo para as praças prestadoras de serviço militar inicial.*

***Súmula Vinculante 37:** Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia.*

***Súmula 683 do STF:** "O limite de idade para inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser pretendido".*

Assinalamos algumas decisões importantes a respeito da **liberdade de expressão** e suas restrições no âmbito do STF, lembrando sempre que o candidato sempre deve se manter atualizado a respeito desse tema, pois é intensamente explorado pelas bancas:



JURISPRUDÊNCIA

“(…) A ordem constitucional apenas admite a definição legal das qualificações profissionais na hipótese em que sejam elas estabelecidas para proteger, efetivar e reforçar o exercício profissional das liberdades de expressão e de informação por parte dos jornalistas. Fora desse quadro, há patente inconstitucionalidade da lei. A exigência de diploma de curso superior para a prática do jornalismo - o qual, em sua essência, é o desenvolvimento profissional das liberdades de expressão e de informação - não está autorizada pela ordem constitucional, pois constitui uma restrição, um impedimento, uma verdadeira supressão do pleno, incondicionado e efetivo exercício da liberdade jornalística, expressamente proibido pelo art. 220, § 1º, da Constituição (...) No campo da profissão de jornalista, não há espaço para a regulação estatal quanto às qualificações profissionais. O art. 5º, incisos IV, IX, XIV, e o art. 220, não autorizam o controle, por parte do Estado, quanto ao acesso e exercício da profissão de jornalista. Qualquer tipo de controle desse tipo, que interfira na liberdade profissional no momento do próprio acesso à atividade jornalística, configura, ao fim e ao cabo, controle prévio que, em verdade, caracteriza censura

prévia das liberdades de expressão e de informação, expressamente vedada pelo art. 5º, inciso IX, da Constituição (...) A Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu decisão no dia 13 de novembro de 1985, declarando que a obrigatoriedade do diploma universitário e da inscrição em ordem profissional para o exercício da profissão de jornalista viola o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que protege a liberdade de expressão em sentido amplo (caso "La colegiación obligatoria de periodistas" - Opinião Consultiva OC-5/85, de 13 de novembro de 1985)(...). (RE 511.961 – SP – Relator Ministro GILMAR MENDES).

As autoridades públicas não podem iniciar qualquer medida de persecução (penal ou disciplinar), apoiando-se, unicamente, para tal fim, em peças apócrifas ou em escritos anônimos. É por essa razão que o escrito anônimo não autoriza, desde que isoladamente considerado, a imediata instauração de "persecutio criminis". - Peças apócrifas não podem ser formalmente incorporadas a procedimentos instaurados pelo Estado, salvo quando forem produzidas pelo acusado ou, ainda, quando constituírem, elas próprias, o corpo de delito (como sucede com bilhetes de resgate no crime de extorsão mediante sequestro, ou como ocorre com cartas que evidenciem a prática de crimes contra a honra, ou que corporifiquem o delito de ameaça ou que materializem o "crimen falsi", p. ex.). - Nada impede, contudo, que o Poder Público, provocado por delação anônima ("disque-denúncia", p. ex.), adote medidas informais destinadas a apurar, previamente, em averiguação sumária, "com prudência e discricção", a possível ocorrência de eventual situação de ilicitude penal, desde que o faça com o objetivo de conferir a verossimilhança dos fatos nela denunciadas, em ordem a promover, então, em caso positivo, a formal instauração da "persecutio criminis", mantendo-se, assim, completa desvinculação desse procedimento estatal em relação às peças apócrifas". Dessa forma, a existência da denúncia anônima em si, não acarreta a nulidade das subseqüentes investigações ou ações penais, mas cabe ao Poder Público, a partir da ocorrência da delação anônima (*notitia criminis inqualificada*), promover diligências mínimas para constatar a veracidade das informações nela consubstanciadas, para só depois, tendo observado a verossimilhança dos fatos noticiados, proceder à instauração do respectivo procedimento de investigação criminal.

Tribunal de contas e impossibilidade do anonimato permanente do autor de denúncia. Inconstitucionalidade do Regimento interno do TCU.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. DENÚNCIA. ANONIMATO. LEI 8.443, DE 1992. LEI 8.112/90, ART. 144. C.F., ART. 5º, IV, V, X, XXXIII e XXXV. I. - A Lei 8.443, de 1992, estabelece que qualquer cidadão, partido político ou sindicato é parte legítima para denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o TCU. A apuração será em caráter sigiloso, até decisão definitiva sobre a matéria. Decidindo, o Tribunal manterá ou não o sigilo quanto ao objeto e à autoria da denúncia (§ 1º do art. 55). Estabeleceu o TCU, então, no seu Regimento Interno, que, quanto à autoria da denúncia, será mantido o sigilo: inconstitucionalidade diante do disposto no art. 5º, incisos V, X, XXXIII e XXXV, da Constituição Federal. II. - Mandado de Segurança deferido.", (MS 24405, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2003, DJ 23/04/2004.

Contitucionalidade da "Marcha da maconha" (ADPF 187 e ADI4274)

O Tribunal, por unanimidade, rejeitou as preliminares de não-conhecimento da argüição e a de ampliação do objeto da demanda. No mérito, também por unanimidade, o Tribunal julgou procedente a argüição de descumprimento de preceito fundamental, para dar, ao artigo 287 do Código Penal, com efeito vinculante, interpretação conforme à Constituição, “de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos” (ADPF 187, Rel. Min. Celso de Mello, 15/06/2011).

(...) A utilização do § 3º do art. 33 da Lei 11.343/2006 como fundamento para a proibição judicial de eventos públicos de defesa da legalização ou da descriminalização do uso de entorpecentes ofende o direito fundamental de reunião, expressamente outorgado pelo inciso XVI do art. 5º da Carta Magna. Regular exercício das liberdades constitucionais de manifestação de pensamento e expressão, em sentido lato, além do direito de acesso à informação (incisos IV, IX e XIV do art. 5º da Constituição Republicana, respectivamente). Nenhuma lei, seja ela civil ou penal, pode blindar-se contra a discussão do seu próprio conteúdo. Nem mesmo a Constituição está a salvo da ampla, livre e aberta discussão dos seus defeitos e das suas virtudes, desde que sejam obedecidas as condicionantes ao direito constitucional de reunião, tal como a prévia comunicação às autoridades competentes. Impossibilidade de restrição ao direito fundamental de reunião que não se contenha nas duas situações excepcionais que a própria Constituição prevê: o estado de defesa e o estado de sítio (art. 136, § 1º, inciso I, alínea “a”, e art. 139, inciso IV). Ação direta julgada procedente para dar ao § 2º do art. 33 da Lei 11.343/2006 “interpretação conforme à Constituição” e dele excluir qualquer significado que enseje a proibição de manifestações e debates públicos acerca da descriminalização ou legalização do uso de drogas ou de qualquer substância que leve o ser humano ao entorpecimento episódico, ou então viciado, das suas faculdades psicofísicas (ADI 4274, Rel. Min. Ayres Britto, 23/11/2011).

Possibilidade de restrição à liberdade de pensamento prevista pelo § 1º do art. 28 da Lei n.12.663/2012 (“Lei Geral da Copa”).

Violação da liberdade de expressão. Inexistência. Aplicação do princípio da proporcionalidade. Juízo de ponderação do legislador para limitar manifestações que tenderiam a gerar maiores conflitos e atentar contra a segurança dos participantes de evento de grande porte. Medida cautelar indeferida. Ação julgada improcedente (ADImC 5136/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, 01/07/2014).


ECA: classificação indicativa e liberdade de expressão

O Plenário, em conclusão de julgamento e por maioria, acolheu o pedido formulado em ação direta para declarar a inconstitucionalidade da expressão “em horário diverso do autorizado”, contida no art. 254 da Lei 8.069/90 (“Transmitir, através de rádio ou televisão, espetáculo em horário diverso do autorizado ou sem aviso de sua classificação: Pena - multa de vinte a cem salários de referência; duplicada em caso de reincidência a autoridade judiciária poderá determinar a suspensão da programação da emissora por até dois dias”. (ADI 2404/DF, rel. Min. Dias Toffoli, 31.8.2016).

Para melhor analisar o entendimento sobre a proteção da privacidade, Heinrich Henkel, na década de 50, formulou a **teoria das esferas da personalidade**, também denominada de **teoria dos círculos concêntricos da personalidade**. Para essa formulação, a privacidade ou vida privada em sentido amplo abarca **três círculos concêntricos**: a vida privada em sentido estrito, a intimidade e o círculo do segredo. Ao analisar a suscitada teoria, André Carvalho Ramos enuncia que:

- a) O **círculo da vida privada em sentido estrito** consiste no conjunto de relações entre o titular e os demais indivíduos, contendo informações de conteúdo material (por exemplo, dados sobre a riqueza de alguém) e também sentimentos, porém de caráter superficial e de menor impacto sobre a intimidade, como, por exemplo, as amizades comuns. No círculo da vida privada em sentido estrito são contidos os sigilos de âmbito patrimonial (fiscal, bancário) e de dados das mais diversas ordens (registros telefônicos, dados telemáticos, entre outros).
- b) O **círculo da intimidade** é composto pelo conjunto de manifestações (informações, imagens, gestos, entre outros), só compartilhados com familiares e amigos próximos e, no máximo, com profissionais submetidos ao sigilo profissional. Nesse círculo encontra-se a previsão da proibição da intrusão de terceiros no domicílio (inviolabilidade do domicílio prevista no art. 5º, IX, da CF/88) e ainda a proteção do acesso indevido e publicização do conteúdo das comunicações pelos mais diversos meios, gerando o sigilo do conteúdo telemático, epistolar, telefônico, entre outros.
- c) No **círculo do segredo**, há todas as manifestações e preferências íntimas que são componentes confidenciais da personalidade do titular, envolvendo suas opções e sentimentos que, por sua decisão, devem ficar a salvo da curiosidade de terceiros.

Na prova subjetiva do 58º concurso para Promotor de Justiça no Estado de Goiás, a banca examinadora indagou:

 <p>HORA DE praticar!</p>	Estabeleça a relação entre a chamada teoria dos três círculos concêntricos e a tutela penal da intimidade na sociedade da informação.
---	---

Seguem algumas decisões do STF a respeito da inviolabilidade domiciliar.



“(…)para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de “casa” revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer compartimento privado não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade (CP, art. 150, § 4º, III), compreende, observada essa específica limitação espacial (área interna não acessível ao público), os escritórios profissionais, inclusive os de contabilidade, “embora sem conexão com a casa de moradia propriamente dita” (Nelson Hungria).(…)Sem que

ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público, ainda que vinculado à administração tributária do Estado, poderá, contra a vontade de quem de direito (invito domino), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em espaço privado não aberto ao público, onde alguém exerce sua atividade profissional, sob pena de a prova resultante da diligência de busca e apreensão assim executada reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude material. Doutrina. Precedentes específicos, em tema de fiscalização tributária, a propósito de escritórios de contabilidade (STF). O atributo da autoexecutoriedade dos atos administrativos, que traduz expressão concretizadora do privilège du préalable, não prevalece sobre a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar, ainda que se cuide de atividade exercida pelo Poder Público em sede de fiscalização tributária. (HC 93.050, rel. min. Celso de Mello, j. 10-6-2008, 2ª T, DJE de 01/08/2008).

Equívoco no cumprimento do mandado (endereço diverso) e obrigatoriedade de comunicação à autoridade judicial

O sigilo profissional constitucionalmente determinado não exclui a possibilidade de cumprimento de mandado de busca e apreensão em escritório de advocacia. O local de trabalho do advogado, desde que este seja investigado, pode ser alvo de busca e apreensão, observando-se os limites impostos pela autoridade judicial. Tratando-se de local onde existem documentos que dizem respeito a outros sujeitos não investigados, é indispensável a especificação do âmbito de abrangência da medida, que não poderá ser executada sobre a esfera de direitos de não investigados. Equívoco quanto à indicação do escritório profissional do paciente, como seu endereço residencial, deve ser prontamente comunicado ao magistrado para adequação da ordem em relação às cautelas necessárias, sob pena de tornar nulas as provas oriundas da medida e todas as outras exclusivamente delas decorrentes. Ordem concedida para declarar a nulidade das provas oriundas da busca e apreensão no escritório de advocacia do paciente, devendo o material colhido ser desentranhado dos autos do Inq 544 em curso no STJ e devolvido ao paciente, sem que tais provas, bem assim quaisquer das informações oriundas da execução da medida, possam ser usadas em relação ao paciente ou a qualquer outro investigado, nesta ou em outra investigação. (HC 91.610, rel. min. Gilmar Mendes, j. 8-6-2010, 2ª T, DJE de 22/10/2010).

Inviolabilidade domiciliar e quartos de hotel

Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da CF, o conceito normativo de “casa” revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer aposento de habitação coletiva, desde que ocupado (CP, art. 150, § 4º, II), compreende, observada essa específica limitação espacial, os quartos de hotel. Doutrina. Precedentes. Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público poderá, contra a vontade de quem de direito (invito domino), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em aposento ocupado de habitação coletiva, sob pena de a prova resultante dessa diligência de busca e apreensão reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude originária. (RHC 90.376, rel. min. Celso de Mello, j. 3-4-2007, 2ª T, DJ de 18/05/2007).

Ilegalidade de apreensão de documentos determinada por CPI em locais revestidos de inviolabilidade domiciliar
Mandado de segurança contra ato do presidente da CPI destinada a investigar o avanço e a impunidade do narcotráfico. Apreensão de documentos e equipamentos sem fundamentação em locais invioláveis. Parecer da PGR pela concessão da ordem. O fato da autorização judicial para a perícia dos equipamentos, oriunda de autoridade judiciária de primeiro grau, após a apreensão, sem mandado judicial, não legitima os resultados da perícia que se tenha realizado ou em curso. Mandado de segurança que se defere para determinar a devolução dos bens e documentos apreendidos, declarando-se ineficaz eventual prova decorrente dessa apreensão com infração do art. 5º, XI, da Lei Maior. (MS 23.642, rel. min. Néri da Silveira, j. 29-11-2000, P, DJ de 9/03/2001).

Recentemente, em sede de repercussão geral, o STF ao confirmar a constitucionalidade do art. 6º LC 105/01: (“As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente”) endossou a tese da **teoria da proteção restrita**, permitindo, portanto, que as autoridades fiscais, a despeito de autorização judicial examinem os livros, contas ou operações financeiras com o objetivo de melhor cumprir o seu mister profissional. Do julgado em comento, pode-se extrair a tese de que

“O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal”.

No campo das **interceptações telefônicas**, o inc. XII da CF assevera a excepcionalidade da restrição desse direito, estabelecendo como requisitos a **necessidade de lei regulamentadora** e a **indispensabilidade de autorização judicial** exarada por juiz (cláusula de reserva de jurisdição) no âmbito de investigação criminal ou para fins de instrução processual penal. Cabe ressaltar, que o âmbito de proteção da cláusula de reserva de jurisdição apenas incide sobre as *comunicações telefônicas* e não para o registro de chamadas – números contactados e duração da ligação-, sendo possível, por exemplo, às Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI’s) ordenar a quebra do sigilo de dados telefônicos na esfera de sua atuação. A legislação recente endossa a possibilidade de solicitação dessas mesmas informações de forma direta – sem necessidade de intervenção judicial - pela autoridade policial, baseada no poder geral de requisição (art. 2º, § 2º da Lei 12.830/13) e também do poder específico de requisição de dados cadastrais (art. 15 da Lei 12.850/13 e artigo 17-B da Lei 9.613/98).

Ainda que não fique suficientemente claro a partir de uma interpretação literal do texto, o STF entende possível **sucessivas prorrogações do prazo** inicial de interceptação determinado pelo juiz,

definindo ser "lícita a prorrogação do prazo para interceptação telefônica, ainda que de modo sucessivo, quando o fato seja complexo e o imponha a sua investigação".

Interceptação telefônica é a captação de conversa feita por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores, sendo imprescindível a autorização judicial para efeito de sua ocorrência, porquanto contida na esfera de proteção do inciso XII do art. 5º da CF. **Escuta telefônica**, por sua vez, é a captação de conversa feita por um terceiro, com o conhecimento de apenas um dos interlocutores.

Gravação telefônica é aquela feita diretamente por um dos interlocutores do diálogo, sem o consentimento ou ciência de outro. Deve ser salientado que apenas a primeira situação se enquadra na proteção do inciso XII, considerando o STF lícita, para efeito de prova, a gravação de conversa telefônica por um dos envolvidos, salvo a existência de causa legal de sigilo ou reserva.

No plano jurisprudencial, uma miríade de decisões buscam fundamento no princípio do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, como podemos observar nas seguintes ementas:

***Súmula 704 do STF** - Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados.*

***Súmula Vinculante 3** - Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.*

***Súmula Vinculante 5** - A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo não ofende a Constituição.*

***Súmula Vinculante 14** - É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.*

***Súmula Vinculante 21** - É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo.*

***Súmula Vinculante 28** - É inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário.*

De acordo com a CF/88, para o exercício da **capacidade eleitoral ativa**, o indivíduo terá que preencher aos seguintes requisitos: **1) ter nacionalidade brasileira; 2) contar com a idade mínima de 16 anos; 3) se alistar mediante inscrição junto à Justiça Eleitoral, pois apenas com o alistamento é que se adquire, efetivamente, a capacidade de votar.** A **capacidade eleitoral passiva** está relacionada à elegibilidade, que vem a ser o direito que o indivíduo tem de ser votado. Como leciona José Afonso da Silva, "tem elegibilidade, portanto, quem preencha as condições exigidas para concorrer a um mandato eletivo. Consiste, pois, a elegibilidade no direito de postular a designação pelos eleitores a um mandato político no Legislativo ou no Executivo". O parágrafo 3º do art. 14 enuncia os requisitos cumulativos de elegibilidade, ou seja, para a existência de capacidade eleitoral passiva é necessária a presença concomitante de: **I - a nacionalidade brasileira; II - o pleno exercício**

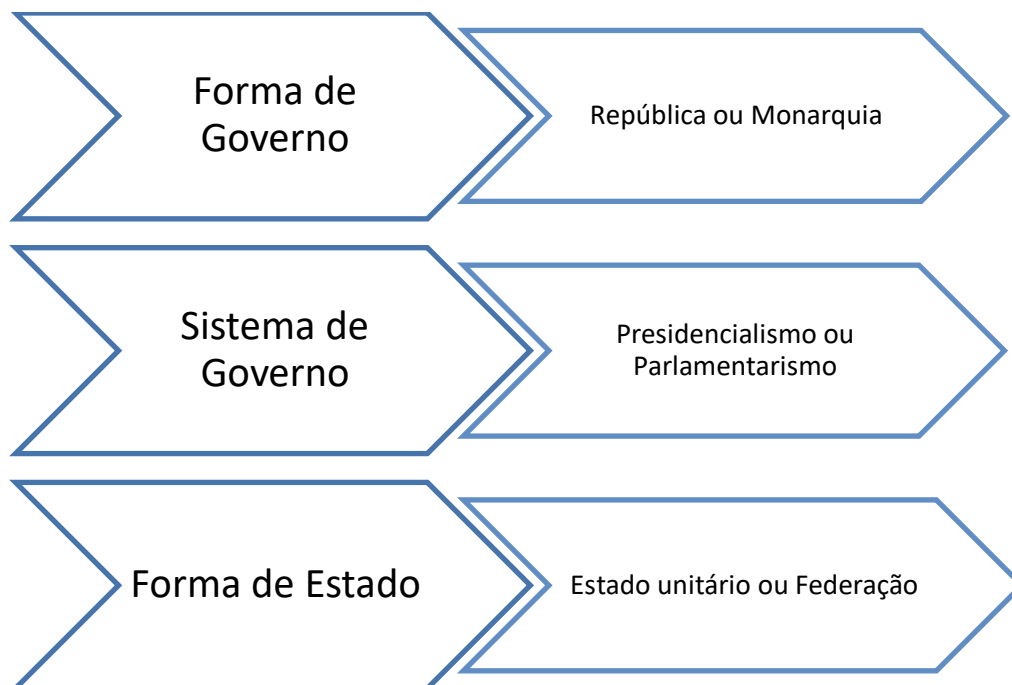
dos direitos políticos; III - o alistamento eleitoral; IV - o domicílio eleitoral na circunscrição; V - a filiação partidária; VI - a idade mínima de: a) trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador; b) trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal; c) vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz; d) dezoito anos para Vereador.

No art. 15, a Constituição traz as hipóteses de privação dos direitos políticos, que pode ser subdividida em perda ou suspensão de direitos políticos. Doutrinariamente, o cidadão pode ser privado de forma definitiva (perda) ou temporariamente (suspensão) de seus direitos políticos. A Constituição veda a cassação de direitos políticos, sendo as hipóteses de sua privação: **I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; II - incapacidade civil absoluta; III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII; V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.**

A doutrina também aponta que os elementos indissociáveis constitutivos do Estado são o **território, o povo e o governo soberano**. O território é a base geográfica onde o Estado exerce sua soberania, o povo é a dimensão pessoal do Estado, formado pelo conjunto de indivíduos que se submetem às mesmas leis, hábitos, língua e conjunto de interesses, ou seja, é a base humana de uma nação. O governo, por sua vez, é a dimensão política, tratando-se do conjunto de órgãos autorizados para auxiliar na consecução dos objetivos do Estado. Por último, a soberania é a aptidão do Estado que assegura à sua ordem política certa potestade, ou seja, assegura que a sua manifestação de vontade não se subordina a nenhum outro poder, sendo suprema no plano interno e independente na ordem internacional.

A organização e estrutura do Estado podem ser abordados de três maneiras: forma de governo, sistema de governo e forma de Estado. Esquemáticamente, temos:





Os Estados podem ser classificados em:

a) Estado unitário: Nesse tipo de Estado, o **poder político** está **territorialmente centralizado**. Como afirma André Ramos Tavares, o germe do Estado unitário está na **concentração do poder nas mãos de um único homem ou órgão**. Existe, portanto, uma centralização política do poder, da qual dimanam todas as decisões e normas.

Exemplos de Estados unitários são **Itália** e **Portugal**. O Brasil, até a promulgação da Constituição de 1891, também possuía a configuração unitária de Estado.

A experiência mostra que a forma unitária de Estado unitário admite três possíveis configurações:

- a)** Estado unitário puro;
- b)** Estado unitário descentralizado administrativamente;
- c)** Estado unitário descentralizado administrativa e politicamente.

Em sua Teoria do Estado, Reinhold Zippelius afirma que a federação consiste na:

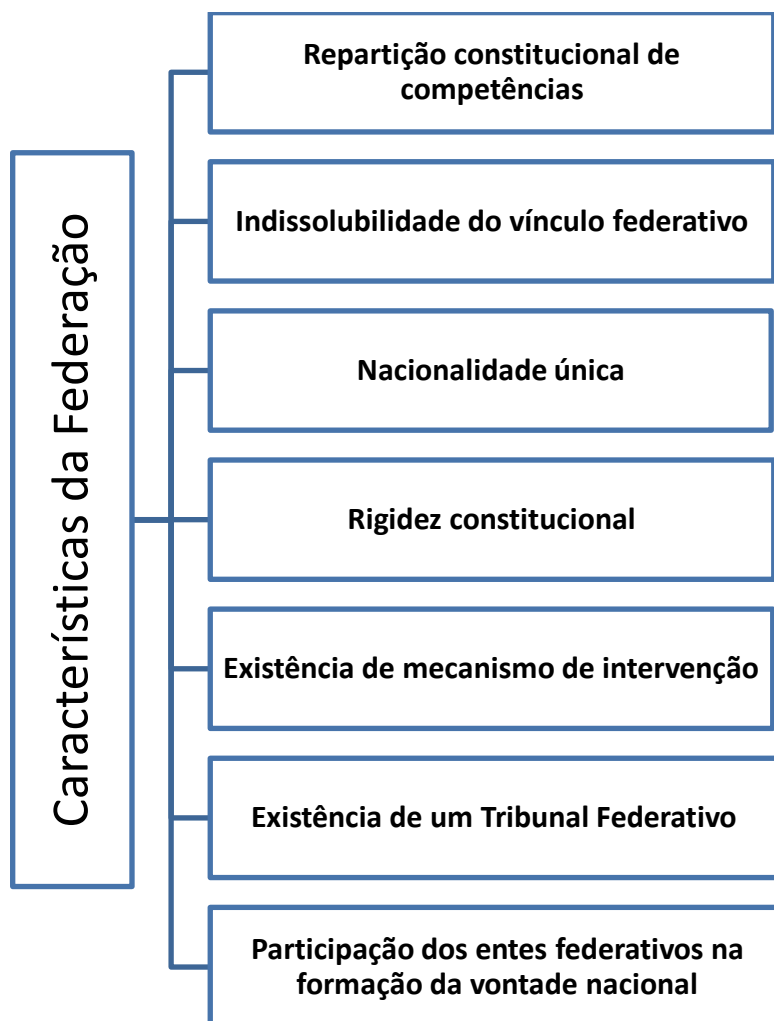
(...) união de várias organizações estatais e ordens jurídicas, e, precisamente, aquelas dos “Estados-membros”, e aquele do “estado total”, em que o estado-total e Estados-membros são coordenados mutuamente na forma que as competências estatais entre eles são repartidas, que aos Estados-membros, por meio de um órgão especial, são concedidas determinadas possibilidades de influência sobre o estado-total, ao estado-total determinadas possibilidades de influência sobre os Estados-membros e que uma certa homogeneidade das ordens do estado-total e dos Estados-membros é produzida e garantida.

No modelo federativo, como ressaltado, os entes federativos são dotados de **autonomia política**, o que difere substancialmente do conceito de soberania, atributo do Estado Federal como um todo.

Dessa forma, a autonomia consiste na **capacidade de autodeterminação** dos entes dentro dos parâmetros constitucionalmente delineados.

Como corolário dessa autonomia, colhe-se da doutrina a existência de 4 (quatro) predicados atribuídos aos entes federativos:

- a) **Auto-organização:** Os entes federativos têm competência para se auto-organizar. Os estados se auto-organizam por meio da elaboração das Constituições Estaduais, atributo, como vimos, do Poder Constituinte Derivado Decorrente. Os municípios também se auto-organizam, por meio da elaboração das suas Leis Orgânicas. Neste particular, não pode deixar de ser ressaltada a inovação introduzida pela Constituição de 1988, qual seja, a atribuição da condição de ente federativo aos Municípios.
- b) **Autolegislação:** Autolegislação é a capacidade de os entes federativos editarem suas próprias leis. Em razão dessa característica é que podemos dizer que, numa federação, há diferentes centros produtores de normas e, em consequência, pluralidade de ordenamentos jurídicos.
- c) **Autoadministração:** É o atributo que dota aos entes federativos a capacidade para exercer suas atribuições de natureza administrativa, tributária e orçamentária. Dessarte, os entes federativos podem elaborar seus próprios orçamentos, arrecadar seus tributos e executar políticas públicas, segundo a repartição constitucional de competências.
- d) **Autogoverno:** A capacidade de autogoverno atribuí aos entes federativos o poder para eleger seus próprios representantes. É com base nessa capacidade que os Estados elegem Governadores e os municípios, os seus Prefeitos.



Na definição de José Afonso da Silva, competência é a

“faculdade juridicamente atribuída a uma entidade, órgão, ou agente do Poder Público para emitir decisões. Competências são as diversas modalidades de poder de que se servem os órgãos ou entidades estatais para realizar as suas funções”.

A Constituição de 1988, encampando o modelo já existente nas constituições pregressas, adota, como diretriz para a repartição de competências, os **princípios da predominância do interesse, da subsidiariedade e dos poderes implícitos**.



A Competência para tratar de **assuntos de interesse nacional** ou **geral** foi atribuída à **União**; aos **Estados**, caberão as **matérias de interesse regional**; e aos **Municípios**, caberão as **matérias de interesse local**.

Por exemplo, a União possui competência para legislar sobre nacionalidade, cidadania e naturalização (CF, art. 22, VIII); comércio exterior e interestadual (CF, art. 22, XV); normas gerais de licitação e contratação (CF, art. 22, XXVII); A competência para tratar de assuntos de interesse predominantemente local, foi atribuída aos Municípios (CF, art. 30, I), como, por exemplo, a fixação

do horário de funcionamento de estabelecimentos comerciais. A competência residual para tratar de assuntos de interesse regional ficou a cargo dos Estados (CF, art. 25, § 1.º). Ao Distrito Federal, em razão de congregar atribuições dos Estados e Municípios, foi atribuída competência para tratar de assuntos de interesse regional e local (CF, art. 32, § 1.º).

Já o **princípio da subsidiariedade**, por seu turno, se baseia na ideia de que, **sempre que for possível, as questões devem ser resolvidas pelo ente federativo que estiver mais próximo da tomada de decisões**. Dessa forma, se uma competência não foi atribuída pela Constituição com exclusividade à União (por exemplo, competência comum), sua atuação fica limitada aos temas que não conseguirem ser resolvidos pela intervenção dos Estados e Municípios, ou forem solucionados de maneira insuficiente.

Em suma, no bojo do princípio da subsidiariedade é **incorreto** atribuir ao governo federal o que pode ser resolvido pelos governos estadual ou municipal. Como exemplo, vejamos as competências para dispor sobre transporte:



- a) A exploração do transporte municipal é matéria de competência dos Municípios.
- b) A exploração do transporte intermunicipal é matéria de competência dos Estados, por decorrência lógica.
- c) A exploração dos serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, por fim, é competência da União.

Herança da atividade interpretativa da Suprema Corte norte-americana (elastic clause ou necessary and proper clause contida no art. 1º, seção VIII da Constituição Americana), o **princípio dos poderes implícitos** baseia-se na premissa de que **“quem dá os fins dá os meios”** ou, mais apropriadamente no caso federativo, se a constituição compete a alguns órgãos o cumprimento dos objetivos por ela traçados, fica implicitamente autorizada a utilização de todos os meios necessários para o cumprimento das finalidades estabelecidas.

Historicamente, o princípio dos poderes implícitos foi utilizado pela primeira vez no governo de



CURIOSIDADE

George Washington, durante as discussões a respeito da implantação do primeiro banco nacional como medida de auxílio às finanças nacionais, porquanto não havia previsão explícita nesse sentido

no texto constitucional de 1787. Esse entendimento foi corroborado pela Suprema Corte no célebre caso *Mc Culloch versus Maryland* (1819) ao afirmar que o Congresso teria ampla autoridade para determinar o que fosse necessário para a implementar os poderes federais estabelecidos pela Constituição.

A Constituição Federal de 1988, em consonância com os princípios da **predominância do interesse**, **subsidiariedade** e dos **poderes implícitos**, utilizou duas técnicas para repartir as competências entre os entes federativos, quais sejam: **a)** técnica da repartição Horizontal; **b)** técnica da repartição vertical. Frise-se, portanto, que a Constituição **faz uso de ambas as técnicas em seu sistema federativo**.

Com efeito, na **repartição horizontal** as competências são discriminadas de forma a vedar a possibilidade de interferência de um ente da federação sobre outro. No caso da Constituição de 1988, foram atribuídos poderes enumerados à União (CF, arts. 21 e 22) e aos Municípios (CF, art. 30) e poderes remanescentes aos Estados-membros (CF, art. 25, § 1.º), ressalvada a matéria tributária, onde a CF optou pela competência residual da União e enumerada das demais entidades federativas. Por sua vez, o Distrito Federal foi contemplado com competências estaduais e municipais (CF, art. 32, § 1.º).

Na **repartição vertical**, a CF/88 objetiva a coordenação entre os entes federativos, porquanto nessa perspectiva, as competências serão exercidas em conjunto por todas as entidades, em um típico federalismo de cooperação. No âmbito da repartição vertical estão incluídas as competências comum (cumulativa ou paralela) e concorrente. Dessa forma, temos que a CF/88:

- 1) Enumera expressamente as **competências da União** (arts. 21 e 22). As competências da União são **exclusivas** ou **privativas**. As competências administrativas exclusivas são indelegáveis, caracterizando-se por serem administrativas (estão relacionadas à prestação de serviços públicos pela União). Já as competências privativas são delegáveis, porquanto abarcam apenas as competências legislativas.
- 2) Enumera expressamente as **competências dos Municípios**. (art. 30).
- 3) Não lista as competências dos Estados. Por isso, afirma-se que **os Estados possuem competência remanescente**. As matérias que não foram atribuídas pela CF/88 à União ou aos Municípios serão conferidas aos Estados.
- 4) Estabelece **competências comuns**, que **são de todos os entes federativos**, em conjunto, corolário, como visto, da técnica de repartição vertical de competências.
- 5) Estabelece **competências concorrentes** entre a **União**, os **Estados** e o **Distrito Federal**. Nas competências concorrentes (repartição vertical), cabe à União estabelecer as normas gerais e aos Estados e Distrito Federal a competência suplementar.

Por último, ainda é possível inferir do esquema organizatório constitucional o que a doutrina denomina de **competência suplementar**, fenômeno ligado à competência concorrente. Significa, como o próprio nome induz a entender, que os demais entes têm o poder de suplementação das normas gerais baixadas pela União. A doutrina afirma que a competência suplementar pode ser dada de maneira **complementar** ou **supletiva**. Na primeira, os entes complementam as lacunas deixadas

pelo estabelecimento de normas já editadas pela União, nos termos do § 2º do art. 24 da CF e inc. II do art. 30:

*Art. 24. Compete a União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
(...)*

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

Art. 30. Compete aos Municípios:

(...)

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

Por seu turno, na **competência supletiva**, a CF **faculta** aos Estados e DF o exercício da competência legislativa plena, enquanto não estabelecida as regras gerais pela União nas matérias sujeitas à competência concorrente, como pode ser observado da leitura do art. 24, §3º:

*Art. 24. Compete a União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
(...)*

§ 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

Segundo o §4º do mesmo artigo, o exercício da **competência plena** por parte dos Estados e DF encontra resistência na superveniente edição de regras gerais pela União, o que suspende a eficácia dessa atuação supletiva:

*Art. 24. Compete a União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
(...)*

§ 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

O termo **administração pública** é abrangente e plurissignificativo, pois designa um plexo de relações, atos, instituições que buscam atender aquilo que, em tese, é denominado de interesse público.

Interesse público primário: relaciona-se com a satisfação de **necessidades coletivas** (justiça, segurança, bem-estar) por meio do desempenho de atividades administrativas prestadas à coletividade (serviços públicos, poder de polícia, fomento e intervenção na atividade econômica);

Interesse público secundário: é o **interesse do próprio Estado**, enquanto sujeito de direitos e obrigações, ligando-se fundamentalmente à noção de interesse do erário, implementado por meio de atividades administrativas instrumentais necessárias para o atendimento do interesse público primário, tais como as relacionadas ao orçamento, aos agentes públicos e ao patrimônio público.

A **Administração Pública em sentido amplo** abarca, além dos órgãos e entidades que exercem função administrativa, os chamados **órgãos políticos**, ou seja, as entidades que exercem a função de definição das políticas públicas e o estabelecimento de diretrizes governamentais.

A **Administração Pública em sentido estrito**, por sua vez, engloba tão somente os **órgãos e entidades que exercem função administrativa**, estando relacionada à execução dos serviços públicos e à consecução das políticas públicas anteriormente definidas (atividade material).

A Administração Pública em **sentido subjetivo, formal** ou **orgânico** se reporta aos sujeitos que exercem atividades administrativas. Esse critério reconhece como integrantes da Administração Pública os órgãos públicos (**Administração direta**), bem como as entidades da Administração indireta (**autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas**).

A Administração Pública em **sentido objetivo, material** ou **funcional** diz respeito ao conjunto de atividades relacionadas à função administrativa do Estado, ou seja, avalia a própria função ou atividade administrativa. Nesse contexto, são consideradas **atividades típicas da Administração Pública**: o fomento (**estímulo à iniciativa privada de utilidade pública**), a polícia administrativa (**atividade de restrições aos direitos individuais em benefício da coletividade**), o serviço público (**atividades destinadas a satisfazer, direta ou indiretamente, as necessidades da coletividade**) e a intervenção (**regulamentação e fiscalização estatal sobre as atividades econômicas, bem como a atuação direta do estado no domínio econômico**). Esquemáticamente, temos:



Administração Pública em sentido amplo

- Nessa classificação, a administração pública também abarca os órgãos que exercem função política e os órgãos e entidades que exercem funções administrativas.

Administração Pública em Sentido estrito

- Por esse critério, a administração abrange apenas os órgãos e entidades que exercem funções administrativas.

Administração Pública em sentido subjetivo

- Critério que elenca os sujeitos que integram a Administração Pública.

Administração Pública em sentido objetivo

- Tem como critério de avaliação as atividades relacionadas à função administrativa.

A desconcentração, portanto, é técnica administrativa de distribuição de competências dentro de uma única pessoa jurídica. Por exemplo, dentro do Ministério do Trabalho são criadas várias Superintendências Regionais com o objetivo de melhor atender ao interesse público e consecução de serviços públicos relacionados. Vale destacar que os órgãos públicos são **entes despersonalizados**, ou seja, não possuem personalidade jurídica.

A **Administração Pública Indireta** compreende as entidades que exercem a função administrativa por meio da **descentralização legal**, estando, no entanto, vinculadas ao respectivo ente federativo que criou a entidade descentralizada. A primeira das hipóteses previstas – manter a integridade nacional – atende ao propósito de conferir eficácia à proclamação, constante do art. 1º da Carta, de que a união dos Estados é indissolúvel (PAULO G. G. BRANCO).

O **princípio da legalidade** é corolário do Estado de direito, traduzindo a **submissão** de todos os entes da administração, quer sejam políticos ou não, **aos ditames da lei**.

O **princípio da juridicidade**, como já o denominava Adolf Merkl em 1927, engloba, assim, três expressões distintas: o **princípio da legalidade**, o **da legitimidade** e o **da moralidade**, para allear-se como o mais importante dos princípios instrumentais, informando, entre muitas teorias de primacial relevância na dogmática jurídica, a das relações jurídicas, a das nulidades e a do controle da juridicidade

O **princípio da impessoalidade** radica na ideia de que a atuação da administração pública objetiva a consecução do interesse público, indiferente às preferências ou discriminações advindas daquele

que está no comando da máquina administrativa, reflexo, por sinal, dos influxos do **princípio da igualdade**, que permeia todo o ordenamento.

O **princípio da moralidade** impõe que a administração pública paute sua conduta na **observância de princípios éticos**, caracterizados, por seu turno, pela adstrição aos imperativos da **lealdade** e **boa fé**.

O **princípio da publicidade** deve ser analisado em dupla perspectiva, abarcando tanto a **exigência de publicação dos atos administrativos** quanto a observância da atuação transparente por parte da administração pública.

O **princípio da eficiência** administrativa, incluído pela EC 19/98, se baseia na premissa de que mesmo a administração pública deve ser guiada sob a premissa utilitarista, buscando a **maximização de resultados** com o **mínimo gasto de recursos**, corolário da economicidade administrativa.

A denominação **agente público** deve ser considerada abrangente, abarcando todos os agentes, servidores ou empregados que possuam qualquer espécie de vínculo com a administração pública, ainda que esse último seja **transitório** ou **não remunerado**.

Em continuidade ao tema da separação de poderes, damos início ao estudo da organização do Poder Legislativo. Nesse contexto, cabe ao **Poder Legislativo tipicamente** fiscalizar as contas públicas (e.g, por meio do controle externo realizado através do Tribunal de Contas) e innovar a legislação, conferindo, como regra, novas prerrogativas e restrições aos cidadãos. **Atipicamente**, cabe ao Poder Legislativo administrar seus próprios serviços e proferir julgamento nos casos previstos na Constituição Federal (e.g, impeachment do Presidente da República).

No campo federal, o Poder Legislativo, por inspiração americana, adota o **bicameralismo**, consoante previsão do art. 44 da CF, estabelecendo também esse artigo que cada legislatura terá a duração de 4 anos:

Art. 44. O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Parágrafo único. Cada legislatura terá a duração de quatro anos.



TOME NOTA!

A **legislatura** compreende o período de **quatro anos** em que há renovação na composição das Casas Legislativas. A **sessão legislativa ordinária**, por sua vez, **ocorre anualmente**, no **período de 2 de fevereiro a 17 de Julho** (1º período legislativo) e de **1º de Agosto a 22 de Dezembro**.

Nos termos da Constituição (art. 35, ADCT), o **projeto de lei de diretrizes orçamentárias** será **encaminhado** pelo **Presidente da República ao Congresso Nacional** até oito meses e meio antes do encerramento do exercício financeiro e devolvido para sanção até o encerramento do primeiro período da sessão legislativa. Por seu turno, o **projeto de lei orçamentária da União** será

encaminhado até quatro meses antes do encerramento do exercício financeiro e devolvido para sanção até o encerramento da sessão legislativa.

A **sessão legis** A **sessão legislativa extraordinária** do Congresso Nacional ocorre durante o recesso parlamentar e pressupõe:

A convocação pelo Presidente do Senado Federal, em caso de decretação de estado de defesa ou de intervenção federal, de pedido de autorização para a decretação de estado de sítio e para o compromisso e a posse do Presidente e do Vice-Presidente da República (art. 57, §6º, I);

A convocação pelo Presidente da República, pelos Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal ou a requerimento da maioria dos membros de ambas as Casas, em caso de urgência ou interesse público relevante, em todas essas hipóteses com a aprovação da maioria absoluta de cada uma das Casas do Congresso Nacional (art. 57, § 6º, II).

Durante o **recesso**, haverá uma **Comissão representativa do Congresso Nacional**, eleita por suas Casas na última sessão ordinária do período legislativo, com atribuições definidas no regimento comum, cuja composição reproduzirá, quanto possível, a proporcionalidade da representação partidária (art. 58, § 4º).

Além de outros casos previstos na Constituição, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal reunir-se-ão em sessão conjunta para (Art. 57, § 3º, da CF):

- I - inaugurar a sessão legislativa;
- II - elaborar o regimento comum e regular a criação de serviços comuns às duas Casas;
- III - receber o compromisso do Presidente e do Vice-Presidente da República;
- IV - conhecer do veto e sobre ele deliberar.

Além dessas hipóteses do art. 57, § 3º, a Constituição também estabelece a necessidade de **sessão conjunta** para:

Discussão e votação da lei orçamentária, conforme art. 166, CF/88.

Delegar ao Presidente da República, por meio de Resolução do Congresso Nacional, a competência para editar lei delegada.

A Câmara dos Deputados adota o **sistema proporcional** para a eleição de seus parlamentares, sendo o número de deputados correspondente à população dos diferentes estados, contando, no **mínimo**, cada Estado com 8 deputados e, no **máximo**, 70 deputados:

Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal.

§ 1º O número total de Deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados.



Embora a atual configuração do Estado Brasileiro não conte com territórios federais, o § 2º do art. 45 estabelece que, nessa situação, cada Território elegerá quatro Deputados.

Regulando o art. 45 da CF, a lei complementar 78/93, em seu art. 1º, afirma que o número de **deputados federais** não ultrapassará **quinhentos e treze** representantes, devendo a proporcionalidade obedecer esse limite global. Afirmar que o sistema é proporcional, por seu turno, é determinar que o número de deputados eleitos deverá obedecer a quantidade de votos do partido ou coligação do candidato, porquanto nem sempre o número de votos recebidos pelo candidato será suficiente para que seja eleito, diferentemente do sistema majoritário, onde sempre o candidato mais votado terá a aptidão para o exercício do mandato legislativo.

Para viabilizar a adoção do **sistema majoritário**, utiliza-se o método do quociente eleitoral, que consiste no cálculo de quantas cadeiras serão ocupadas por cada legenda partidária. Para isso, inicialmente, divide-se o total de votos válidos em candidatos pelo número de cargos em disputa, obtendo-se o quociente eleitoral. O total de votos obtidos por cada legenda partidária é dividido por esse quociente, chegando-se, finalmente, ao número de cadeiras por legenda (quociente partidário).

Por seu turno, a eleição para o **Senado Federal** obedecerá o sistema **majoritário**, devendo cada unidade federativa contar com **três senadores eleitos para um mandato de oito anos**:

Art. 46. O Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário.

§ 1º Cada Estado e o Distrito Federal elegerão três Senadores, com mandato de oito anos.

Embora o mandato de Senador dure 8 anos, o § 2º desse mesmo artigo assevera que a representação nessa casa legislativa deverá ser renovada, alternadamente, a cada 4 anos, o que, do ponto de vista prático, significa que em uma eleição será eleito um senador e na seguinte dois:

§ 2º A representação de cada Estado e do Distrito Federal será renovada de quatro em quatro anos, alternadamente, por um e dois terços.

Cada Senador será eleito com dois suplentes, como prevê o § 3º do art. 46. O Art. 47, por sua vez, afirma que, salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros.

Por meio das Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI's), **o Poder Legislativo exerce sua função típica de fiscalização da coisa pública**.

Segundo o STF

“(…) incumbe às Comissões em apreço não apenas as atividades de fiscalização. As CPIs também têm como horizonte instrumentalizar a atividade legiferante do Parlamento, a avaliação da conveniência de alocação de recursos e de financiamento de políticas públicas, etc. Nesse cenário, é natural que se confira às CPIs ampla autonomia para o exercício do relevante múnus”.

Trata-se, portanto, de **controle político-administrativo** exercido pelo Parlamento com o objetivo de apurar situações que possam malferir o interesse público. A Constituição Federal tratou das Comissões Parlamentares de Inquérito no art. 58, §3º, *in verbis*:

§ 3º - As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

As Comissões Parlamentares de Inquérito podem ser criadas pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, podendo ainda haver a constituição de comissões parlamentares de inquérito mistas.

REQUISITOS CONSTITUCIONAIS PARA A CRIAÇÃO DE CP'S

Os pressupostos para a criação de CPI s estão previstos na parte final do § 3º, quais sejam:

- i) **Requerimento de 1/3 dos membros da casa legislativa:** Para o STF existe o direito subjetivo à instauração das CPI's pelas minorias parlamentares (direito das minorias), de modo que preenchido o número mínimo exigido pelo texto constitucional, é obrigatória a instauração da CPI. Segundo o Regimento do Congresso Nacional, as Comissões Parlamentares Mistas de Inquérito serão criadas em sessão conjunta, sendo automática a sua instituição se requerida por 1/3 dos membros da Câmara dos Deputados mais 1/3 dos membros do Senado Federal. O STF entende, também, válida norma do Regimento Interno da Casa Legislativa que estabeleça um número máximo de CPI's que poderão existir de modo simultâneo.
- ii) **Apuração de fato determinado:** O ato de instauração da CPI deverá delimitar, precisamente, os fatos que serão objeto da investigação parlamentar, porquanto não se admite a criação de CPI's para apuração de fatos genéricos, sem contornos minimamente objetivos. Ressalte-se que, para a doutrina e a jurisprudência, as CPIs de um ente da federação não podem investigar fatos referentes aos demais, pois essa possibilidade atingiria o equilíbrio federativo. Segundo Novellino, a exigência de ter como objeto de apuração um fato determinado não impede a ampliação do objeto para outros fatos conexos ao principal ou que fatos inicialmente desconhecidos e revelados durante a investigação também sejam investigados. Para o mesmo autor, não cabe à CPI investigar assuntos de interesse exclusivamente privado dos indivíduos apenas com o objetivo de conhecer ou informar por curiosidade, ou seja, negócios privados que não guardem relação com um propósito legislativo válido ou que não possuam nexo causal com a gestão da coisa pública.
- iii) **Prazo certo:** A CPI é uma comissão temporária e, nos termos da Constituição (CF, art. 58, § 3.º), deve ter um prazo certo de duração. Entrementes, o termo "prazo certo", segundo o STF, não impede prorrogações sucessivas dentro da mesma legislatura, pois, como falado anteriormente, a legislatura é o limite das comissões de natureza temporária.

PODERES DE INVESTIGAÇÃO DAS CPI'S

A Constituição afirma que as CPI's têm **poderes de investigação próprios das autoridades judiciais**. Dessa forma, as CPIs, no desempenho de seus poderes de investigação, estão sujeitas às mesmas limitações incidentes sobre os magistrados. No entanto, algumas medidas calcadas no princípio da reserva de jurisdição são vedadas às CPI's. Do sítio da Câmara dos Deputados podemos extrair que, entre os poderes conferidos às CPI's, podemos destacar a prerrogativa de:



TOME NOTA!

- i) convocar ministro de Estado;
- ii) tomar depoimento de autoridade federal, estadual ou municipal;
- iii) ouvir suspeitos (que têm direito ao silêncio para não se autoincriminar) e testemunhas (que têm o compromisso de dizer a verdade e são obrigadas a comparecer);
- iv) ir a qualquer ponto do território nacional para investigações e audiências públicas;
- v) prender em flagrante delito;
- vi) requisitar informações e documentos de repartições públicas e autárquicas;
- vii) requisitar funcionários de qualquer poder para ajudar nas investigações, inclusive policiais;
- viii) pedir perícias, exames e vistorias, inclusive busca e apreensão (vetada em domicílio);
- ix) determinar ao Tribunal de Contas da União (TCU) a realização de inspeções e auditorias; e
- x) quebrar sigilo bancário, fiscal e de dados (inclusive telefônico, ou seja, extrato de conta e não escuta ou grampo).

Dentre as vedações, pode-se dizer que as CPI's **não podem**:

- i) condenar;
- ii) determinar medida cautelar, como prisões, indisponibilidade de bens, arresto, sequestro;
- iii) determinar interceptação telefônica e quebra de sigilo de correspondência;
- iv) impedir que o cidadão deixe o território nacional e determinar apreensão de passaporte;;
- v) expedir mandado de busca e apreensão domiciliar; e
- vi) impedir a presença de advogado do depoente na reunião (advogado pode: ter acesso a documentos da CPI; falar para esclarecer equívoco ou dúvida; opor a ato arbitrário ou abusivo; ter manifestações analisadas pela CPI até para impugnar prova ilícita).

Processo legislativo é o conjunto de atos preordenados que permitem a feitura, a mudança e a substituição de espécies normativas. Atos normativos primários são aqueles que têm como fundamento de validade imediato a Constituição. Os atos preordenados compreendem: **iniciativa legislativa, emendas parlamentares, votação, sanção ou veto, promulgação e publicação**. Em linhas gerais, a Constituição de 1988 manteve a disciplina legislativa das cartas anteriores, inovando, todavia, em certos pontos, em especial pela previsão das medidas provisórias e pela extinção do decurso do prazo, que era a aprovação de projeto de lei ou decreto-lei sem qualquer apreciação do Congresso. O processo legislativo, classifica-se em:

Autocrático: é o processo legislativo das constituições outorgadas, em que há centralização da função legiferante no governante.

Direto: é aquele discutido e votado pelo próprio povo.

Indireto ou representativo: é o modelo adotado no Brasil, em que o povo escolhe os representantes, que exercem as competências constitucionais. ☐ Semidireto: concretiza-se por meio de referendo popular.

Quanto às fases de elaboração ou desenvolvimento de atos normativos:

Ordinário, especial ou sumário. Essa classificação refere-se ao procedimento legislativo, que é o modo de elaboração dos atos.

O objeto do processo legislativo (os atos normativos primários) está previsto no art. 59 da CR:

Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII - resoluções. Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

No processo legislativo, temos fases. Na fase introdutória estudam-se os aspectos relacionados à iniciativa legislativa. A iniciativa legislativa é o ato propulsor do processo legislativo. Para as leis ordinárias e complementares está regulada no art. 61, caput da CF/88. A fase constitutiva é composta de duas etapas: a) deliberação parlamentar, em que há discussão e votação pelas Casas Congressuais; b) deliberação executiva, constituída pela sanção de veto. A fase complementar é a última fase do processo legislativo. É composta por duas etapas, a promulgação e a publicação. A promulgação não é um ato visível por si só, na medida em que ocorre junto com a sanção. Em razão disso, é necessário defini-la: trata-se do ato através do qual o chefe do Poder Executivo atesta a existência da lei e lhe confere executoriedade. É o certificado de nascimento do ato normativo, que gera a presunção que ele é válido e potencialmente obrigatório, bem como inicia-se a presunção de constitucionalidade. Depois da promulgação ocorre a publicação. É o momento no qual a lei passa a ser obrigatória e exigível, constituindo verdadeira condição de eficácia. Entre a publicação e a entrada em vigor da lei, pode haver o período de *vacatio legis*. Trata-se de um período necessário a que as pessoas tomem conhecimento da lei, exigível no mais das vezes nos casos em que a norma é bastante complexa.

As leis complementares são atos normativos infraconstitucionais que constituem um *tertium genus* normativo por equacionar a alterabilidade com a volubilidade por meio de um procedimento legislativo diferenciado quanto ao quórum de aprovação. As leis complementares surgiram na década de 60 por meio de emendas constitucionais e se consolidaram na Carta de 1967. A Lei ordinária é a espécie normativa por excelência que se destina ao cumprimento do Princípio da Legalidade. A sua competência é determinada por exclusão, cabendo a ela tudo aquilo que não for disciplinado por outras espécies normativas. Medida provisória é o ato monocrático do Presidente da República com força de lei editada em caso de relevância e urgência e que deve ser imediatamente submetido à apreciação do Congresso Nacional. A justificativa de sua existência é o

estado de necessidade, que impõe a adoção de medidas imediatas de caráter legislativo. Tem como características principais: ☐ Excepcionalidade: como não derivam da representação popular, mas de ato unipessoal do presidente da república, devem ter uso subsidiário e excepcional. ☐ Efemeridade: são transitórias, motivo pelo qual não comportam reedições, tendo prazo máximo no regime atual de 120 dias. É uma das diferenças com as leis, que em regra, regem-se pelo princípio da continuidade. ☐ Precariedade: se não forem transformadas em lei, perdem a sua eficácia. As leis, por sua vez, tem eficácia até que sejam revogadas por outra lei. ☐ Condicionamento: a sua existência condiciona-se à satisfação dos requisitos de urgência e relevância concomitantemente. Por imposição constitucional, a legitimidade das medidas provisórias depende da observância concomitante de dois pressupostos: urgência e relevância. A edição de medidas provisórias paralisa a produção de leis anteriores a ela que versavam sobre o mesmo assunto, com os seguintes desdobramentos: d) Se a medida provisória for convertida em lei, tornam-se definitivos os efeitos e lei anterior incompatível será revogada; e) Se a medida provisória for rejeitada, a eficácia da lei será restaurada pelo efeito repristinatório tácito, já que sua vigência somente estava suspensa. Lei delegada é a espécie normativa feita e editada pelo Presidente da República, após previa autorização do Poder Legislativo. Nos termos do art. 68, as leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional. Decreto legislativo é o ato normativo destinado a regular assuntos de competência exclusiva do Congresso Nacional. A finalidade dos decretos legislativos é referendar os atos presidenciais. Sua função finge-se basicamente em: Regulamentar as matérias do art. 49 da CF; Disciplinar as relações jurídicas decorrentes de medidas provisórias. Resoluções são todos os atos do Congresso Nacional ou de qualquer de suas casas, tomados à luz de um procedimento diverso. São estabelecidas por um critério residual: matérias exclusivas ou privativas que não podem ser dispostas por decretos legislativos e por leis. As resoluções desempenham efeitos intrínsecos e extrínsecos: os intrínsecos são a regra e decorrem do próprio regimento interno, que é ele próprio uma resolução; os extrínsecos são exceção e somente ocorrem quando a constituição determina.

O Poder Judiciário é um poder autônomo de enorme significado no panorama de defesa das liberdades públicas e da ordem constitucional. A sua independência e imparcialidade é a própria garantia do cidadão, porque a ele incumbe consolidar os princípios supremos e os direitos fundamentais.

Atribuições típicas do Poder Judiciário:

- a) Aplicar a lei ao caso concreto, substituindo a vontade das partes
- b) Controle de constitucionalidade
- c) Concretização dos direitos fundamentais

Mediação das relações entre os Poderes

d) Editar a “legislação judicial”

Princípios constitucionais estatutários da magistratura:

Os princípios constitucionais estatutários da magistratura estão dispostos no art. 93 da Constituição.

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

II - promoção de entrância para entrância, alternadamente, por antigüidade e merecimento, atendidas as seguintes normas:

a) é obrigatória a promoção do juiz que figure por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento;

b) a promoção por merecimento pressupõe dois anos de exercício na respectiva entrância e integrar o juiz a primeira quinta parte da lista de antigüidade desta, salvo se não houver com tais requisitos quem aceite o lugar vago;

c) aferição do merecimento conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição e pela freqüência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

d) na apuração de antigüidade, o tribunal somente poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto fundamentado de dois terços de seus membros, conforme procedimento próprio, e assegurada ampla defesa, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

e) não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

III o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antigüidade e merecimento, alternadamente, apurados na última ou única entrância; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

IV previsão de cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados, constituindo etapa obrigatória do processo de vitaliciamento a participação em curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

V - o subsídio dos Ministros dos Tribunais Superiores corresponderá a noventa e cinco por cento do subsídio mensal fixado para os Ministros do Supremo Tribunal Federal e os subsídios dos demais magistrados serão fixados em lei e escalonados, em nível federal e estadual, conforme as respectivas categorias da estrutura judiciária nacional, não podendo a diferença entre uma e outra ser superior a dez por cento ou inferior a cinco por cento, nem exceder a noventa e cinco por cento do subsídio mensal dos Ministros dos Tribunais Superiores, obedecido, em qualquer caso, o disposto nos arts. 37, XI, e 39, § 4º; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

VI - a aposentadoria dos magistrados e a pensão de seus dependentes observarão o disposto no art. 40; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

VII o juiz titular residirá na respectiva comarca, salvo autorização do tribunal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VIII o ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, fundar-se-á em decisão por voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada ampla defesa; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VIIIA a remoção a pedido ou a permuta de magistrados de comarca de igual entrância atenderá, no que couber, ao disposto nas alíneas a , b , c e e do inciso II; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

X as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

XI nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antiguidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

XII a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedado férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, juízes em plantão permanente; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

XIII o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

XIV os servidores receberão delegação para a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

XV a distribuição de processos será imediata, em todos os graus de jurisdição. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Garantias do Poder Judiciário

As garantias do Poder Judiciário podem ser institucionais ou funcionais. Ambas objetivam resguardar a imparcialidade e autonomia em defesa dos próprios jurisdicionados. Preservam o interesse público, a regularidade processual, a democracia, a independência e separação de poderes e a liberdade de pensamento dos juízes.

As garantias institucionais dizem respeito ao Poder em si, no que tange a sua relação com os demais. As garantias funcionais são atributos relacionados à independência e imparcialidade do exercício da atividade jurisdicional pelos juízes. São também chamadas de garantias dos órgãos.

O regime de precatórios consubstancia-se como instrumento de efetivação do princípio da isonomia entre os credores, bem como da impessoalidade administrativa. Formalmente, é uma carta expedida pelos juízes da execução de sentença ao presidente do tribunal em virtude de a Fazenda Pública ter sido condenada ao pagamento de quantia certa.

A expressão “Fazenda Pública” abrange não somente a União, os estados, o DF e os municípios (os entes federativos enquanto pessoas jurídicas de direito público), como as autarquias, as fundações, as empresas públicas e até sociedades de economia mista.

São basicamente duas as razões pelas quais o pagamento de débitos da Fazenda Pública segue esse regime:

- i) impenhorabilidade de bens públicos;

ii) necessidade de previsão orçamentária para que o Estado possa custear determinados tipos de despesas (a cada despesa deve corresponder uma determinada receita).

A RPV está prevista no art. 100, § 3º, da CR:

Art. 100 (...) § 3º O disposto no caput deste artigo relativamente à expedição de precatórios não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em leis como de pequeno valor que as Fazendas referidas devam fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

São órgãos do Poder Judiciário (art.92, CF):

I - o Supremo Tribunal Federal;

I-A o Conselho Nacional de Justiça; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

II - o Superior Tribunal de Justiça;

III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;

IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho;

V - os Tribunais e Juízes Eleitorais;

VI - os Tribunais e Juízes Militares;

VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

O Supremo Tribunal Federal compõe-se de **onze Ministros**, escolhidos dentre cidadãos com mais de **trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade**, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Portanto, temos como requisitos:

Requisito administrativo: indicação do Presidente da República + aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal;

Requisito civil: mais de 35 anos e menos de 65 anos;

Requisito político: estar em pleno exercício dos direitos políticos;

Requisito jurídico: ser brasileiro nato;

Requisito cultural: notável saber jurídico;

Requisito moral: lograr de reputação ilibada.

O STJ foi criado pela CR/88. Até 1988, existia o Tribunal Federal de Recursos (TFR).

O legislador constituinte houve por bem criar o STJ, visando a buscar a uniformização da jurisprudência das justiças comum estadual e federal. Isso porque decisões judiciais não uniformes trazem intranquilidade jurídica. É composto de, no mínimo, trinta e três Ministros. Portanto, não há um número fixo de Ministros do STJ (art. 104 da CR):

Art. 104. O Superior Tribunal de Justiça compõe-se de, no mínimo, trinta e três Ministros.

- i) 1/3 dentre desembargadores dos TRF's;
- ii) 1/3 dentre desembargadores dos TJ's;
- iii) do 1/3 restante, metade de advogados e membros do Ministério Público, alternadamente.

Tribunal Superior Eleitoral:

O TSE tem sede em Brasília e jurisdição em todo o território nacional.

É composto por sete Ministros e não possui quadro próprio, conforme visto. Composição:

- i) 3 Ministros do STF;
- ii) 2 Ministros do STJ;
- iii) 2 advogados: o STF faz uma lista que é remetida ao Presidente da República, para escolha. Note que não são indicados pela OAB.

O TST é o órgão de cúpula da Justiça do Trabalho. Tem sede em Brasília e jurisdição em todo o território nacional. É composto por **27 juízes**, que recebem o nome de Ministros. Em sua maioria, são juízes de carreira que foram promovidos ao TST. É o que dispõe o art. 111-A da CR.

São requisitos para ser Ministro do TST: ser brasileiro nato ou naturalizado, com mais de 35 e menos de 65 anos. Os Ministros são indicados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado Federal, por maioria absoluta de votos. A escolha do Presidente não é livre, mas vinculada à previsão constitucional por categorias:

Art. 111-A. O Tribunal Superior do Trabalho compor-se-á de vinte e sete Ministros, escolhidos dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, nomeados pelo Presidente da República após aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

I - um quinto dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público do Trabalho com mais de dez anos de efetivo exercício, observado o disposto no art. 94;

II - os demais dentre juízes dos Tribunais Regionais do Trabalho, oriundos da magistratura da carreira, indicados pelo próprio Tribunal Superior.

O CNJ foi criado pela EC 45, de dezembro de 2004. Está previsto no art. 103-B, da CR.

O art. 92 da CR estabelece que o CNJ é órgão do Poder Judiciário, localizado abaixo do STF e acima dos Tribunais Superiores. Portanto, os atos dos Ministros do STF não estão sujeitos à apreciação do CNJ, de acordo com a topologia organizacional desse dispositivo.

O art. 92, §1º, da CR dispõe que o CNJ tem sede na capital federal. Já o §2º estabelece que o STF e os Tribunais Superiores têm jurisdição em todo o território nacional. Note que o artigo nada diz em relação ao CNJ, o que indica que se trata de um tribunal administrativo, que não possui jurisdição.

São membros do CNJ:

- i) o Presidente do STF, que será também o Presidente do CNJ;
- ii) um Ministro do STJ, indicado pelo próprio tribunal, que será o Corregedor-Geral de Justiça;
- iii) um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal;
- iv) um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal;
- v) um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal;
- vi) um juiz de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;
- vii) um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;
- viii) um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho;
- ix) um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho;
- x) um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República;
- xi) um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual;
- xii) dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- xiii) dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

A maioria da doutrina estabelece com marco de Institucionalização do Ministério Público a **Ordenança de 1302**, Rei Felipe IV, o Belo, procuradores do Rei da França, com as funções de promover os interesses do rei e promover a acusação criminal. Felipe IV estabeleceu aos seus procuradores com mesmo juramento dos Juízes, vedando que eles patrocinassem negócios diversos dos do Rei. Assim, decidiu regular o juramento dos Procuradores do Rei, os quais trabalhavam em pé, sobre o assoalho (em francês “parquet”).

Em 1941, com o Código de Processo Penal, o Ministério Público conquistou o poder de requisição de diligências e de instauração de inquérito policial, e recebeu, como regra, a titularidade na promoção da ação penal pública (**dominus litis**), embora ainda se permitisse o procedimento judicialiforme (art. 26 do CPP), abolido pela CF/88.

Nos países que seguem a **common law**, de origem anglo-saxônica, o recrutamento pode dar-se por meio de eleição ou por contratação direta, e as atribuições são concentradas na esfera criminal. Já

nos países da **civil law**, de tradição romana, o acesso ao cargo costuma pressupor a aprovação em concurso público, exigindo, ou não, a frequência em escolas especializadas.

Na Constituição de 1967, o Ministério Público foi inserido no capítulo do Poder Judiciário.

Já na Constituição Federal de 1969, ou Emenda Constitucional 01/69, o Ministério Público foi realocado no capítulo de Poder Executivo.

O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127).

CONFLITO POSITIVO DE ATRIBUIÇÕES: Dois ou mais órgãos de execução entendem possuir atribuição para a prática do ato.

Controversa é a questão relativa ao conflito de atribuições entre MP Estadual e MPF, ou mesmo entre Promotores de Justiça de Estados diversos (tratando-se da hipótese, como dito, de procedimento ainda não jurisdicionalizado). Em 19/05/2016, o Supremo Tribunal Federal alterou sua jurisprudência e passou a decidir que a competência para dirimir estes conflitos de atribuição é do Procurador-Geral da República (ACO 924/MG, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 19/05/2016).

QUEM DECIDE O CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES ENTRE MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO?¹	
MPE do Estado 1 x MPE do Estado 1	Procurador-Geral de Justiça do Estado ¹
MPF x MPF	CCR, com recurso ao PGR
MPU (ramo 1) x MPU (ramo 2)	Procurador-Geral da República
MPE x MPF	Procurador-Geral da República
MPE do Estado 1 x MPE do Estado 2	Procurador-Geral da República

¹ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Conflito de atribuições envolvendo MPE e MPF deve ser dirimido pelo PGR. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/335f5352088d7d9bf74191e006d8e24c>>. Acesso em: 22/02/2018

Autonomia funcional (atividade-fim): O ministério Público exerce atividade fim quando busca realizar suas funções institucionais, como no exercício da ação penal, no ajuizamento de ações civis públicas.

Autonomia administrativa (atividade meio): As atividades-meio estão atreladas às funções administrativas do Ministério Público. A criação de cargos, a organização de cargos é feita pela própria instituição. O Ministério Público deve gerenciar seus próprios concursos, realizar licitações, alocar seus recursos internamente.

Autonomia financeira: Desdobra-se em dois aspectos (i) elaborar livremente a proposta orçamentária e (ii) livre gestão dos recursos que lhe forem destinados.

O litisconsórcio ativo facultativo entre os ramos do Ministério Público da União e os Ministérios Públicos dos Estados, em tese, é possível, sempre que as circunstâncias do caso recomendem, para a propositura de ações civis públicas que visem à responsabilização por danos morais e patrimoniais causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e paisagístico, à ordem econômica e urbanística, bem como a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, inclusive de natureza trabalhista. Essa atuação conjunta deve-se ao cunho social do Parquet e à posição que lhe foi erigida pelo constituinte (de instituição essencial à função jurisdicional do Estado), incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

O MP de Contas é um Ministério Público Especial, que não integra o MP Estadual, tampouco o MPF. É um órgão de extração constitucional, conforme definiu o STF na ADI 789/DF, mas não é considerado uma instituição autônoma (não tem autonomia funcional, administrativa e financeira), de sorte que está vinculado à Corte de Contas.

Com a Emenda Constitucional 45/05, que instituiu a reforma do judiciário, criou-se o Conselho Nacional do Ministério Público.

Vê-se que o Conselho Nacional do Ministério Público foi inserido na constituição pela Emenda Constitucional 45, sendo que seus membros têm mandado de 02 anos, *admitida uma recondução*.

São **14 membros**, sendo três cadeiras destinadas ao Ministério Público Estadual!

Atenção: O Conselho Nacional de Justiça é composto por 15 membros.

Composição:
Procurador Geral da República, que o preside.
Quatro membros do MPU, assegurada a representação de cada uma das carreiras.

Três membros do Ministério Público dos Estados.
Dois juízes, indicados um pelo STF e outro pelo STJ.
Dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da OAB.
Dois cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara e outro pelo Senado.

Requisitos: mais de 35 anos de idade e mais de 10 anos de carreira.

O **Ministério Público** poderá promover ação civil pública a interesse individual disponível, caso tenha caráter social e geral, interesse também denominado de direito individual homogêneo.

Em doutrina, **o mínimo existencial é considerado um direito às condições mínimas de existência humana digna, cuja implementação exige prestações positivas por parte do Estado.**

A adoção do conceito de mínimo existencial é feita para possibilitar a tutela jurisdicional imediata, sem a necessidade de prévia ponderação do Legislativo ou do Executivo por meio de política pública específica, e sem a possibilidade de questionamento, em juízo, das condições práticas de sua efetivação, vale dizer, sem sujeição à cláusula da “reserva do possível”.

Há um consenso em doutrina e jurisprudência quanto à possibilidade de o Poder Judiciário compelir a Administração Pública à implementação de políticas voltadas à garantia do mínimo existencial, sem que se possa invocar, em defesa, a cláusula da “reserva do possível”.

Art. 129, VII, CF: é função do MP o controle externo da atividade policial, na forma de LC.

O art. 9º, da LC 75/93 (subsidiariamente aplicado ao MPE) dispõe que cabe ao MPU o ingresso em estabelecimentos policiais ou prisionais, ter acesso a documentos, representar à autoridade competente para corrigir ilegalidade e até requisitar a instauração de inquérito policial, além de poder promover ação penal por abuso de poder.

A primeira onda de acesso à justiça se dá com a assistência judiciária para os pobres (Lei 1.060/51 e a instituição das Defensorias Públicas).

A segunda onda se dá com a tutela dos direitos coletivos e Individuais Homogêneos e o papel protagonista do MP.

A terceira onda ocorre na simplificação dos procedimentos (juizados especiais) e métodos de autocomposição dos conflitos (NCPC, Lei de mediação, Lei 13.140/2015, Resolução 125 do CNJ e Resolução 118 do CNMP).

Acesso à justiça= acesso à solução adequada, célere e eficaz dos conflitos.

A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.

Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º. Aplica-se o aqui disposto às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal.

São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição Federal. Os servidores integrantes das carreiras disciplinadas nas Seções II e III deste Capítulo serão remunerados na forma do art. 39, § 4º.

Supremacia material é a supremacia de conteúdo (substância) da Constituição.

O que confere supremacia material à Constituição, tornando seu conteúdo superior ao das demais normas do ordenamento é o fato de ela tratar de matérias fundamentais. As matérias constitucionais típicas são: direitos fundamentais, estrutura do Estado e organização dos Poderes. Toda constituição possui supremacia material, pouco importando se ela é rígida (processo de modificação mais solene) ou flexível (processo de alteração igual ao da lei ordinária).

Para fins de controle de constitucionalidade, por outro lado, não é suficiente a supremacia material, exigindo-se também a supremacia formal.

A lei inconstitucional é um ato inexistente, nulo ou anulável? Dentre as três teorias, a doutrina majoritária brasileira e o STF adotam a do direito norte-americano, no sentido de que a lei inconstitucional seria um ato nulo. Todavia, em razão da possibilidade de modulação temporal dos efeitos da decisão, esse posicionamento vem sendo questionado por parte da doutrina.

A modulação não se restringe ao aspecto temporal. Podem ser restringidos os efeitos da decisão quanto à extensão da declaração de inconstitucionalidade.

São as chamadas “declarações de nulidade” (ou “declarações de inconstitucionalidade”) sem redução de texto ou com redução de texto. A declaração de nulidade com redução de texto pode, ainda, ser total ou parcial.

A declaração de nulidade sem redução de texto ocorre quando a lei for polissêmica ou plurissignificativa, ou seja, quando possua mais de um significado possível.

Determinado dispositivo pode ser interpretado de maneiras diversas. Em sua decisão, o STF poderá dizer que, se interpretado de maneira “A”, o dispositivo será compatível com a CR e, se interpretado da maneira “B”, será inconstitucional.

Ex.: uma lei criando e cobrando determinado imposto no mesmo ano poderá ser interpretada pelo STF no sentido de que o tributo somente seria exigível no ano seguinte, e não no mesmo exercício financeiro, por conta da existência do princípio da anterioridade (art. 150, III, b, da CR²). Note que o dispositivo legal continua existindo e não há redução de texto, permitindo-se que a ele seja dada outra interpretação.

A declaração de nulidade sem redução de texto e a interpretação conforme a constituição são técnicas de decisão judicial equivalentes (o resultado de ambas será o mesmo). Não são idênticas, todavia. Com a interpretação conforme, a decisão ficaria da seguinte forma: o dispositivo é constitucional desde que interpretado da maneira “A”. Note que a interpretação conforme exclui as outras possibilidades de forma indireta.

Marcelo Novelino faz, em seu livro, uma distinção importante: interpretação conforme enquanto técnica de decisão judicial e enquanto princípio interpretativo.

No exemplo acima, a interpretação conforme está sendo utilizada como técnica de decisão judicial. Somente quando utilizada dessa forma é que será equivalente à declaração de nulidade sem redução de texto.

Mas a interpretação conforme pode ser também utilizada enquanto princípio interpretativo, hipótese em que imporá que as leis sejam interpretadas à luz dos valores constitucionais. Nesse caso, pode haver, por exemplo, duas interpretações “A” e “B” compatíveis com a CR, mas uma delas realizar melhor os valores que a CR consagra.

Ex.: julgamento proferido pelo TJRS em que restaram interpretados os arts. 1.723, 1.725 e 1.658 do Código Civil³ à luz da isonomia e da dignidade da pessoa humana, para permitir a aplicação analógica do regime da comunhão parcial de bens à união homoafetiva. Note que ambas as interpretações

² Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) III - cobrar tributos: (...) b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;

³ Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. (...)

Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

Art. 1.658. No regime de comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, com as exceções dos artigos seguintes.

(literal ou por analogia) seriam possíveis e compatíveis com a CR, mas a segunda, feita à luz da dignidade e da isonomia, é mais compatível que a outra.

A declaração de nulidade com redução de texto pode incidir sobre uma palavra ou expressão, desde que não reste alterado o sentido do dispositivo.

Quando o STF realiza declaração de nulidade com redução de texto, ele atua como uma espécie de “legislador negativo” (expressão criada por Kelsen), pois estaria “revogando” a lei, total ou parcialmente, sem nada acrescentar. Daí a palavra “negativo”.

Por fim, cumpre analisar a inconstitucionalidade por arrastamento ou atração, hipótese de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no que se refere à sua extensão.

Como visto anteriormente, ao declarar a inconstitucionalidade de determinada lei, o STF, por arrastamento, declara inconstitucional o decreto que a regulamenta: *“Julgo procedente a ADI para declarar a inconstitucionalidade da Lei X e, por arrastamento, a do Decreto que a regulamenta”*.

O decreto, sozinho, não poderia ser objeto da ADI, por não estar violando diretamente a CR. Se a inconstitucionalidade do decreto não fosse expressamente declarada, ele ficaria perdido no ordenamento jurídico.

Trata-se de hipótese excepcional em que um decreto regulamentar acaba sendo objeto de ADI, para não ficar sem sentido no ordenamento jurídico.

A inconstitucionalidade, quanto à conduta praticada pelo Poder Público, pode ser por ação ou por omissão.

Quanto à norma constitucional ofendida (o parâmetro violado), a inconstitucionalidade pode ser material ou formal.

Quanto à extensão, a inconstitucionalidade pode ser total ou parcial.

Quanto ao momento em que ocorre, a inconstitucionalidade pode ser originária ou superveniente.

Quanto ao prisma de apuração, há três espécies de inconstitucionalidade: antecedente (ou direta), consequente (ou indireta) e reflexa ou oblíqua (também considerada indireta).

Quanto à natureza do órgão que o exercerá, o controle pode ser político e jurisdicional.

Quanto ao órgão do Judiciário que pode exercê-lo, o controle de constitucionalidade pode ser difuso ou concentrado.

Quanto à finalidade principal, o controle de constitucionalidade pode ser concreto (incidental, por via de exceção ou por via de defesa) e abstrato (principal ou por via de ação).

Quadro sinótico:

Controle concreto	Controle abstrato
--------------------------	--------------------------

A finalidade principal é a proteção dos direitos subjetivos do cidadão.	A finalidade principal é a proteção da supremacia da constituição.
A inconstitucionalidade é causa de pedir.	A inconstitucionalidade é objeto do pedido.
A (in)constitucionalidade é reconhecida na fundamentação da decisão.	A (in)constitucionalidade é reconhecida no dispositivo da decisão.
A inconstitucionalidade é reconhecida.	A inconstitucionalidade é declarada.
A pretensão é deduzida em juízo através de um processo constitucional subjetivo.	A pretensão é deduzida em juízo através de um processo constitucional objetivo.

O controle difuso é aquele exercido por qualquer juiz ou tribunal (norte-americano). Não há ação específica para realizá-lo, sendo feito incidentalmente nas ações processuais regulares.

Não há, *a priori*, vedação à utilização de ação civil pública para a realização do controle de constitucionalidade de uma lei. Todavia, para que uma ação civil pública possa ser admitida como instrumento de controle de constitucionalidade, a inconstitucionalidade deve ser apenas fundamento do pedido, questão incidental ou a causa de pedir, e não o pedido em si, que tem de ser de efeitos concretos.

A cláusula de reserva de plenário (ou regra do “full bench”⁴) é o item mais cobrado em concursos dentro do tema controle difuso. Está prevista no art. 97 da CR:

Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

O nome “reserva de plenário” se deve ao fato de que determinadas competências, como a declaração de inconstitucionalidade, são reservadas ao pleno ou ao órgão especial do tribunal (art. 93, XI, CR), não podendo ser exercidas por órgão fracionário (câmara ou turma). Algumas competências do pleno podem ser delegadas ao órgão especial, que nesses casos fará as vezes do pleno:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...)

XI – nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antiguidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno; [Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004](#)) Súmula Vinculante 10 - VIOLA A CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO (CF, ARTIGO 97) A DECISÃO DE ÓRGÃO FRACIONÁRIO DE TRIBUNAL QUE, EMBORA NÃO DECLARE EXPRESSAMENTE A INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI OU ATO NORMATIVO DO PODER PÚBLICO, AFASTA SUA INCIDÊNCIA, NO TODO OU EM PARTE.

⁴ Em tradução livre, “tribunal cheio”, “tribunal completo”.

Como visto anteriormente, no Brasil foi introduzido o sistema norte-americano de controle de constitucionalidade sem o instituto da *stare decisis* (vinculação da decisão da Corte Constitucional a todos os demais órgãos judiciais).

Para o preenchimento dessa lacuna, foi criada a norma que hoje está reproduzida no art. 52, X, CR: o Senado, se achar conveniente, pode editar Resolução determinando a suspensão da execução da lei declarada inconstitucional, hipótese em que a decisão do STF passará a ter eficácia *erga omnes*:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...)

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

Controle de constitucionalidade concentrado é aquele cuja competência concentra em apenas um órgão do Poder Judiciário, que no Brasil é o STF, quando o parâmetro for a Constituição da República, e o TJ, quando o parâmetro for a Constituição Estadual. Já o controle abstrato é aquele realizado por via de uma ação específica, tendo por finalidade principal assegurar a supremacia da Constituição.

São instrumentos de controle concentrado-abstrato no Brasil:

- i) Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI);*
- ii) Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC);*
- iii) Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO);*
- iv) Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).*

A ADI e a ADC possuem características muito semelhantes. Por isso serão estudadas conjuntamente. São ações com caráter dúplice ou ambivalente. Têm a mesma natureza: o que muda é simplesmente o “sinal” (procedente ou improcedente, positivo ou negativo), mas o resultado é o mesmo (art. 24 da Lei 9.868/1999):

Art. 24. Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória.

Uma mesma lei, portanto, pode ser objeto, ao mesmo tempo, de uma ADI e de uma ADC. Nesse caso, o STF as apensará, para julgamento conjunto.

Na ADI, ADC e ADPF não se admite intervenção de terceiros, assistência ou desistência.

Ambas as leis que regulamentam essas ações são expressas no sentido do descabimento da intervenção de terceiros. Gilmar Mendes, Marcelo Novelino e outros doutrinadores entendem que a figura do *amicus curiae*⁵ não seria uma espécie de intervenção de terceiros, mas não há consenso. Para o STJ, por exemplo, trata-se de intervenção de terceiros.

⁵ O tema *amicus curiae* será desenvolvido em direito processual civil.

A assistência é vedada, ainda que se entenda não se tratar de hipótese de intervenção de terceiros, por dispositivo expresso do Regimento Interno do STF.

A desistência também é incabível porque aquele que propõe a ação defende o interesse público.

Nessas ações, a decisão de mérito é irrecorrível, salvo a possibilidade de oposição de embargos declaratórios para esclarecer o conteúdo da decisão, caso o recorrente vislumbre omissão, contradição ou obscuridade. Quem decide o recurso é o órgão máximo do Poder Judiciário: o Pleno do STF.

Antes da CR/88, somente existia uma ação de controle concentrado-abstrato: a representação de inconstitucionalidade (uma espécie de ADI). O único legitimado a propô-la era o Procurador-Geral da República. Com o advento da CR/88, o rol de legitimados foi muito ampliado: são nove, no total (art. 103 da CR):

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade [ADI] e a ação declaratória de constitucionalidade [ADC, sendo que também se aplica à ADPF e ADO]: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Quando a ADC foi criada, o rol de legitimados para propô-la era mais restrito (Presidente, PGR, Mesas da Câmara e do Senado). Com a EC 45/2004, o rol ficou igual nas quatro ações de controle concentrado-abstrato. Perceba que a CR fala apenas na ADI e na ADC, mas nas leis da ADO e da ADPF o rol é idêntico.

A jurisprudência do STF faz uma distinção entre legitimados ativos universais e especiais⁶. Veja que não há previsão legal ou constitucional para essa distinção. Os legitimados **especiais** precisam demonstrar **pertinência temática**, ou seja, a relação entre o interesse por eles defendido e o objeto impugnado, que é verdadeira condição de admissibilidade da ação.

⁶ Para fins de concurso, é importante memorizar o rol de legitimados. Dica: as autoridades da União são legitimados Universais. As autoridades Estaduais são legitimados Especiais.

Podem ser objeto de ADI e ADC a lei e o ato normativo. Veja que o objeto dessas ações tem de possuir as características da generalidade e da abstração.

A lei ou o ato normativo tem de possuir ligação direta com a Constituição. Quando isso ocorre, dá-se o nome de inconstitucionalidade direta ou antecedente. Há a exceção do decreto inconstitucional por arrastamento, mas, mesmo nessa hipótese, tem de haver lei inconstitucional regulamentada.

O STF não admitia como objeto de ADI ou ADC as chamadas leis de efeitos concretos (aquela que não é dotada de generalidade nem de abstração). Esse entendimento era pacífico. Entretanto, em 2008 o STF alterou seu posicionamento (ADI 4048/Medida Cautelar). Hoje é possível ajuizar ADI ou ADC contra leis de efeitos concretos desde que a controvérsia tenha sido suscitada em abstrato, pouco importando caráter geral ou específico, concreto ou abstrato do objeto.

O que acontece caso o ato normativo que estava sendo impugnado na ADI seja revogado antes do julgamento da ação? Regra: haverá perda superveniente do objeto e a ADI não deverá ser conhecida (STF ADI 1203). Exceção 1: não haverá perda do objeto e a ADI deverá ser conhecida e julgada caso fique demonstrado que houve "fraude processual", ou seja, que a norma foi revogada de forma proposital a fim de evitar que o STF a declarasse inconstitucional e anulasse os efeitos por ela produzidos (STF ADI 3306). Exceção 2: não haverá perda do objeto se ficar demonstrado que o conteúdo do ato impugnado foi repetido, em sua essência, em outro diploma normativo. Neste caso, como não houve desatualização significativa no conteúdo do instituto, não há obstáculo para o conhecimento da ação (ADI 2418/DF). Exceção 3: caso o STF tenha julgado o mérito da ação sem ter sido comunicado previamente que houve a revogação da norma atacada. Nesta hipótese, não será possível reconhecer, após o julgamento, a prejudicialidade da ADI já apreciada. STF. Plenário. ADI 2418/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 4/5/2016 (Info 824). STF. Plenário. ADI 951 ED/SC, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 27/10/2016 (Info 845).

Quanto ao aspecto espacial, há diferença entre os objetos da ADI e da ADC (art. 102, I, "a", da CR):

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

A ADI admite como objeto lei ou ato normativo das esferas federal ou estadual. Já a ADC admite como objeto somente lei ou ato normativo da esfera federal. Existe PEC tramitando no Congresso com o objetivo de ampliar o objeto da ADC, em seu aspecto espacial, para torná-lo idêntico ao da ADI.

PGR, no controle de constitucionalidade, atua na condição de *custus constitutionis*, ou seja, como fiscal da supremacia da Constituição (art. 103, § 1º, da CR):

Art. 103 (...) § 1º - O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

Note que ele atua como tal não só nas ações de inconstitucionalidade como em todos os processos de competência do STF (sem exceção).

A participação do AGU está prevista no art. 103, § 3º, da CR:

Art. 103 (...) § 3º - Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.

Trata-se de uma participação diferente da do PGR. “Em tese” significa que o AGU participará somente dos casos de apreciação de constitucionalidade em controle concentrado-abstrato.

O AGU não atuará como *custus constitutionis*. Na verdade, ele está obrigado a defender a constitucionalidade do ato impugnado: será o defensor legis. O AGU funciona como curador da presunção de constitucionalidade das leis.

Especificamente no caso da ADI, além dos efeitos *erga omnes* e vinculante e da suspensão do julgamento dos processos⁷, a medida cautelar poderá suspender também a aplicação da lei ou do ato normativo.

Quando a medida cautelar é concedida em ADI, suspendendo determinada lei ou ato normativo, o efeito dessa decisão será, em regra, *ex nunc*. Isso porque o STF não está declarando a norma inconstitucional, mas somente suspendendo a sua aplicação. Há, todavia, a possibilidade de modulação dos efeitos temporais de decisão cautelar, conferindo a ela efeito *ex tunc* (art. 11, § 1º, da Lei 9.868/1999):

*Art. 11 (...) § 1º A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito ex nunc, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia **retroativa**.*

Concedida medida cautelar em ADI suspendendo determinada lei revogadora, pode ocorrer de a lei anterior (revogada) se tornar automaticamente aplicável. Trata-se do chamado de “efeito repristinatório tácito” ou “repristinação tácita” (“tácito” porque na decisão o STF nada diz acerca da lei revogada). Se a lei revogada também for inconstitucional, o STF pode expressamente vedar a retomada da eficácia dela (art. 11, § 2º, da Lei 9.868/1999):

*Art. 11 (...) § 2º A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior [**efeito repristinatório tácito**] acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário.*

A ADPF está prevista no art. 102, § 1º, da CR e também é fruto do poder constituinte originário. Originariamente, ela constava do parágrafo único do dispositivo, o qual foi transformado em § 1º pela EC 3/1993:

Art. 102 (...) § 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. (Transformado em § 1º pela Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/93)

⁷ A suspensão do julgamento dos processos que tratam do mesmo tema em ADI não tem previsão expressa na lei, mas decorre da aplicação do dispositivo relativo à ADC, por analogia.

Diferentemente das demais ações até aqui estudadas, trata-se da arguição do descumprimento de um preceito fundamental, e não de uma inconstitucionalidade. Descumprimento da Constituição não é sinônimo de inconstitucionalidade, sendo considerado pela doutrina como muito mais amplo que a inconstitucionalidade. Segundo esse entendimento, o descumprimento de preceito fundamental abrange a inconstitucionalidade, pois toda inconstitucionalidade é uma forma de descumprimento da CR. Mas, além dela, há outras formas de descumprimento, como a incompatibilidade com a CR de uma norma anterior a ela (hipótese de não recepção). Por conta dessa diferença, o objeto da ADPF é muito mais amplo que o da ADI e da ADC.

Por outro lado, o parâmetro é mais restrito que na ADI e ADC⁸. Trata-se da arguição do descumprimento apenas de preceitos fundamentais, e não de toda a CR. Na ADI e na ADC, o parâmetro é amplo, abrangendo inclusive tratados internacionais. Na ADPF, por sua vez, o parâmetro não abrange todas as normas constitucionais ou equiparadas.

José Afonso da Silva estabelece um critério para tentar definir quais normas seriam fundamentais. Segundo o autor, “fundamental é aquele preceito que confere identidade à Constituição, ao regime por ela adotado ou que consagra um direito fundamental”. Exemplos (rol exemplificativo):

- i) Título I “Dos Princípios Fundamentais”: se são princípios fundamentais, são preceitos fundamentais.
- ii) Título II “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.
- iii) Art. 34, VII (princípios constitucionais sensíveis): violados tais princípios, poderá o PGR ajuizar ADI interventiva que, se procedente, poderá ensejar intervenção federal no estado.
- iv) cláusulas pétreas: são preceitos fundamentais por conferirem identidade à Constituição.
- v) meio-ambiente.

Para evitar a propositura de ADI ou ADC juntamente com a ADPF, a Lei 9.882/1999 criou um requisito a mais para a ADPF, denominado de “**caráter subsidiário**” (art. 4º, § 1º), segundo o qual ela não é cabível se existir outro meio igualmente eficaz para sanar a lesividade:

Art. 4º (...) § 1º Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

Os instrumentos de controle das omissões constitucionais existentes no ordenamento jurídico brasileiro são a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (art. 103, § 2º, da CR) e o Mandado de Injunção (art. 5º, LXXI, da CR):

⁸ Relembrando: objeto é o ato que viola a constituição. Parâmetro é a norma constitucional violada.

Art. 103 (...) § 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Art. 5º (...) LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

A regulamentação da ADO foi realizada há cerca de dois anos, pela Lei 12.063/2009, que alterou a Lei 9.868/1999. O Mandado de Injunção foi regulamentado apenas em 2016, com a Lei 13.300/2016, essencial para os concursos públicos.

A finalidade da ADO, totalmente diversa da do Mandado de Injunção, é assegurar a supremacia da CR e a efetividade das normas constitucionais (note que o art. 103, § 2º, fala em “tornar efetiva norma constitucional”). A finalidade principal da ADO não é, portanto, assegurar direitos subjetivos, individuais. Trata-se efetivamente de uma ação de controle abstrato.

O Mandado de injunção, por sua vez, tem por finalidade precípua proteger o exercício de direitos constitucionalmente consagrados. A própria localização da disciplina dele na CR, dentre os direitos individuais (art. 5º, LXXI) reafirma esse entendimento. O Mandado de Injunção pressupõe um direito que necessita de norma regulamentadora (de eficácia limitada, precipualemente), sem a qual ele não poderá ser exercido. **Por essa razão, trata-se de um instrumento de controle concreto de constitucionalidade (utilizado incidentalmente no caso concreto).**

A CR não diz quais são os efeitos do Mandado de Injunção, mas, de certa forma, delimita o parâmetro dele (“direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”). Na ADO, a CR fala dos efeitos da decisão, mas não delimita seu parâmetro.

Fala-se em finalidade principal, pois os direitos que asseguram a supremacia da CR garantem direitos subjetivos, e os que garantem direitos subjetivos também asseguram a supremacia da CR, ainda que indiretamente.

No Brasil, sempre que há controle abstrato de constitucionalidade (como é o caso da ADO), ele será necessariamente concentrado. Não existe no ordenamento jurídico pátrio controle abstrato difuso.

Na esfera federal, quando o parâmetro é a CR, o controle concentra-se no STF. Em se tratando da regulamentação da constituição estadual, o guardião será o Tribunal de Justiça. **Apenas esses dois tribunais podem processar e julgar a ADO.**

Sendo a ADO espécie de ação de controle abstrato, a legitimidade ativa tem de ter previsão na Lei ou na CR. Como visto, a legitimidade ativa para a ADO é a mesma de todas as outras ações de controle abstrato (ADI, ADC e ADPF): podem ajuizar a ação os legitimados previstos no 103 da CR:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. (...)

Na ADO, há inefetividade de norma constitucional em decorrência de omissão em sua regulamentação. Como a finalidade da ADO é tornar aquela norma efetiva, integrará o polo passivo o Poder Público, geralmente o Poder Legislativo, podendo ser também demandado, em determinados casos, o Poder Executivo.

Sempre que a regulamentação de um dispositivo depender da iniciativa de determinada autoridade, é ela que integrará o polo passivo da ADO. Isso porque, nesses casos, sem a iniciativa o Parlamento fica impossibilitado de elaborar a norma.

Quando a omissão é decorrente da inércia de um dos legitimados ativos, ele não poderá propor a ADO para sanar a omissão a que deu causa. Não faria sentido.

O efeito da decisão da ADO é **dar ciência** ao Poder competente da sua omissão. Em razão disso, tem de integrar o polo passivo somente esse poder.

No caso do Mandado de Injunção, além de integrar o polo passivo a autoridade que tem o dever de regulamentar a norma, deveria ser demandado o ente que sofreria os efeitos da decisão em concreto. Todavia, para o STF, o único legitimado passivo é aquele que tem o dever de elaborar a norma regulamentadora. O Supremo não admite litisconsórcio passivo.

A CR diz expressamente, em art. 103, § 2º, que o efeito da ADO será apenas de dar ciência ao poder que se omitiu:

Art. 103 (...) § 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Em se tratando de órgão administrativo, será fixado prazo de 30 dias para supri-la. Faz todo sentido que o legitimado passivo seja somente aquele que tem de suprir a omissão (Poder Legislativo, Presidente e, em raríssimos casos, a administração pública).

Gilmar Mendes, em algumas decisões, vinha dizendo que nem sempre 30 dias seriam um prazo razoável para o suprimento da omissão. A Lei 9.868/1999, ao regulamentar a ADO, trouxe uma

abertura para que o STF possa analisar, no caso concreto, a possibilidade fática da adoção da providência em 30 dias e, se o caso, dilatar o prazo (art. 12-H e § 1º, da Lei 9.868/1999):

Art. 12-H. (...) § 1º Em caso de omissão imputável a órgão administrativo, as providências deverão ser adotadas no prazo de 30 (trinta) dias, ou em prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo Tribunal, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido. (Incluído pela Lei nº 12.063, de 2009).
(...)

Como a CR não fala nada acerca dos efeitos do mandado de injunção, o STF já atribuiu à medida diversos efeitos que, didaticamente, podem ser divididos em duas correntes: não concretista e concretista (esta, por sua vez, subdividida em geral, individual e intermediária).

A corrente não concretista foi a adotada pelo STF de 1988 até aproximadamente 2006. Segundo ela, o efeito do Mandado de Injunção é o mesmo da ADO, ou seja, de que o STF deve dar apenas ciência ao poder competente de sua omissão.

O STF admitiu essa corrente, por diversas vezes, no caso de Mandados de Injunção ajuizados contra o antigo dispositivo que limitava os juros a 12% ao ano, nunca declarando o direito à limitação. O Tribunal sempre foi muito criticado pela doutrina por essa postura, que entendia que o remédio estava sendo esvaziado, por ter o mesmo efeito da ADO.

A corrente concretista pode ser geral, individual ou intermediária.

A partir do MI 708 (direito de greve dos servidores públicos), o STF mudou radicalmente de posicionamento, passando a adotar a corrente concretista geral. Chama-se concretista porque o STF “concretiza” a norma que necessita de regulamentação, suprimindo a omissão. E geral porque a norma será concretizada não só para o indivíduo no caso concreto, mas a todos, com efeitos *erga omnes*. Veja que o STF sai da posição que tinha o menor grau de eficácia (não concretista) para a que possui o maior grau de eficácia possível, o que causou espanto e até dúvidas quanto aos efeitos da decisão.

Novamente o STF foi criticado. Elaborar norma com efeito *erga omnes* é atribuição do Poder Legislativo, de modo que o STF estaria atuando como legislador positivo, conferindo ao Mandado de Injunção um efeito que nem a ADO possui.

Nas decisões subsequentes, o STF passou a adotar a corrente concretista individual. O Supremo supre a omissão, regulamentando o exercício do direito previsto na norma apenas para os que impetraram o Mandado de Injunção, com efeitos *inter partes* (ou *intra partes*). Ex.: casos de Mandado de Injunção para assegurar a aposentadoria especial de servidor público (MI 721, 758 e Questão de Ordem no MI 795).

Lei 13.300/2016 (Lei do Mandado de Injunção – DIZER O DIREITO)

Síndrome da inefetividade das normas constitucionais

Se o legislador não edita as normas regulamentadoras necessárias ao exercício dos direitos constitucionais, há, neste caso, uma omissão inconstitucional, ou seja, um comportamento omissivo que ofende a própria Constituição.

Essa omissão na edição do regulamento faz com que as normas constitucionais tornem-se inefetivas (ineficazes, na prática). Quando isso acontece, a doutrina afirma que há um fenômeno nocivo chamado de "síndrome da inefetividade das normas constitucionais". Nesse sentido: LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 19ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1252.

O constituinte previu dois instrumentos para resolver a síndrome da falta de efetividade das normas constitucionais: o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Neste artigo, conforme já adiantei, irei tratar unicamente sobre o mandado de injunção.

Origem do instituto

Alguns autores afirmam que a inspiração do mandado de injunção seria o *writ of injunction* existente no direito norte-americano. Outros mencionam, ainda, alguns institutos do direito lusitano. No entanto, a doutrina majoritária afirma que o mandado de injunção não encontra similitude no direito estrangeiro, sendo considerado um instrumento tipicamente brasileiro, com contornos próprios. Nesse sentido: MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 295.

Lei nº 13.300/2016

O mandado de injunção está previsto no art. 5º, LXXI, da CF/88.

Durante muitos anos, não houve lei regulamentando o instituto.

O STF, no entanto, afirmou que, mesmo sem lei, já era possível impetrar mandado de injunção porque o art. 5º, LXXI, da CF/88 sempre foi autoaplicável. Nesse sentido: STF. Plenário. MI 107 QO, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 23/11/1989.

Antes da edição da Lei do MI, aplicava-se, por analogia, as regras procedimentais do mandado de segurança.

Com muitos anos de atraso, finalmente foi editada a Lei nº 13.300/2016, que disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo.

Espécies

Existem duas espécies de mandado de injunção:

a) INDIVIDUAL: proposto por qualquer pessoa física ou jurídica, em nome próprio, defendendo interesse próprio, isto é, pedindo que o Poder Judiciário torna viável o exercício de um direito, liberdade ou prerrogativa seu e que está impossibilitado pela falta de norma regulamentadora.

b) COLETIVO: proposto por legitimados restritos previstos na Lei, em nome próprio, mas defendendo interesses alheios. Os direitos, as liberdades e as prerrogativas protegidos por mandado de injunção coletivo são os pertencentes, indistintamente, a uma coletividade indeterminada de pessoas ou determinada por grupo, classe ou categoria (art. 12, parágrafo único, da LMI). O mandado de injunção coletivo não foi previsto expressamente pelo texto da CF/88, mas mesmo assim sempre foi admitido pelo STF e atualmente encontra-se disciplinado pela Lei nº 13.300/2016.

Espécies de ausência de norma regulamentadora

Conforme vimos, o mandado de injunção é concedido quando a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Essa falta da norma regulamentadora pode ser:

a) TOTAL: quando não houver norma alguma tratando sobre a matéria;

b) PARCIAL: quando existir norma regulamentando, mas esta regulamentação for insuficiente e, em virtude disso, não tornar viável o exercício pleno do direito, liberdade ou prerrogativa prevista na Constituição.

Diferenças entre mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão

MANDADO DE INJUNÇÃO	ADI POR OMISSÃO
Natureza e finalidade Trata-se de processo no qual é discutido um direito subjetivo. A finalidade é viabilizar o exercício de um direito. Há, portanto, controle concreto de constitucionalidade.	Natureza e finalidade. A finalidade é declarar que há uma omissão, já que não existe determinada medida necessária para tornar efetiva uma norma constitucional. Estamos diante, portanto, de processo objetivo, em que há controle abstrato de constitucionalidade.

<p>Cabimento</p> <p>Cabível quando faltar norma regulamentadora de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.</p>	<p>Cabimento</p> <p>Cabível quando faltar norma regulamentadora relacionada com qualquer norma constitucional de eficácia limitada.</p>
<p>Legitimados ativos</p> <p>MI individual: pessoas naturais ou jurídicas que se afirmam titulares dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas.</p> <p>MI coletivo: estão previstos no art. 12 da Lei nº 13.300/2016.</p>	<p>Legitimados ativos</p> <p>Os legitimados da ADI por omissão estão descritos no art. 103 da CF/88.</p>
<p>Competência</p> <p>A competência para julgar a ação dependerá da autoridade que figura no polo passivo e que possui atribuição para editar a norma.</p>	<p>Competência</p> <p>Se relacionada com norma da CF/88: STF.</p> <p>Se relacionada com norma da CE: TJ.</p>
<p>Efeitos da decisão</p> <p>Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para:</p> <p>I - determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora;</p> <p>II - estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.</p> <p>Obs: será dispensada a determinação a que se refere o inciso I quando comprovado que o impetrado deixou de atender, em mandado de injunção anterior, ao prazo estabelecido para a edição da norma.</p>	<p>Efeitos da decisão</p> <p>Declarada a inconstitucionalidade por omissão, o Judiciário dará ciência ao Poder competente para que este adote as providências necessárias.</p> <p>Se for órgão administrativo, este terá um prazo de 30 dias para adotar a medida necessária.</p> <p>Se for o Poder Legislativo, não há prazo.</p>

ADI interventiva (representação interventiva):

Algumas das hipóteses de representação interventiva são consideradas controle concentrado de constitucionalidade. Entretanto, o tema será tratado adiante, por ocasião do estudo dos estados de legalidade extraordinária.

Controle de constitucionalidade no âmbito estadual:

O controle de constitucionalidade no âmbito estadual está previsto no art. 125, § 2º, da CR:

Art. 125 (...) § 2º - Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais [objeto] em face da Constituição Estadual [parâmetro], vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

Observe que a CR não utiliza o termo “ação direta de inconstitucionalidade”, mas “representação de inconstitucionalidade”, que era a terminologia utilizada antes de 1988. Foi talvez um descuido na elaboração, que não modifica a substância desse mecanismo, que é essencialmente a mesma da ADI.

A única vedação da CR é a atribuição de legitimidade ativa a um único órgão para o controle de constitucionalidade. Antes da CR/88, somente o Procurador-Geral da República tinha legitimidade para propor ADI. O dispositivo serve para evitar justamente que isso ocorra em âmbito estadual.

A intervenção federal ou estadual pode ser definida como uma medida excepcional de **natureza política**, consistente na possibilidade de afastamento temporário da autonomia política de um determinado ente federativo, quando verificadas as hipóteses previstas na CR.

A decretação da intervenção possui quatro finalidades diferentes (que são justamente os pressupostos materiais): defesa do Estado, defesa do princípio federativo, defesa das finanças públicas estaduais e defesa da ordem constitucional.

Toda decretação de intervenção somente pode ser feita pelo Chefe do Poder Executivo. O Presidente da República é o único que pode fazê-lo em âmbito federal, até porque quem expede o decreto executivo é ele.

*Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...)
X - decretar e executar a intervenção federal;*

Há três espécies de intervenção: **espontânea, solicitada e requisitada.**

A intervenção é espontânea quando a decretação dela depende apenas da ocorrência dos motivos que a autorizam. Ou seja, o Presidente poderá decretá-la por conta própria, de ofício, não precisando da solicitação ou da requisição de nenhum outro Poder.

A intervenção solicitada é aquela que depende de solicitação do Poder Legislativo ou do Poder Executivo. Nela o Presidente não pode decretar a intervenção de ofício, espontaneamente.

A intervenção requisitada é a que depende de requisição do Poder Judiciário.

O Legislativo e o Executivo somente fazem solicitação. Quem faz requisição é apenas o Poder Judiciário, que não pode solicitar. A diferença entre a solicitação e a requisição é de fundamental importância.

Como visto, a intervenção federal somente pode ocorrer em estado ou no DF, e não nos municípios, a menos que o município esteja localizado em território porventura criado. No caso da intervenção estadual, a decretação da intervenção somente pode ocorrer do estado no município.

Mutatis mutandis, em linhas gerais a base teórica da intervenção estadual é a mesma da intervenção federal (temporiedade, excepcionalidade, taxatividade das hipóteses etc.)

Os pressupostos materiais, que são obviamente diferentes dos da intervenção federal, estão previstos no art. 35, I a IV, da CR:

Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando:

I - deixar de ser paga, sem motivo de força maior, por dois anos consecutivos, a dívida fundada;

II - não forem prestadas contas devidas, na forma da lei;

III - não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde; [hipótese semelhante ao art. 34, VII]

IV - o Tribunal de Justiça der provimento a representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial [hipótese mais importante, simétrica ao art. 36, III, que será mais bem analisada adiante].

O sistema constitucional de crises é o conjunto de normas constitucionais que visam reestabelecer a normalidade constitucional. Previsto desde a constituição de 1824, permite o poder repressivo do Estado para punir grandes males. É governado pelos seguintes princípios:

- ◆ Princípio fundante da necessidade.
- ◆ Princípio da temporiedade.
- ◆ Princípio da proporcionalidade.

Acionado o sistema constitucional de crises, estaremos diante de um regime de legalidade extraordinária, no qual temporariamente limita-se o gozo das liberdades fundamentais. O sistema de crises, atualmente, está sob governança do presidente da república.

Dica: em todos os casos de estados de exceção (intervenção federal, estado de defesa e de sítio), os pressupostos materiais são alternativos. Ou seja, não precisa ocorrer mais de um dos pressupostos, bastando que se verifique um deles.

Os pressupostos materiais são as condições fáticas nas quais é possível a decretação do estado de defesa. Note que a determinação da ocorrência desses casos sempre cabe ao Chefe do Executivo, através de decreto:

Art. 136. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza. (...)

Trata-se da ordem pública ou a paz social ameaçadas por:

- i) grave e iminente instabilidade institucional;
- ii) calamidades de grandes proporções na natureza.

Assim como os pressupostos materiais das demais modalidades de estados legalidade extraordinária, os do estado de sítio são alternativos. As circunstâncias materiais que podem ensejar a sua decretação, uma situação ainda mais grave que a que enseja a decretação do estado de defesa, estão previstas no art. 137 da CR:

ESTADO DE DEFESA	ESTADO DE SÍTIO
<ul style="list-style-type: none">- No estado de defesa, as medidas não menos drásticas, pois são situações menos caóticas.- Circunscreve-se a localidades determinadas.- O decreto só pode restringir os direitos de reunião, sigilo de correspondência, sigilo de comunicação telegráfica, ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública.- O controle político sobre a decretação é posterior.	<ul style="list-style-type: none">- As medidas de legalidade extraordinária são bastante drásticas, gravosas às liberdades públicas.- Se for preciso pode abranger todo o território nacional.- As medidas tomadas são: dever de permanência em localidade determinada; detenção em edifício não destinado a esse fim; restrições ao sigilo, a liberdade de imprensa; suspensão da liberdade de reunião; busca e apreensão domiciliar; intervenção das empresas de serviços públicos; requisição de bens.- O controle político é prévio.

As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer dos chefes dos poderes, da lei e da ordem.

Segurança pública é a manutenção da ordem pública interna do Estado. Para a preservação de direitos e garantias fundamentais é necessário existir uma atividade constante de vigilância, prevenção e repressão de condutas. O objetivo da segurança pública é manter a paz e o equilíbrio nas relações sociais. A polícia é a entidade encarregada de evitar a violação da ordem jurídica, podendo ser: polícia administrativa; política ostensiva ou polícia judiciária.

Ordem social é o conjunto de preceitos constitucionais que implementam os direitos previstos no art. 6º da Constituição. A ordem social tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar a justiça social (art. 193, CF), abarcando:

- Seguridade social
- Educação, cultura e desporto
- Ciência e tecnologia
- Comunicação social
- Meio ambiente
- Família, criança, adolescente e idoso
- Índios

A seguridade social é uma técnica de proteção ou espécie de seguro avançado, pois o seu destinatário é o segurado que paga uma contribuição.

A contribuição da seguridade social tem destinação constitucional específica, isto é, é uma espécie tributária essencialmente vinculada ao financiamento da seguridade.

Saúde é o estado completo de bem-estar físico, mental e espiritual, indispensáveis à vida humana. O direito à saúde, além de direito fundamental, é uma decorrência do próprio direito à vida. O poder público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação na organização federativa, não pode ser indiferente ao direito público à saúde, constitucionalmente assegurado.

A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial. Com a EC 20/98, a previdência social passou a ser organizada pelo regime geral, de caráter contributivo e filiação obrigatória.

Assistência social é o nome técnico do ato de auxiliar pessoas necessitadas. Trata-se de um amparo estatal baseado no princípio humanitário de ajudar aqueles que não podem gozar de benefícios previdenciários. Por isso tudo, a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social (recursos próprios da seguridade). O objetivo é propiciar meios financeiros para que os assistidos caminhem com suas próprias forças. São direitos públicos subjetivos porquanto equivalem a prestações jurídicas individuais exigíveis do Estado ou de certos particulares. Distribuem-se em três subsistemas normativos:

- a)** Subsistema constitucional da educação: processo formal de ensino e estabelecimento de prerrogativas dos alunos, professores, família, escola e Estado.
- b)** Subsistema constitucional da cultura: revela a formação do povo e direitos materialmente constitucionais.
- c)** Subsistema constitucional do desporto: propõe a integração da vida social, estimulando a saúde, o bem-estar e o lazer.

O desporto visa a integração social do homem: é a educação pelo esporte. Nesse sentido, o texto constitucional determina ser dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um.

O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação. O objetivo é fomentar investimentos, propiciando alcançar um nível de conhecimento aplicado.

Existem dois tipos de pesquisa: a) pesquisa científica básica; b) pesquisa tecnológica. A pesquisa científica básica e tecnológica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso da ciência, tecnologia e inovação. A pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional.

A liberdade de comunicação social, corolário da livre manifestação do pensamento, possui sentido lato e sentido estrito. Em sentido lato abrange toda e qualquer forma de exteriorização do pensamento escrito ou oral. É esse o sentido do art. 220: a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. Em sentido estrito é o ato de emitir ideias. Liberdade de comunicação social não é exatamente idêntica a liberdade de manifestação de pensamento. Aquela é uma das formas de exteriorizar o ato de manifestar o pensamento.

Nos últimos decênios, o meio ambiente passou a ser um direito fundamental da pessoa humana, lúdimo direito de solidariedade, de terceira geração: direito difuso. Em sede legislativa, remonta ao National Environmental Policy Act. A conferência das Nações Unidas de Estocolmo (1972) foi o passo inicial para o tema ganhar dimensão internacional.

A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. Em sentido amplo, família é o conjunto de pessoas ligadas pelos laços de parentesco com descendência comum e de afinidade, conceito esse adotado pelo texto constitucional. É família, portanto, tudo aquilo que abriga laços de permanência e continuidade. Com isso, o texto afirma que:

Índios: Chama-se indigenato a fonte primária da posse das terras originariamente pertencentes aos índios. Por seu intermédio, reservam-se aos índios as terras que lhes pertenciam, as quais não são devolutas, mas originariamente reservadas ou congenitamente possuídas (originário de 1680)

DIREITO ADMINISTRATIVO

REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO

Impessoalidade

Comumente, o **princípio da impessoalidade** admite seu exame sob os seguintes aspectos⁹:

- Dever de isonomia por parte da Administração Pública.
- Dever de conformidade aos interesses públicos.
- Vedação à promoção pessoal dos agentes públicos.

A partir da *primeira perspectiva*, o **princípio da impessoalidade** estabelece que os atos administrativos devem ser praticados tendo em vista o interesse público, e não os interesses pessoais do agente ou de terceiros. Impede, assim, que a Administração **beneficie** ou **prejudique** esta ou aquela pessoa em especial.

Nessa concepção, representa uma faceta do **princípio da isonomia**, pois objetiva a igualdade de tratamento que a Administração deve dispensar aos administrados que se encontrem em idêntica situação jurídica, sem favorecimentos ou discriminações de qualquer espécie.

É por isso que nossa Constituição Federal exige concurso público como condição para o ingresso em cargo efetivo ou emprego público (art. 37, II) ou a realização de licitação pública para a contratação de obras, serviços, compras e alienações (art. 37, XXI) – são institutos que objetivam dar oportunidades iguais a todos.

O administrador **não** poderá buscar interesses pessoais, mas sim o interesse público, ou coletivo, devendo agir de forma abstrata e impessoal, ou seja, com **AUSÊNCIA DE SUBJETIVIDADE**. Pode ser verificada a impessoalidade em alguns enfoques:

I - o ato praticado pelo agente é da pessoa jurídica de direito público e não do próprio agente. Proibição de execução de atos públicos para fins de promoção pessoal;

II - a Administração **não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas**, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear seu comportamento. EXEMPLO: precatórios, artigo 100, da CRFB.

⁹ Furtado (2014, p. 83-84).

Observação 01: lei que proíbe o nepotismo pode ser de iniciativa parlamentar (não há iniciativa privativa do executivo) – Inf 771/STF¹⁰.

Observação 02: norma que impede o nepotismo não alcança servidores efetivos – Inf 786/STF¹¹.

Quanto à *segunda perspectiva* (dever de conformidade aos interesses públicos), o princípio da impessoalidade assemelha-se ao **princípio da finalidade**, o qual impõe que o fim a ser buscado pelo administrador público em suas atividades deve ser tão-somente aquele prescrito pela lei, ou seja, o **fim legal, de interesse geral e pessoal**.

Assim, qualquer ato praticado com objetivo diverso do interesse público será considerado **nulo, por desvio de finalidade**.

Entretanto, é possível que o interesse público **coincida** com o de particulares, como normalmente ocorre nos atos administrativos negociais e nos contratos públicos. Nas compras efetuadas pela Administração, por exemplo, o Poder Público deseja adquirir e o empresário deseja vender determinado bem. Os interesses, portanto, são convergentes. Nesses casos, é permitido aliar a pretensão do particular com o interesse coletivo. O que o princípio da impessoalidade proíbe é a prática de ato administrativo *sem* interesse público envolvido.

Em relação ao *terceiro enfoque*, o **princípio da impessoalidade veda a promoção pessoal do agente** à custa das realizações da Administração Pública.

¹⁰ **ADI: vício de iniciativa e forma de provimento de cargo público**

O Plenário julgou procedente pedido formulado em ação direta ajuizada em face da LC 259/2002 do Estado do Espírito Santo. A norma impugnada, de iniciativa parlamentar, autoriza o Poder Executivo a instituir o Sistema Estadual de Auditoria da Saúde - SEAS e institui normas para sua estrutura e funcionamento, o que, conforme alegado, ofenderia os artigos 37, II; 61, § 1º, II, a e c; 63, I e 84, III, todos da CF, porquanto seria de competência privativa do Poder Executivo a iniciativa de leis concernentes à criação de cargos e estruturação de órgãos da Administração direta e autárquica, além de ser vedada a criação de forma derivada de provimento de cargo público. O Colegiado afirmou que, além da inconstitucionalidade formal evidenciada, o art. 13 da mencionada lei também padeceria de vício material, porque, ao ter possibilitado o provimento derivado — de servidores investidos em cargos de outras carreiras — no cargo de auditor de saúde, teria violado o disposto no art. 37, II, da CF, que exige a prévia aprovação em concurso para a investidura em cargo público, ressalvadas as exceções previstas na Constituição. O STF teria, inclusive, entendimento consolidado sobre o tema, revelado no Enunciado 685 de sua Súmula (“É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido”). **ADI 2940/ES, rel. Min. Marco Aurélio, 11.12.2014. (ADI-2940)**

¹¹ **ADI e norma antinepotismo**

Em conclusão de julgamento, o Plenário, por maioria, acolheu pedido formulado em ação direta para dar interpretação conforme à Constituição ao inciso VI do art. 32 da Constituição do Estado do Espírito Santo — que estabelece ser “vedado ao servidor público servir sob a direção imediata de cônjuge ou parente até segundo grau civil” — no sentido de o dispositivo ser válido somente quando incidisse sobre os cargos de provimento em comissão, função gratificada, cargos de direção e assessoramento — v. Informativo 443. O Colegiado entendeu que a vedação não poderia alcançar os servidores admitidos mediante prévia aprovação em concurso público, ocupantes de cargo de provimento efetivo, haja vista que isso poderia inibir o próprio provimento desses cargos, violando, dessa forma, o art. 37, I e II, da CF, que garante o livre acesso aos cargos, funções e empregos públicos aos aprovados em concurso público. Vencido o Ministro Marco Aurélio, que julgava improcedente o pedido. **ADI 524/ES, rel. orig. Min. Sepúlveda Pertence, red. p/ o acórdão Min. Ricardo Lewandowski, 20.5.2015. (ADI-524)**

Com efeito, as realizações governamentais não devem ser atribuídas ao agente ou à autoridade que as pratica. Estes apenas lhes dão forma. Ao contrário, os atos e provimentos administrativos devem ser vistos como **manifestações institucionais** do órgão ou da entidade pública. O servidor ou autoridade é apenas o meio de manifestação da vontade estatal.

A própria Constituição Federal contém uma regra expressa decorrente desse princípio, ao proibir que conste **nome, símbolos ou imagens** que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos em publicidade de atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos (CRFB, art. 37, §1º). O STF, inclusive, entende que essa vedação atinge também qualquer menção ao **partido político** do administrador público¹².

Assim, uma obra realizada por determinado Município não poderá ser anunciada como obra de determinado prefeito, e nem mesmo do Partido “X”. Ao contrário, a obra deverá ser sempre tratada e anunciada como obra da municipalidade ou da Prefeitura, vedada qualquer alusão às características dos agentes públicos e respectivos partidos políticos, inclusive eventuais símbolos ou imagens ligados a seus nomes.

Esse terceiro enfoque do princípio da impessoalidade, ao retirar a responsabilidade pessoal dos agentes públicos, permite que se reconheça a **validade** dos atos praticados em nome da Administração por agentes cuja investidura no cargo venha a ser futuramente anulada (**agente de fato ou putativo**).

Por fim, vale saber que o princípio da impessoalidade encontra-se **implícito** na Lei nº 9.784/1999 (Lei do Processo Administrativo Federal), nos dois sentidos assinalados, pois a lei exige que se observe, nos processos administrativos, a *“objetividade no atendimento ao interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades”*, e, ainda, a *“interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige”*¹³.

Especialidade

Segundo a professora Di Pietro, o **princípio da especialidade** é ligado à ideia de **descentralização administrativa**.

Assim, o Estado, ao criar pessoas jurídicas públicas administrativas (autarquias, por exemplo), como forma de **descentralizar** a prestação de serviços públicos, faz isso com a finalidade de **especialização de funções**: a lei que cria a entidade estabelece com precisão as finalidades que lhe incumbe atender.

Di Pietro esclarece que, embora esse princípio seja normalmente referido às **autarquias**, não há razão para negar a sua aplicação quanto às demais pessoas jurídicas, instituídas por intermédio da lei, para integrarem a Administração Pública Indireta, a exemplo das **sociedades de economia mista e empresas públicas**. Sendo necessariamente criadas ou autorizadas por lei (CRFB, art. 37, XIX e XX), tais entidades não podem se desviar dos objetivos legalmente definidos.

¹² RE 191.688/RS.

¹³ Lei nº 9.784/1999, artigo 2º, parágrafo único, incisos III e XIII.

Ressalta-se que o princípio da especialidade abrange somente à criação de entidades da administração indireta, não diz respeito, ilustrativamente, as parcerias realizadas pelo poder público junto a entidades do terceiro setor.

ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Órgãos Públicos

A classificação mais solicitada em concursos públicos é a proposta por Hely Lopes Meirelles, a seguir exposta.

Quanto à posição estatal (posição ocupada na escala governamental ou administrativa), os órgãos podem ser: independentes, autônomos, superiores ou subalternos.

I - **Órgãos independentes (ou órgãos primários do Estado):** são aqueles previstos na Constituição e representativos dos Poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário). Não sofrem qualquer tipo de subordinação hierárquica ou funcional, sujeitando-se apenas aos controles constitucionais de um Poder pelo outro. Incluem-se nessa categoria o Congresso Nacional, a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, as Assembleias Legislativas, Câmaras de Vereadores, Presidência da República, Governadorias dos Estados e do Distrito Federal, Prefeituras Municipais, Tribunais Judiciários e Juízos singulares. Pelo alto grau de independência, conferido pela própria Constituição Federal, integram também essa categoria o Ministério Público, as defensorias públicas e os Tribunais de Contas;

II - **Órgãos autônomos:** segundo Hely Lopes Meirelles, os órgãos autônomos estão “localizados na cúpula da Administração, imediatamente abaixo dos órgãos independentes e diretamente subordinados a seus chefes. Possuem ampla autonomia administrativa, financeira e técnica, caracterizando-se como órgãos diretivos”. A título de exemplo, são considerados órgãos autônomos os Ministérios, as Secretarias estaduais e municipais e a Advocacia-Geral da União;

III - **Órgãos superiores:** são aqueles que têm poder de direção, controle e decisão, mas estão sujeitos à subordinação e ao controle hierárquico de níveis superiores de chefia. Não possuem autonomia administrativa e financeira. Incluem-se nessa categoria, dentre outros, as procuradorias, as coordenadorias e as inspetorias;

IV - **Órgãos subalternos:** são aqueles que possuem baixo poder decisório e cujas atribuições são de mera execução, a exemplo das seções de expediente, material, de portaria e de pessoal.

Quanto à estrutura, os órgãos podem ser: simples ou compostos.

Órgãos simples (ou unitários): são os constituídos por um único centro de competência, ou seja, sem subdivisões internas. Não é aquele que tem apenas um agente lotado, mas o que não possui outro órgão incrustado em sua estrutura. Assim, pode existir um órgão simples com diversos cargos e agentes;

Órgãos compostos: possuem em sua estrutura uma série de outros órgãos menores. É o caso, por exemplo, dos Ministérios ou de Secretarias de Estado, como uma Secretaria de Saúde, que tem em sua estrutura vários hospitais (outros órgãos).

Quanto à atuação funcional, os órgãos se classificam em: singulares ou colegiados.

Órgãos singulares (ou unipessoais): são aqueles que atuam e decidem por meio de um único agente, que reúne as qualidades de chefe e representante. Esses órgãos podem ter muitos outros agentes auxiliares, mas o que caracteriza sua unipessoalidade é o desempenho de sua função principal por um só agente investido como seu titular. O que ocorre, por exemplo, com a Presidência da República ou com as Governadorias dos Estados;

Órgãos colegiados (ou pluripessoais): são aqueles que atuam e decidem pela maioria da vontade de seus membros; como ocorre com as decisões proferidas pela composição plena dos Tribunais de Contas.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro propõe, ainda, a classificação dos órgãos públicos quanto à esfera de ação e quanto à composição.

Quanto à esfera de ação, os órgãos classificam-se em **centrais** (que exercem suas atribuições sobre todo o território nacional, estadual ou municipal, a exemplo dos Ministérios, Secretarias de Estado e Secretarias municipais, respectivamente) e **locais** (quando exercem suas atribuições apenas sobre parte do território, como as Delegacias Regionais da Receita Federal ou a Delegacia de Polícia de determinado município).

Quanto à composição, os órgãos públicos classificam-se em **singulares** (integrados por um único agente, como a Presidência da República e a Diretoria de uma escola) e **coletivos** (integrados por vários agentes, a exemplo de um Tribunal Tributário).

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, quanto às funções exercidas, os órgãos públicos classificam-se em:

- I – **Ativos:** aqueles que expressam decisões estatais para cumprimento dos fins públicos;
- II - **De controle:** são aqueles fiscalizam e controlam a atividade de outros órgãos;
- III – **Consultivos:** são os órgãos de aconselhamento;
- IV – **Verificadores:** são encarregados de perícias ou de conferências;
- V – **Contenciosos:** julgam situações controversas.

Autarquias

O Decreto-lei 200/1967, conceitua autarquia como “o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada” (art. 5.º, I).

São pessoas jurídicas, ou seja, possuem personalidade jurídica, distinta da do ente que a criou. Por isso, podem exercer direitos e contrair obrigações em nome próprio.

São, também, pessoas de “direito público”, porque se submetem a restrições e gozam de prerrogativas típicas do regime jurídico publicista.

Por conseguinte, elas somente podem ser criadas por lei específica, conforme previsto no art. 37, XIX, da CRFB.

Além disso, são pessoas administrativas, possuindo apenas capacidade de autoadministração. Nisso se diferenciam das pessoas jurídicas públicas políticas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), uma vez que, ao contrário destas, não possuem autonomia política, ou seja, não podem criar o próprio direito.

As autarquias são criadas para o desempenho de atividades típicas do poder público (**não podendo explorar atividade econômica**, por exemplo).

Devemos esclarecer que existe uma **relação de vinculação** entre as autarquias e as pessoas políticas que a criaram, daí não decorrendo qualquer relação de hierarquia ou subordinação entre a criatura e seu criador. Apesar disso, as autarquias se submetem a **controle finalístico** por parte do ente criador (tutela), exercido nos termos legais.

A própria denominação autarquia deixa entrever a autonomia de que goza a instituição, que não se subordina hierarquicamente a qualquer outra, apesar de se submeter ao controle do órgão competente da Administração Pública Direta, quanto aos aspectos finalísticos de sua atuação, de forma a evitar potenciais desvios.

Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista

A expressão **empresa estatal ou governamental tem caráter genérico**, sendo utilizada por parte da doutrina para designar todas as entidades, civis ou empresariais, controladas, direta ou indiretamente, pelo Poder Público. Portanto, o que caracteriza uma entidade como empresa estatal ou governamental é o fato de esta ser controlada pelo Estado.

Com efeito, incluem-se entre as empresas estatais as empresas públicas e as sociedades de economia mista, bem como qualquer outra entidade cuja maioria do capital votante pertença, direta ou indiretamente, à União, Estados, Distrito Federal ou Municípios. Em sentido contrário, não são consideradas como empresas estatais ou governamentais aquelas em que o Estado possui apenas pequena participação no capital social, não detendo efetivamente o seu controle.

Devemos registrar também que, das empresas estatais, apenas as empresas públicas e as sociedades de economia mista integram a chamada administração indireta. Em outras palavras, existem empresas controladas pelo Estado (consideradas empresas estatais) que não fazem parte da administração indireta.

Nesta aula estudaremos apenas as empresas públicas e as sociedades de economia mista. O estudo desses dois tipos de empresas governamentais devem ser feito de forma conjunta, o que se justifica

pelos numerosos aspectos comuns entre os respectivos regimes jurídicos (ex.: personalidade jurídica de direito privado, natureza das atividades desenvolvidas, sujeição ao controle estatal etc.). Não obstante, as notas distintivas que justificam a classificação das citadas entidades como realidades essencialmente diferentes serão também cuidadosamente apontadas.

Conceitos

Com o advento da Lei 13.303, de 30 de junho de 2016, “Lei de Responsabilidade das Estatais” ou “Lei das Estatais”, passamos a ter uma lei de caráter nacional estabelecendo o estatuto jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista.

Anteriormente, o estatuto era extraído principalmente do Decreto-lei 200/1967 (com as alterações introduzidas pelo Decreto-lei 900/1969), que, apesar de haver sido editado com o objetivo de dispor apenas sobre a Administração Pública federal, acabou por ter suas diretrizes utilizadas como baliza para todas as esferas da Federação, com as devidas adaptações.

Hoje em dia, indistintamente no âmbito de União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a empresa pública é legalmente conceituada como “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei e com patrimônio próprio, cujo capital social é integralmente detido pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios” (Lei 13.303/2016, art. 3º). Por sua vez, a Lei considera sociedade de economia mista “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou a entidade da administração indireta” (Lei 13.303/2016, art. 4º).

Ambas as sociedades:

- a) possuem **personalidade jurídica de direito privado** (como aliás decorre do art. 173, § 1º, II da CRFB/88);
- b) tem sua **criação autorizada pela lei** (o que também é previsto pelo art. 37, XIX da CRFB/88);
- c) **estão sob o controle do Poder Público.**
- d) **objetivo de explorar atividade econômica**, arts. 1º e 2º da Lei 13.303/2016.

Assim, podemos conceituar a **empresa pública** como a **pessoa jurídica de direito privado** integrante da Administração Pública Indireta de qualquer dos entes políticos, cuja criação é autorizada por lei específica, **constituída sob qualquer forma jurídica e com capital exclusivamente público**, destinando-se à exploração de atividade econômica.

Por sua vez, considera-se **sociedade de economia mista** a **pessoa jurídica de direito privado** integrante da Administração Pública Indireta de qualquer dos entes federados, cuja **criação é autorizada por lei específica, constituída sob a forma de sociedade anônima**, com a participação obrigatória de capital público e privado, cuja maioria das ações com direito a voto pertence à pessoa política instituidora ou a entidades integrantes da Administração Pública, destinando-se à exploração de atividade econômica.

A opção do ente público por criar uma empresa pública ou, alternativamente, constituir uma sociedade de economia mista depende da necessidade ou interesse da Administração de conjugar

ou não capital público com capital privado na exploração de atividade econômica ou na prestação de serviços públicos. Com efeito, caso o ente público faça a opção pela utilização de capital exclusivamente público, deverá constituir uma empresa pública. Podem ser apontadas como exemplo de empresas públicas federais as seguintes: o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), a Caixa Econômica Federal (CEF), a Casa da Moeda do Brasil, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, a Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (INFRAERO), a Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (EMBRAPA), o Serviço Federal de Processamento de Dados (SERPRO) etc.

De outro modo, se o ente público pretender dividir os custos de tal empreitada com particulares, optará pela criação de uma sociedade de economia mista, a exemplo do Banco do Brasil, do Banco do Nordeste do Brasil (BNB), do Instituto de Resseguros do Brasil, das Centrais Elétricas Brasileiras (ELETROBRAS), da PETROBRAS etc.

REFORMA ADMINISTRATIVA E TERCEIRO SETOR

Quanto às características das entidades que compõem o **Terceiro Setor**, a professora Maria Sylvia Z. Di Pietro¹⁴ observa que todas elas possuem os mesmos traços, quais sejam:

- a) **Não são criadas pelo Estado**, ainda que algumas delas tenham sido autorizadas por lei;
- b) Em regra, desempenham **atividade privada de interesse público** (serviços sociais não exclusivos do Estado);
- c) Recebem algum tipo de **incentivo do Poder Público**;
- d) Muitas possuem algum vínculo com o Poder Público e, por isso, são obrigadas a **prestar contas dos recursos públicos** à Administração Pública e ao Tribunal de Contas;
- e) Possuem **regime jurídico de direito privado**, porém **derrogado parcialmente por normas direito público**;
- f) **Integram o Terceiro Setor** porque não se enquadram inteiramente como entidades privadas e também porque não integram a Administração Pública Direta ou Indireta.

É importante destacar que o crescimento do terceiro setor está relacionado à aplicação do **princípio da subsidiariedade** (não confundir com especialidade¹⁵) no âmbito da Administração Pública. Pelo princípio da subsidiariedade, cabe primariamente aos indivíduos e às organizações civis o atendimento dos interesses individuais e coletivos; o Estado somente atua de forma supletiva (subsidiária) nas demandas que, pela sua própria natureza e complexidade, não puderem ser atendidas primariamente pela sociedade. Dessa forma, o limite de ação do Estado estaria na autossuficiência da sociedade.

¹⁴ Maria Silvia Zanella Di Pietro, Direito administrativo, p. 567.

¹⁵ O princípio da especialidade está relacionado à criação de entidades da Administração Indireta.

Organizações Sociais

As **organizações sociais**, também conhecidas pela sigla **OS**, não constituem uma nova categoria de pessoas jurídicas. Trata-se apenas de uma **qualificação** (um título jurídico) outorgada pelo poder público às **pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos**, que atendam os requisitos previstos na lei. Em razão da obtenção desse título de organização social, essas pessoas jurídicas se credenciam a firmar um **contrato de gestão** com o poder público e, a partir daí, **em regime de parceria**, passarem a prestar serviços sociais não exclusivos do Estado, nas áreas de **ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde**.

As organizações sociais que venham a celebrar contrato de gestão com o poder público não passam a integrar a estrutura da Administração Indireta. Tais entidades fazem parte do **setor público não estatal (Terceiro Setor)** e prestam **serviços sociais não exclusivos do setor estatal**, em regime de **parceria com o Estado**.

As organizações sociais foram mencionadas inicialmente no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, elaborado pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado (MARE) e aprovado pela Câmara da Reforma do Estado em 21.09.1995. Contudo, somente com a edição da Lei 9.637, de 15.05.1998, é que passaram a ser disciplinadas no âmbito federal.

Não obstante as organizações sociais terem sido idealizadas com o objetivo de **publicização** dos serviços não exclusivos do Estado, este necessariamente deve continuar fomentando as atividades publicizadas (absorvidas pelo setor público não estatal), bem como exercendo sobre as OS um controle estratégico, cobrando-lhes os resultados necessários à consecução dos objetivos traçados pelas políticas públicas.

Por fim, é importante ressaltar que **a Lei 9.637, de 15.05.1998, não é lei nacional, somente sendo aplicável no âmbito da Administração Pública Federal**. Os Estados, Distrito Federal e Municípios que quiserem qualificar entidades como organizações sociais deverão editar suas próprias leis disciplinando a matéria.

Requisitos para qualificação

No âmbito federal, a pessoa jurídica que deseje ser qualificada como organização social deve atender cumulativamente aos seguintes requisitos (Lei nº 9.637/1998, art. 1.º):

- a) ter **personalidade jurídica de direito privado**;
- b) **não** ter finalidade **lucrativa**;
- c) atuar em pelo menos uma das seguintes áreas: **ensino, saúde, cultura, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico ou proteção e preservação do meio ambiente**.

d) Como pessoas jurídicas de direito privado sem finalidade lucrativa, as organizações sociais deverão ser constituídas sob a forma jurídica de **associação civil** sem fins lucrativos ou **fundação privada**¹⁶, em conformidade com o que dispõe o Código Civil.

SERVIÇOS PÚBLICOS

Licitação

As disposições expressas nos arts. 10 a 13 da Lei nº 11.079/2004 contém regras específicas sobre a licitação destinada à contratação de parcerias público-privadas.

De acordo com a referida disciplina legal, a contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade da concorrência, ficando a abertura do processo licitatório condicionada ao preenchimento das seguintes formalidades (art. 10):

- a) autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico;
- b) elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada;
- c) declaração do ordenador da despesa de que as obrigações contraídas pela Administração Pública no decorrer do contrato são compatíveis com a lei de diretrizes orçamentárias e estão previstas na lei orçamentária anual;
- d) estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública;
- e) o objeto da parceria deve estar previsto no plano plurianual em vigor no âmbito onde o contrato será celebrado;
- f) a minuta do edital da licitação e do respectivo contrato de parceria deve ser submetida previamente à **consulta pública**, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos sete dias antes da data prevista para a publicação do edital;
- e
- g) licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento, na forma do regulamento, sempre que o objeto do contrato exigir.

¹⁶ Atenção para não confundir fundação privada (aquela instituída por pessoa privada) com a fundação governamental de direito privado (entidade instituída pelo Poder Público, que integra a Administração Indireta).

Além disso, as concessões patrocinadas em que mais de 70% da remuneração do parceiro privado for paga pela Administração Pública dependerão de autorização legislativa específica (art. 10, § 3º).

Uma vez cumpridos os pré-requisitos para a abertura do certame, será publicado o edital, que é o instrumento convocatório da licitação, contendo, como anexo, a minuta do futuro contrato a ser celebrado, podendo ainda prever (arts. 11, caput, e 12, IV):

- a) a exigência de garantia da proposta do licitante, até o limite de 1% do valor estimado do objeto da contratação;
- b) o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei 9.307, de 23.09.1996 (Lei de Arbitragem), para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato;
- c) a possibilidade de saneamento de falhas, de complementação de insuficiências ou ainda de correções de caráter formal no curso do procedimento, desde que o licitante possa satisfazer as exigências dentro do prazo fixado no instrumento convocatório.

O edital deverá especificar também, quando houver, as garantias da contraprestação do parceiro público a serem concedidas ao parceiro privado (art. 11, parágrafo único).

O julgamento da licitação poderá ser feito com base em um dos seguintes critérios (art. 12, II):

- a) o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado;
- b) o menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública;
- c) a melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica;
- d) a melhor proposta em razão da combinação do critério de menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública com o de melhor técnica, de acordo com os pesos estabelecidos no edital.

Atenção, pois o edital definirá a forma de apresentação das propostas econômicas dos licitantes, **admitindo-se** (art. 12, III):

- a) propostas escritas em envelopes lacrados; ou
- b) propostas escritas, seguidas de lances em viva voz.

Na hipótese de ser admitida a apresentação de propostas escritas, seguidas de lances em viva voz, deve-se atentar para os seguintes aspectos, estampados no art. 12, § 1º:

- a) os lances em viva voz serão sempre oferecidos na ordem inversa da classificação das propostas escritas, sendo vedado ao edital limitar a quantidade de lances;
- b) o edital poderá restringir a apresentação de lances em viva voz aos licitantes cuja proposta escrita for no máximo 20% maior que o valor da melhor proposta.

Outro ponto a ser destacado é a possibilidade de o edital prever a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento (art. 13), da mesma forma que ocorre na modalidade pregão. É dizer: ainda que a licitação para a contratação da parceria não possa ser feita sob a modalidade pregão (a modalidade obrigatória é a concorrência), admite-se que o edital respectivo preveja a inversão das fases de habilitação e julgamento.

Na hipótese de haver a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento será seguido o seguinte procedimento (art. 13):

- a) encerrada a fase de classificação das propostas ou o oferecimento de lances, será aberto o invólucro com os documentos de habilitação do
- b) licitante mais bem classificado, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital;
- c) verificado o atendimento das exigências do edital, o licitante será declarado vencedor;
- d) inabilitado o licitante melhor classificado, serão analisados os documentos habilitatórios do licitante com a proposta classificada em segundo lugar, e assim, sucessivamente, até que um licitante classificado atenda às condições fixadas no edital;
- e) proclamado o resultado final do certame, o objeto será adjudicado ao vencedor nas condições técnicas e econômicas por ele ofertadas.

Advento do termo contratual

Com o fim do prazo previsto no contrato, ocorre a **extinção natural da concessão**. Em outras palavras, o advento do termo contratual opera de pleno direito a extinção da concessão, não havendo necessidade de qualquer aviso ou notificação.

No caso de extinção da concessão em face do advento do termo contratual, a lei estabelece a obrigação do poder concedente, antecipando-se à extinção da concessão, proceder ao levantamento e avaliação dos montantes necessários à indenização que será devida à concessionária em face dos investimentos feitos em bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e a atualidade do serviço concedido (art. 35, § 4º).

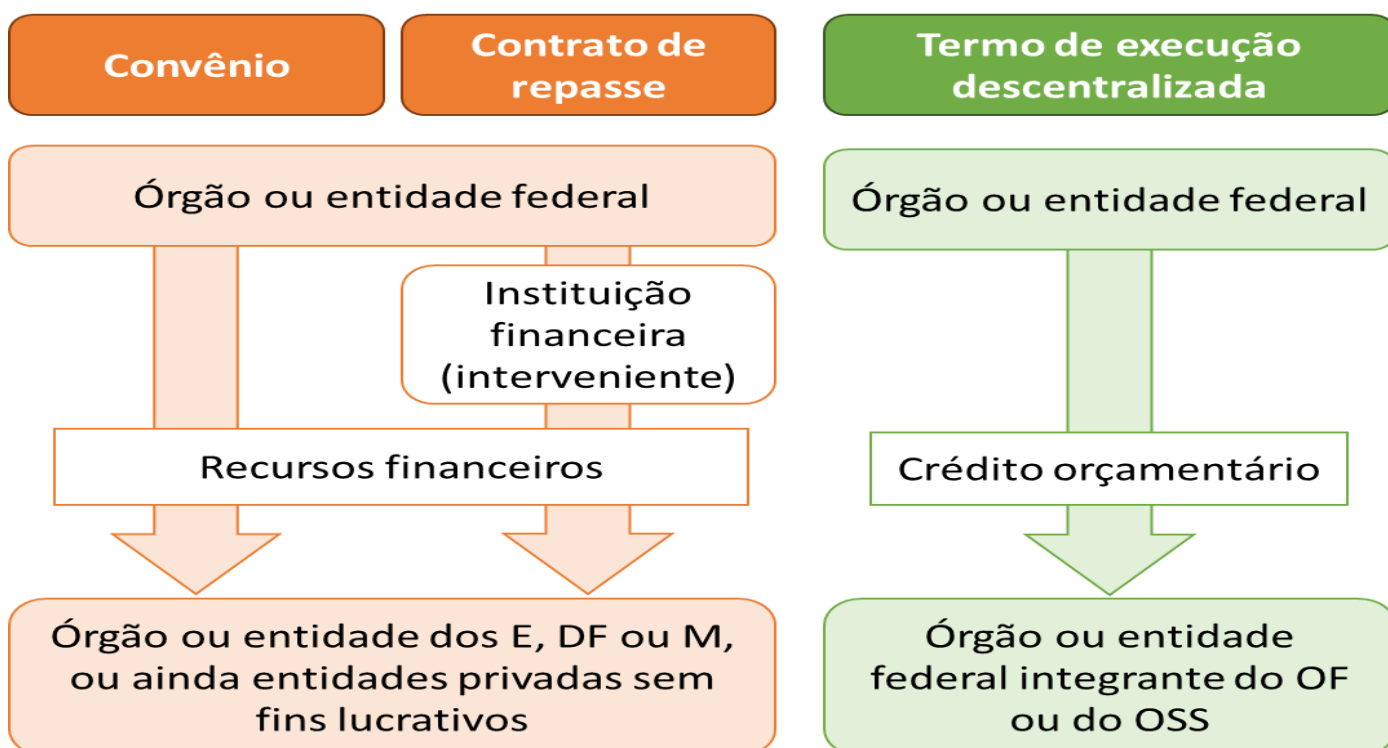
CONVÊNIOS

A diferença fundamental entre o **convênio** e o **contrato de repasse** é que este último depende da **intermediação de uma instituição ou agente financeiro público federal**. Portanto, o convênio se processa por meio da **transferência de recursos de uma dotação** prevista nos orçamentos fiscal – OF e da seguridade social – OSS, enquanto o contrato de repasse se efetiva pela transferência de **recursos financeiros por intermédio de instituição ou agente financeiro público federal**, que atua como mandatário da União.

Por exemplo: (i) **convênio**: a União poderia repassar, diretamente, recursos financeiros de uma dotação orçamentária para uma prefeitura municipal; (ii) **contrato de repasse**: a Caixa Econômica Federal (instituição financeira) pode firmar um contrato de repasse com uma prefeitura municipal para transferir recursos financeiros (dinheiro) para a construção de um hospital.

O **termo de execução descentralizada**, por sua vez, diferencia-se dos demais, pois envolve apenas órgãos ou entidades integrantes dos orçamentos fiscal e da seguridade social da União. Portanto, a descentralização de crédito ocorre **entre** órgãos e/ou entidades que integram aqueles orçamentos.

Não nos interessa aprofundar, em Direito Administrativo, os conceitos de descentralização de crédito e transferência de recursos. A diferença fundamental é que a descentralização de crédito é uma movimentação de orçamento, ou seja, é apenas uma transferência para executar o crédito previsto no orçamento, mantida fielmente a classificação funcional programática da despesa pública. Por outro lado, as transferências referem-se aos recursos financeiros. Em termos mais simples, a descentralização é apenas a movimentação da autorização prevista na lei orçamentária anual de um órgão para o outro, enquanto a transferência é a movimentação de recursos financeiros (dinheiro).



Partícipes

Após estudarmos os instrumentos de parceria, podemos analisar quem são os partícipes, ou seja, os atores envolvidos nos convênios, contratos de repasse e termos de execução descentralizada, vejamos!



NOVIDADE

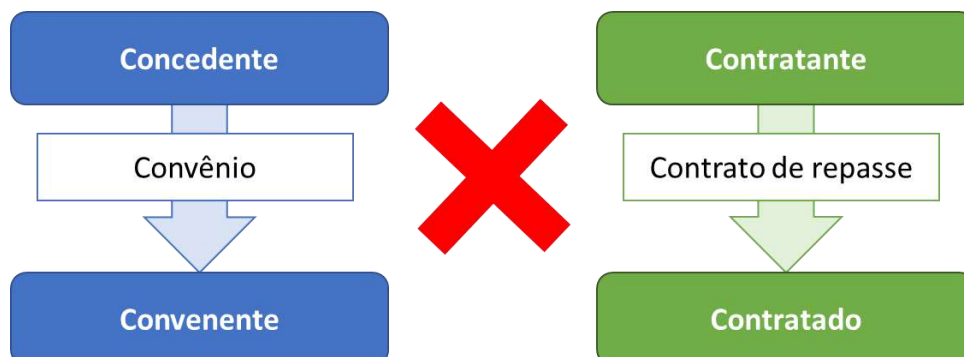
- ✓ concedente - órgão ou entidade da administração pública federal direta ou indireta, responsável pela transferência dos recursos financeiros destinados à execução do objeto do convênio;¹⁷
- ✓ contratante - órgão ou entidade da administração pública direta e indireta da União que pactua a execução de programa, projeto, atividade ou evento, por intermédio de instituição financeira federal (mandatária) mediante a celebração de contrato de repasse;
- ✓ convenente - órgão ou entidade da administração pública direta e indireta, de qualquer esfera de governo, bem como entidade privada sem fins lucrativos, com o qual a administração federal pactua a execução de programa, projeto/atividade ou evento mediante a celebração de convênio;
- ✓ contratado - órgão ou entidade da administração pública direta e indireta, de qualquer esfera de governo, bem como entidade privada sem fins lucrativos, com a qual a administração federal pactua a execução de contrato de repasse;
- ✓ interveniente - órgão da administração pública direta e indireta de qualquer esfera de governo, ou entidade privada que participa do convênio para manifestar consentimento ou assumir obrigações em nome próprio;

A diferença entre concedente e contratante é bem simples. **Concedente** é o órgão da administração pública federal direta ou indireta que transfere os recursos por meio de **convênio**; já o **contratante** é o órgão ou entidade da administração pública direta e indireta da União que pactua a execução de programa, projeto, atividade ou evento, mediante **contrato de repasse**, por intermédio de instituição financeira federal.

Por outro lado, o **convenente** é o órgão ou entidade da administração pública direta e indireta, de qualquer esfera de governo, bem como entidade privada sem fins lucrativos, com o qual a

¹⁷ Fique ligado, o Decreto 8.943/2016 estabeleceu um novo conceito de "concedente". Na redação anterior, o concedente era responsável pela transferência de recursos financeiros e pela descentralização de créditos. Hoje, no entanto, o conceito envolve apenas a **transferência de recursos financeiros**.

administração federal celebra o **convênio**; enquanto o **contratado** é aquele com o qual a administração federal pactua a execução de **contrato de repasse**.



PEGADINHA

A Portaria 424/2016 utiliza a expressão instrumentos para se referir genericamente aos convênios e aos contratos de repasse. Por isso, é muito comum que a Norma se refira também genericamente às expressões “concedente” e “conveniente” tanto para os convênios como para os contratos de repasse. Por isso, é possível que, na prova, tais termos também apareçam de forma genérica. Tome cuidado!

Quanto ao **interveniente**, não há muita dificuldade em compreender, pois o próprio nome diz. Trata-se de um terceiro que participa do convênio consentindo com aquilo que foi pactuado ou assumindo obrigações em nome próprio. O interveniente pode ser um órgão da administração pública direta e indireta de qualquer esfera de governo ou entidade privada.

Além disso, a legislação conceitua como **unidade descentralizadora** o órgão da administração pública federal direta, autarquia, fundação pública ou empresa estatal dependente detentora e descentralizadora da dotação orçamentária e dos recursos financeiros.

Por outro lado, entende-se como **unidade descentralizada** o órgão da administração pública federal direta, autarquia, fundação pública ou empresa estatal dependente recebedora da dotação orçamentária e recursos financeiros.

Portanto, essas duas últimas expressões são adotadas quando estamos tratando do termo de execução descentralizada. A unidade descentralizadora é quem **transfere** o crédito orçamentário, ao passo que a unidade descentralizada é quem **recebe** o crédito.

ATOS ADMINISTRATIVOS

Simple, complexo e composto

Quanto à formação de vontade, o ato administrativo pode ser simples, complexo e composto.

O **ato simples** é que aquele que resulta da manifestação de vontade de um único órgão, seja ele unipessoal ou colegiado. Não importa o número de agentes que participa do ato, mas sim que se trate de uma vontade unitária. Dessa forma, será ato administrativo simples tanto o despacho de um chefe de seção como a decisão de um conselho de contribuintes.

O **ato complexo**, por sua vez, é o que necessita da conjugação de vontade de dois ou mais diferentes órgãos ou autoridades. Apesar da conjugação de vontades, trata-se de ato **único**.

Dessa forma, o ato não será considerado perfeito com a manifestação da vontade de um único órgão ou agente. Por conseguinte, o ato também só poderá ser questionado judicialmente após a manifestação da vontade de todos os órgãos ou agentes competentes.

Também não se confunde ato complexo com processo administrativo. Este último é formado por um conjunto de atos que são coordenados e preordenados para um resultado final. Dessa forma, todos os atos intermediários desempenhados ao longo do procedimento podem ser impugnados autonomamente, ao passo que o ato complexo só será atacado como um ato, após a sua conclusão.

Por fim, o **ato composto** é aquele produzido pela manifestação de vontade de apenas um órgão da Administração, mas que depende de **outro ato** que o aprove para produzir seus efeitos jurídicos (condição de exequibilidade).

Assim, no ato composto teremos **dois atos**: o **principal e o acessório ou instrumental**. Essa é uma diferença importante, pois o ato complexo é um único ato, mas que depende da manifestação de vontade de mais de um órgão administrativo; enquanto o ato composto é formado por dois atos.

Cumprir frisar que o ato acessório pode ser **prévio** (funcionando como uma autorização) ou **posterior** (com a função de dar eficácia ou exequibilidade ao ato principal).

Convalidação

Quanto à existência de vício no ato administrativo, surge a discussão sobre a obrigatoriedade ou não de sua **anulação**.

Adotando uma visão mais rígida do princípio da legalidade, a doutrina majoritária defendia que todo ato administrativo viciado deveria ser considerado nulo, não havendo qualquer espaço, segundo essa corrente, para se tratar a anulação como uma faculdade do Poder Público. Tal doutrina, que em nosso ordenamento pátrio teve como seu grande expoente o Prof. Hely Lopes, é denominada **monista**, pois afirma que todo vício que contamina o ato administrativo é insanável determinando-lhe a nulidade.

Porém, o mundo fenomênico insistia em apresentar situações diante das quais a anulação de certo ato administrativo resultaria num prejuízo maior ao interesse público do que a sua manutenção.

Assim, paulatinamente foi ganhando relevo a doutrina que reconhece a possibilidade de “salvar” (convalidar) os atos administrativos que contenham vícios cuja correção (teoria sanatória) se mostre juridicamente viável.

Nesse contexto, podemos entender convalidação como a providência consistente em “purificar” o ato viciado, afastando o vício que o maculava e mantendo seus efeitos, inclusive aqueles gerados anteriormente à providência saneadora. Em termos mais técnicos, podemos afirmar que a convalidação gera efeitos *ex tunc*, uma vez que retroage à data da edição do ato original, mantendo-lhe todos os efeitos.

Admitida a convalidação, não poderia ser outro o raciocínio, pois, se apenas fossem garantidos ao ato os efeitos posteriores à providência sanatória (efeito *ex nunc*), a convalidação perderia sua razão de ser, equivalendo em tudo a uma anulação (apagando os efeitos pretéritos) seguida da edição de novo ato (que passaria a gerar seus tradicionais efeitos prospectivos).

A teoria que admite a existência de vícios sanáveis e insanáveis e, por conseguinte, de atos administrativos nulos e anuláveis é denominada **dualista**, justamente em virtude de tais dicotomias. Nesse ponto, Celso Antônio Bandeira de Mello classifica os atos inválidos como inexistentes, nulos ou anuláveis, sendo inviável a convalidação nos dois primeiros casos e possível no último. Dadas as idênticas consequências práticas da nulidade e da inexistência, a diferenciação perde relevo prático quanto ao aspecto ora estudado, de forma que o referido autor é também enquadrado na corrente dualista.

Entendemos que a adoção teoria **dualista** dota a Administração de uma maior gama de possibilidades de atuação legítima na busca da consecução do bem comum e, ao contrário do defendido pelos **monistas**, não constitui uma agressão ao princípio da legalidade. É que, conforme também assentado pelo mestre Celso Antônio Bandeira de Mello, “a convalidação é uma forma de recomposição de legalidade ferida.”

Tendo em vista a atual prevalência doutrinária e as nuances menos rígidas de seus contornos, a teoria dualista foi incorporada formalmente à legislação brasileira. Nesse sentido, o art. 55, da Lei nº 9.784/1999 expressamente atribui à Administração a possibilidade de convalidar os “atos que apresentarem defeitos sanáveis”, desde que a providência não acarrete “lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros”. Apesar de a regra ser destinada à aplicação no âmbito da União, o mesmo raciocínio tem sido encampado em todas as esferas, seja em virtude da existência de dispositivo semelhante nas leis locais, seja mediante analogia com a esfera federal, ou, ainda, com fundamento direto na citada prevalência doutrinária.

Nesse ponto, é fundamental esclarecermos que a jurisprudência tem entendido que mesmo o ato nulo pode, em certas circunstâncias, deixar de ter sua nulidade proclamada em virtude do princípio da segurança jurídica, que, numa de suas vertentes, tem sido entendido como princípio da proteção à confiança.

É que, como se sabe, os atos administrativos gozam de presunção de legalidade e veracidade. Apesar de tais atributos serem normalmente lembrados como geradores de vantagens para a atuação do Poder Público no mundo jurídico, eles também fundamentam uma proteção aos particulares que,

sabendo que a Administração somente pode agir se autorizada por lei e dentro dos limites da autorização, naturalmente e de boa-fé, depositam confiança na atuação estatal presumindo-a legal.

No mesmo contexto, é legítimo afirmar que o passar do tempo sem a adoção de medidas tendentes a anular o ato viciado aumenta a confiança nutrida pelo particular no sentido de que a administração agiu em consonância com o direito. Sendo assim, seria manifestamente desrespeitoso à segurança jurídica e à proteção à confiança, que o Poder Público mantivesse por tempo indeterminado a prerrogativa de, fundado no **poder de autotutela**, anular ato considerado viciado que tenha repercutido positivamente sobre o patrimônio jurídico do administrado.

Foi esse o raciocínio que presidiu a elaboração da regra constante do art. 54 da Lei do Processo Administrativo Federal (Lei nº 9.784/1999):

Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

De maneira tecnicamente correta, o legislador apontou a natureza do prazo extintivo como decadencial, tendo em vista estabelecer limite temporal para o exercício de um direito potestativo da administração (o de anular ato administrativo). Pela disciplina legal, para que a decadência se opere é necessária a conjunção dos seguintes fatores: *i*) a ilegalidade do ato; *ii*) a existência de efeitos favoráveis para os destinatários; e *iii*) a boa-fé dos beneficiários.

Há quem defenda que a aplicação do dispositivo configura verdadeira convalidação tácita ou involuntária, pois, diante da ausência de manifestação do Poder Público, o ato viciado será mantido no mundo jurídico. Não concordamos com essa tese, uma vez que é da natureza da convalidação a purificação do ato, corrigindo o vício que o contaminava, adequando-o ao direito. De maneira diferente, a manutenção do ato em virtude da regra ora estudada decorre de um juízo de ponderação entre o princípio da legalidade e o da segurança jurídica, do qual são corolários a proteção à boa-fé e à confiança que o administrado deposita no Poder Público. Assim, entendemos que o ato não é, a rigor, convalidado tacitamente, mas sim meramente **estabilizado pelo passar do tempo**.

Por fim, registramos que, de forma oposta ao disposto na disciplina normativa da convalidação (art. 55), o dispositivo ora estudado não contempla qualquer restrição de sua aplicabilidade em face da natureza sanável ou insanável dos vícios que contaminem os atos passíveis de estabilização. O silêncio do legislador pode ser considerado “eloquente”, não configurando uma omissão accidental, mas sim uma ausência de diferenciação com o objetivo de tratar de maneira idêntica todos os casos de ilegalidade. Assim, são passíveis de estabilização tanto os atos nulos quanto os anuláveis.

Apesar da amplitude da regra, o Supremo Tribunal Federal (MS 28.279/DF)¹⁸ entendeu que situações manifestamente inconstitucionais “não podem e não devem ser superadas pela simples incidência

¹⁸ O MS foi impetrado contra ato do Conselho Nacional de Justiça que anulou, mesmo depois de ultrapassado o prazo de 05 (cinco) anos, a efetivação como titular de serventia extrajudicial de pessoa que não havia se submetido a concurso público. Em face da notória agressão à CRFB, o STF denegou a segurança e manteve a decisão do CNJ. Do julgado, é possível extrairmos a conclusão que o vício de inconstitucionalidade jamais se estabiliza com o tempo, de forma que nesses casos a proclamação de nulidade poderá ser realizada a qualquer tempo.

do que dispõe o art. 54, da Lei nº 9.784/1999, sob pena de subversão das determinações inseridas na Constituição Federal”.

Dever ou faculdade?

Ao detectarmos a existência de um vício de natureza sanável em determinado ato administrativo, estaremos diante de um ato cuja convalidação é possível, o que nos leva à discussão sobre o caráter opcional ou obrigatório da adoção de tal providência.

Sobre a questão, destacamos a opinião do professor Celso Antônio Bandeira de Mello no sentido de que, diante de um ato administrativo contaminado com vício sanável, a Administração não teria qualquer margem de decisão, sendo obrigada a proceder à convalidação. A única exceção seria o caso de ato discricionário com vício de competência, uma vez que, se a autoridade competente não realizou a análise de conveniência e oportunidade quando da edição do ato, ela não estaria obrigada a convalidá-lo, podendo anulá-lo em face do vício apresentado. Já nos atos discricionários com vícios sanáveis não relativos ao requisito competência, a autoridade que tem atribuição para a análise de conveniência e oportunidade já o fez quando da edição do ato, de forma que não restaria margem para, no momento em que se cogita da convalidação, deixar de fazê-lo.

No que toca a atos vinculados, a convalidação, quando possível, seria sempre impositiva, pois, se estavam presentes os motivos que determinam sua prática, o ato teve que ser editado e deveria gerar seus regulares efeitos. Sendo possível corrigir eventual vício, essa providência não poderia ser negada, sob pena de potencialmente prejudicar interesse público ou de terceiros cujo atendimento dependa de tais efeitos, inclusive daqueles gerados anteriormente à convalidação.

Não obstante, a análise da matéria deve também ser feita sob as luzes de sua disciplina legal. Como paradigma, relembramos o art. 55, da Lei nº 9.784/1999. Nos termos legais, para chegar à decisão pela convalidação, a administração deve analisar se da providência poderá resultar lesão ao “interesse público”, expressão com nuances subjetivas, que acaba por conferir certa margem de discricionariedade para a autoridade administrativa competente. O caráter discricionário parece ser reforçado pelo fato de o dispositivo legal utilizar a expressão “poderão ser convalidados”, como consequência da citada decisão.

Assim, tem-se sustentado que, ao menos na esfera federal, a convalidação dos atos administrativos contaminados com vício sanável é sempre uma faculdade da Administração. Parte da doutrina inclusive tece elogios a essa disciplina legal, por sempre permitir à Administração avaliar o que se configura como mais consentâneo com interesse público, a anulação ou a convalidação do ato.

Não obstante, acreditamos que a prática demonstra a existência de diversas situações em que a convalidação se impõe como ato vinculado. É o que acontece, por exemplo, no caso de uma concessão de licença para construir que tenha sido emitida por autoridade incompetente. Se o particular cumpre os requisitos legais, não haverá qualquer margem de liberdade para a autoridade competente solucionar a pendência; ela deverá convalidar o ato.

Assim, ao que nos parece, a Lei nº 9.784/1999, ao falar que os atos com defeitos sanáveis poderão ser convalidados, não teve o objetivo de asseverar genericamente a discricionariedade no exercício da prerrogativa, mas sim o de sepultar as controvérsias sobre a possibilidade de convalidação,

deixando clara a adoção da teoria dualista no direito brasileiro, pois a antiga discussão doutrinária poderia ser resumida no seguinte questionamento: “**A Administração pode convalidar atos administrativos inválidos?**”. Aderindo à teoria **dualista**, o legislador federal adotou a seguinte resposta: “**Pode, desde que sejam sanáveis os vícios que contaminam o ato e que da convalidação não decorram lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros**”. O vocábulo “pode”, na resposta citada, não teve o objetivo de tornar o ato sempre discricionário, mas o de afirmar que a Administração detém a prerrogativa.

Pelo exposto, entendemos que são incorretas as mencionadas conclusões de Celso Antônio Bandeira de Mello no sentido de que a convalidação é ato vinculado, salvo no caso de vício de competência em ato discricionário. Contudo, tendo em vista o art. 55, da Lei nº 9.784/1999, transcrito anteriormente, nas eventuais questões de provas objetivas de concurso público cujo contexto seja restrito à disciplina legal da matéria na esfera federal, o posicionamento mais seguro a ser adotado é o que sustenta a natureza discricionária do ato de convalidação.

SERVIDORES PÚBLICOS

No âmbito do controle judicial, a jurisprudência pacífica do STJ é no sentido de que a decretação de nulidade no processo administrativo disciplinar depende da demonstração do efetivo prejuízo para as partes, à luz do princípio ***pas de nullité sans grief*** – não há nulidade sem prejuízo (MS 17.333/DF). Assim, eventuais falhas formais, que não tenham causado prejuízo à defesa, não resultarão em nulidade do PAD.

Seguindo essa linha, é firme a jurisprudência do STF (MS 22.888/PR) e do STJ (MS 16.815/DF) no sentido de que o excesso de prazo para conclusão do processo administrativo disciplinar não conduz à sua nulidade automática, devendo, para tanto, ser demonstrado o prejuízo para a defesa.

PROCESSO ADMINISTRATIVO

Oficialidade (obrigatoriedade de impulso oficial)

O princípio da oficialidade diz respeito à obrigação de a Administração, presente o interesse público, instaurar e dar andamento ao processo até sua regular conclusão, mesmo diante de eventual inércia dos particulares. Como observa a Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁹, esse princípio é mais amplo no processo administrativo do que no processo judicial. No processo judicial ele só é aplicado depois de instaurada a relação processual, quando então deverá o juiz movimentar o processo até a sua decisão final. No âmbito administrativo, segundo a professora, o princípio da oficialidade possibilita à Administração por sua iniciativa (*ex officio*):

1) instaurar o processo administrativo, independentemente de provocação do interessado;

¹⁹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Direito administrativo, p. 701.

- 2) impulsionar o processo, adotando as medidas necessárias a sua instrução; e
- 3) rever suas decisões.

O primeiro aspecto revela uma diferença entre o processo administrativo e o processo judicial. Enquanto este último só pode ser instaurado por provocação da parte, o **processo administrativo** pode ser iniciado de ofício ou a pedido do interessado (art. 5º).

Já o dever de a Administração Pública impulsionar o processo é previsão que objetiva satisfazer ao interesse público, não comportando exceções. A Lei nº 9.784/1999 estabelece que as atividades de instrução processual deverão ser realizadas de ofício ou mediante impulsão do órgão responsável pelo processo, sem prejuízo do direito dos interessados de propor atuações probatórias (art. 29).

A **possibilidade de a Administração** rever de ofício suas decisões é outra característica que diferencia o processo administrativo do judicial. No processo judicial, em regra, as decisões dos juízes só podem ser revistas quando a parte manejar algum recurso. No processo administrativo, a norma geral prescreve que o não conhecimento do recurso não impede a Administração de rever de ofício o ato ilegal, desde que não ocorrida preclusão administrativa (art. 63, § 2º). Trata-se da aplicação do poder de autotutela, reconhecido nas seguintes Súmulas do STF:

Súmula nº 473: “A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

Súmula nº 346: “A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos”.

Contudo, existem algumas limitações ao poder de autotutela. A primeira é que, embora os *processos* administrativos que resultem na *aplicação de sanções possam ser revistos a qualquer tempo*, a pedido ou de ofício, sempre que *surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada*, na hipótese de *revisão processual não poderá haver agravamento da sanção aplicada* (art. 65, parágrafo único).

A segunda limitação é que *o direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé* (art. 54). A lei considera, nesse caso, que, passado esse prazo, o interesse público na consolidação das situações jurídicas se sobrepõe à ilicitude do ato nulo. Nota-se que, nos termos da lei, o aludido *prazo é decadencial*, e não prescricional.

A terceira limitação prevista na lei ao poder de autotutela consiste no fato de que *a Administração somente poderá rever de ofício o ato ilegal quando não houver ocorrido a preclusão administrativa* (art. 63, § 2º). A preclusão é instituto de Direito Processual Civil, mas que tem aplicação no Direito Administrativo. A expressão preclusão administrativa, tecnicamente, consiste na perda de uma oportunidade processual. Assim, por exemplo, se o administrado não recorrer no prazo previsto na lei, não poderá fazê-lo mais adiante, em virtude da preclusão (perda) daquela faculdade processual. A previsão contida na lei merece maior reflexão. A doutrina majoritária sempre entendeu que a preclusão administrativa somente se aplicava contra o administrado, jamais contra a Administração. A razão principal para esse entendimento seria a prevalência do princípio do interesse público sobre o particular. A inovação trazida naquele dispositivo legal colocou mais nuvens sobre o assunto, uma

vez que não esclarece quais seriam as hipóteses em que haveria preclusão administrativa aplicável contra a Administração.

A quarta limitação ocorre no caso de a Administração *revogar seus próprios atos*, por motivo de conveniência ou oportunidade, hipótese em que *deverá respeitar os direitos adquiridos* (art. 53). Na revogação, o ato revogado era perfeito e válido, apenas passou a ser inconveniente ou inoportuno mantê-lo. Sendo assim, durante a sua existência, esteve apto a produzir efeitos e gerar a aquisição de direitos. Por isso, os efeitos da revogação iniciam-se a partir da edição do ato revogatório (*ex nunc*), respeitando-se todos os direitos adquiridos no passado.

Ainda como consequência do princípio da oficialidade, para Hely Lopes Meirelles,²⁰ *“a instância administrativa não perime”*, ou seja, não se finda em virtude da inércia da Administração, *“nem o processo administrativo se extingue pelo decurso de tempo, salvo expressa previsão legal”*.,

A revisão do processo administrativo

Após o julgamento do último recurso cabível, é proferida a decisão final da Administração sobre aquele assunto e o processo é encerrado. Ainda assim, se o processo tiver resultado na aplicação de sanções, poderá ser revisto, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, sempre que surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada (art. 65).

Contudo, na revisão do processo não poderá haver agravamento da sanção (art. 65, parágrafo único), ou seja, no julgamento do processo de revisão, diferentemente do julgamento do recurso, não poderá haver *reformatio in pejus*.

PODERES ADMINISTRATIVOS

Poder hierárquico

O poder hierárquico é aquele conferido à autoridade administrativa para **distribuir e escalonar funções de seus órgãos**, estabelecendo uma relação de **coordenação** e **subordinação** entre os servidores sob sua chefia.

A estrutura organizacional da Administração se baseia em dois pressupostos fundamentais: **distribuição de competências** e **hierarquia**.

Em razão da amplitude das competências e das responsabilidades da Administração, seria impossível que toda a função administrativa fosse desempenhada por um único órgão ou agente. Por isso, faz-se necessário distribuir essas competências e atribuições entre os vários órgãos e agentes que fazem parte da Administração.

Contudo, para que essa divisão de tarefas ocorra harmoniosamente, os **órgãos e agentes públicos são organizados em graus hierárquicos**, de forma que o agente que está no plano superior **emita**

²⁰ Hely Lopes Meirelles, Direito administrativo brasileiro, p. 722.

ordens e **fiscalize** a atuação dos seus subordinados. Essa relação de **subordinação** (hierarquia) acarreta algumas consequências, como o **dever de obediência** dos subordinados, a possibilidade de o superior **delegar ou avocar** atribuições e, também, a de **rever os atos** dos seus subordinados.

Ressaltamos que o dever de obediência do subordinado **não o obriga a cumprir as ordens manifestamente ilegais** (aquelas que ao senso comum se evidenciam contrárias à lei) **emanadas de seu superior hierárquico**. Além disso, o subordinado tem o **dever** funcional de representar contra o seu superior quando este agir com ilegalidade, omissão ou abuso de poder (art. 116, XII, da Lei 8.112/1990).

A **delegação** de atribuições, uma das manifestações do poder hierárquico, é o ato de conferir a outro servidor atribuições que, originalmente, eram de competência da autoridade delegante. De acordo com Hely Lopes Meirelles, a delegação de atribuições se submete a algumas regras, quais sejam:

- 1) Não é possível a delegação de atribuições de um Poder a outro, salvo quando expressamente autorizado pelo texto constitucional, o que ocorre, por exemplo, quando a Constituição Federal autoriza o Legislativo a delegar ao Chefe do Executivo a edição de lei, justamente por isso denominada “lei delegada” (ex.: CF, art. 68);
- 2) Não é possível a delegação de atos de natureza política (ex.: veto e sanção de lei);
- 3) Não podem ser delegadas atribuições que a lei fixar como exclusivas de determinada autoridade;
- 4) A delegação não pode ser recusada pelo subordinado;
- 5) As atribuições não podem ser subdelegadas sem a expressa autorização do delegante.

A Lei Federal 9.784/1999 (que trata do processo administrativo federal) estabeleceu as seguintes regras relativas à delegação de competência:

- 1) A competência é irrenunciável, mas pode ser delegada se não houver impedimento legal;
- 2) A delegação de competência é sempre parcial, uma vez que um órgão administrativo ou seu titular não poderão delegar todas as suas atribuições;
- 3) A delegação pode ser feita para órgãos ou agentes subordinados hierarquicamente (delegação vertical) e também para órgãos e agentes não subordinados hierarquicamente (delegação horizontal);
- 4) Não podem ser objeto de delegação:
 - a. a edição de atos de caráter normativo;
 - b. a decisão de recursos administrativos; e
 - c. as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade;
- 5) O ato de delegação e sua revogação deverão ser publicados no meio oficial;

- 6) O ato de delegação especificará as matérias e os poderes transferidos, os limites da atuação do delegado, a duração e os objetivos da delegação e o recurso cabível, podendo conter ressalva de exercício da atribuição delegada;
- 7) O ato de delegação é revogável a qualquer tempo pela autoridade delegante (transferência de atribuições não definitiva);
- 8) As decisões adotadas por delegação devem mencionar explicitamente esta qualidade e serão consideradas editadas pelo delegado.

A **avocação** é o procedimento inverso ao da delegação de competência; ocorre quando o **superior assume ou passa a desempenhar as atribuições que eram originalmente de seu subordinado**. Segundo a doutrina, a regra é a **possibilidade de avocação pelo superior de qualquer competência do subordinado, desde que a competência a ser avocada não seja privativa do órgão subordinado**.

A Lei 9.784/1999 estabelece que a avocação das competências do órgão inferior somente será permitida em **caráter excepcional e temporário**, devendo, para isso, haver motivos relevantes devidamente justificados. Tal imposição legal se explica pelo fato de que a avocação significa um desprestígio para o subordinado e, não raras vezes, desestabiliza o normal funcionamento do serviço.

Como consequência do poder hierárquico, o superior também pode **reverter** os atos dos seus subordinados, para **mantê-los, convalidá-los ou desfazê-los**, de ofício ou mediante provocação do interessado. A **convalidação** consiste em **suprir o defeito de um ato administrativo por meio de um segundo ato**, tornando válido o ato viciado. Já o **desfazimento** do ato administrativo pode ocorrer de duas maneiras:

- (a) por **revogação** (quando a manutenção do ato válido se tornar inconveniente ou inoportuna); ou
- (b) por **anulação** (quando o ato apresentar vícios).

Entretanto, o uso do poder hierárquico nem sempre possibilita a invalidação, pela autoridade superior, dos atos praticados por seus subordinados. Conforme lição da doutrina, **a revisão hierárquica somente é possível enquanto o ato não se tornou definitivo para a Administração ou não criou direito subjetivo para o particular**.

É preciso tomar cuidado para **não confundir “revisão” do ato administrativo com “reconsideração” desse mesmo ato**. A primeira expressão, como foi visto, é atinente à avaliação pela autoridade superior quanto à manutenção ou não de ato praticado por seu subordinado, cujo fundamento é o exercício do poder hierárquico. Na reconsideração, a apreciação quanto à manutenção do ato administrativo é feita pela própria autoridade que produziu o ato, não havendo, portanto, manifestação do poder hierárquico.

Deve ser ressaltado, também, que **a relação de hierarquia é peculiar à função administrativa, não existindo hierarquia entre os membros do Poder Legislativo e Judiciário no desempenho de suas funções típicas constitucionais** (funções institucionais). Contudo, deve ficar claro que os membros dos Poderes Judiciário e Legislativo também se submetem à relação de hierarquia quando se tratar do exercício de funções **atípicas** ou **administrativas**. Por exemplo, um juiz não está obrigado a adotar

o posicionamento do Presidente do Tribunal no julgamento de um processo de sua competência (exercício de função típica constitucional – função jurisdicional), mas está obrigado a cumprir ordens daquela autoridade quando versarem sobre o horário de funcionamento dos serviços administrativos da sua Vara.

Por fim, é importante **não confundir subordinação com vinculação administrativa**. A subordinação é uma decorrência do poder hierárquico e somente existe no âmbito da mesma pessoa jurídica, ou seja, verifica-se entre os órgãos e agentes de um mesmo ente. Já a vinculação é resultante do poder de supervisão ou de tutela que a Administração Direta exerce sobre as entidades da Administração Indireta.

Poder disciplinar

O poder disciplinar autoriza à Administração Pública a **apurar infrações e aplicar penalidades aos servidores públicos** e às demais **pessoas sujeitas à disciplina administrativa em razão de um vínculo específico**. Dessa forma, somente está sujeito ao poder disciplinar aquele que possui algum **vínculo específico** com a Administração, seja de natureza funcional ou contratual.

Quando há **vínculo funcional, o poder disciplinar é decorrência do poder hierárquico**. Em virtude da existência de distribuição escalonada dos órgãos e servidores de uma mesma pessoa jurídica, compete ao superior hierárquico dar ordens e exigir do seu subordinado o cumprimento destas. Caso o subordinado não atenda às determinações do seu superior ou descumpra o dever funcional, o seu chefe poderá (poder-dever) aplicar as sanções previstas no estatuto funcional.

Como ressaltado, o poder disciplinar também alcança particulares que possuam vínculo contratual com o Poder Público, como acontece com aqueles contratados para a prestação de serviços à Administração. Nesse caso, como não há relação de hierarquia entre o particular e a Administração, o fundamento para a aplicação direta de sanções é o princípio da **supremacia do interesse público sobre o particular**, e não o poder hierárquico. O mesmo raciocínio se aplica em relação aos estudantes de escolas públicas, os quais, por manterem um vínculo específico com a Administração, sujeitam-se também ao respectivo poder disciplinar.

O **poder disciplinar** não se confunde com o **poder de investigar e punir crimes e contravenções penais**. Enquanto o primeiro somente se aplica àqueles que possuem vínculo específico com a Administração (funcional ou contratual), o segundo é exercido sobre qualquer pessoa que viole as leis penais.



Como visto, o poder disciplinar da Administração é decorrência do poder hierárquico (se houver vínculo específico funcional) ou do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular (se houver vínculo específico com a Administração que não seja funcional).

O poder disciplinar não se confunde com o poder punitivo do Estado (jus puniendi), o qual se refere à possibilidade de o Poder Judiciário punir aqueles que praticaram crimes ou contravenções penais. Ademais, o poder punitivo do Estado pode atingir toda e qualquer pessoa, ao contrário do

poder disciplinar, que somente pode afetar àquelas pessoas ligadas à Administração por um vínculo específico

Do mesmo modo, **não devem ser confundidas as penalidades decorrentes do poder disciplinar com aquelas provenientes do exercício do poder de polícia**. Embora as sanções disciplinares e as sanções de polícia possuam natureza administrativa, estas são aplicadas a quaisquer pessoas que estejam colocando em risco ou causando transtornos à coletividade (aqui o vínculo entre Administração e administrado é geral), enquanto aquelas, nos termos anteriormente analisados, somente atingem os que possuem relação funcional ou contratual com a Administração.

É lição comum na doutrina que o poder disciplinar é exercido de forma **discricionária**. A afirmação deve ser analisada com bastante cuidado no que concerne ao seu alcance. Caso o indivíduo sob disciplina administrativa cometa infração, não restará qualquer opção ao gestor senão aplicar-lhe a penalidade legalmente prevista, ou seja, **a aplicação da pena é ato vinculado**. A discricionariedade, quando existente, é relativa à **gradação da penalidade** ou **à escolha entre as sanções legalmente cabíveis**, uma vez que no direito administrativo não predomina o princípio da pena específica (que corresponde à necessidade de prévia definição em lei da infração funcional e da exata sanção cabível).

A aplicação de qualquer penalidade requer um **procedimento administrativo** prévio, em que sejam assegurados ao interessado o **contraditório** e a **ampla defesa** (art. 5.º, LV, da Constituição Federal). Além disso, a pena aplicada deve estar devidamente **motivada** (art. 50, II, da Lei 9.784/1999). Caso esses aspectos não sejam observados, a punição poderá ser invalidada administrativa ou judicialmente.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Quanto aos juros de mora

Como o pagamento da indenização decorrente de responsabilidade civil não é feito imediatamente no momento do evento danoso, tampouco no momento da decisão que determina tal pagamento, os valores normalmente são acrescidos de **juros e correção monetária**, sendo necessário perquirir a partir de que data esses acréscimos devem ser computados.

A correção monetária consiste na atualização de um valor para evitar que este seja artificialmente diminuído pelo fenômeno inflacionário. A inflação depende de circunstâncias econômicas externas ao evento danoso e, quando presente, gera seus efeitos diuturnamente, de forma que, se imaginarmos que o fato ocorreu no dia 02.07.2009, gerando um dano de R\$ 10.000,00, no dia seguinte esse montante já terá sido atingido pelo fenômeno inflacionário, sendo necessário que a correção monetária o atualize a partir da data do efetivo prejuízo.

Nesse sentido, tratando-se de indenização por ato ilícito, nossa Corte Cidadã editou a Súmula nº 43, cujo teor é o seguinte:

Súmula nº 43: *Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo.*

Contudo, quando se trata de indenização por dano moral, o raciocínio há de ser diferente, uma vez que, no momento da sentença, o juiz arbitra o valor atual do dano, de forma que somente a partir desse dia (data do arbitramento) o quantum da indenização começa a ser corroído pelo fenômeno inflacionário e, por conseguinte, deve ser objeto de correção monetária.

O entendimento é pacífico no âmbito do STJ e encontra-se cristalizado na Súmula 362, cujo teor transcrevo abaixo:

Súmula 362: A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento.

Os **juros** consistem na remuneração a ser paga pelo uso do capital alheio. Esse conceito pode ser aplicado tanto no caso de juros compensatórios quanto no de moratórios. Na hipótese de um empréstimo em dinheiro (contrato de mútuo), por exemplo, o devedor pagará **juros remuneratórios** pelo uso do capital que lhe foi emprestado. Já no caso de retardamento no cumprimento da obrigação, durante o período de atraso (mora), o devedor desfruta da situação de ainda não ter entregado o que é devido ao credor, devendo arcar com **juros de mora** pelo uso do que não foi entregue.

Nos casos de responsabilidade civil, a partir do momento em que determinada pessoa tem seu patrimônio reduzido por ato de terceiro, pode-se afirmar que este é devedor de um determinado montante ao prejudicado. À semelhança do que se explanou no que concerne à incidência da correção monetária, podemos afirmar que, no dia seguinte ao do evento danoso, o responsável já deve arcar com os juros, pois, se desde a véspera ele é devedor de uma indenização, não tendo indenizado, ele faz uso do dinheiro alheio, tornando-se devedor de juros moratórios.

Nesse sentido, o STJ editou a Súmula 54, abaixo transcrita:

Súmula 54: Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.

No entanto, para o STJ, no **caso de responsabilidade contratual, diferentemente da responsabilidade extracontratual, os juros de mora fluem a partir da citação**. A título de exemplo, a responsabilidade civil da empresa de transporte coletivo em relação ao dano sofrido por passageiro é de natureza objetiva e contratual. Assim, na hipótese de o passageiro sofrer algum dano, os juros de mora passam a fluir a partir da citação da empresa ré, não se aplicando nesse caso a Súmula 54 do STJ, por não se tratar de responsabilidade extracontratual, como se observa no seguinte excerto de jurisprudência:

[...] 3. Cuida-se, na hipótese, de passageiro de ônibus, havendo, portanto, responsabilidade objetiva e contratual da empresa de transportes. A orientação desta Corte é no sentido de que em tal circunstância os juros moratórios correm a partir da citação. Inaplicável, in casu, a Súmula 54/STJ, por não se tratar de responsabilidade extracontratual (REsp 726.939/RJ, Rel. Min. Jorge Scartezini, 4ª Turma, j. 24.05.2005, DJ 1º.07.2005, p. 559).



Se for julgado procedente um pedido de indenização e o réu for condenado ao pagamento de danos morais, a correção monetária deve ser fixada a partir da prolação da decisão que fixou o quantum indenizatório, e os juros moratórios devem incidir a partir do evento danoso.

A da Súmula STJ 362, estabelece a data do arbitramento (fixação do quantum indenizatório) como termo inicial da correção monetária, e a Súmula STJ 54 estabelece a fluência de juros moratórios a partir do evento danoso.

Segundo o STJ, no caso de responsabilidade contratual, os juros moratórios incidem a partir da citação, enquanto na responsabilidade extracontratual os juros moratórios incidem a partir do evento danoso.

Por força dos Decretos 20.910, de 1932, e 4.597, de 1942, é de **cinco anos** o prazo prescricional das ações contra a Fazenda Pública (pessoas jurídicas de Direito Público).

Com o advento do art. 1º-C da Lei 9.494, de 1997, com redação dada pela MP 2.180, de 2001, o prazo de cinco anos foi estendido também às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.

O **prazo** para a propositura da ação de indenização contra o Estado começa a fluir a partir da **data do ato ou do fato** que deu origem ao dano, conforme previsto no art. 1º do Decreto 20.910, de 1932. Contudo, **excepcionalmente**, caso o evento danoso resulte em invalidez ou incapacidade para o particular, o termo inicial (termo a quo) para a contagem do prazo prescricional não é a data do acidente, mas **aquela em que a vítima teve ciência inequívoca de sua invalidez e da extensão de sua incapacidade**.

Contudo, **quando a ação de indenização decorre de dano gerado por ilícito penal praticado por agente do Estado, o prazo prescricional somente tem início a partir do trânsito em julgado da ação penal condenatória** (REsp 435.266/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, j. 17.06.2004, DJ 13.09.2004, p. 197).

Responsabilidade objetiva do Estado

Conforme visto, a responsabilidade objetiva do Estado vem consagrada no art. 37, § 6º, da CRFB, nos seguintes termos:

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Recapitulando o que já foi dito, para que haja **responsabilidade civil objetiva do Estado** é necessário que coexistam três elementos: **conduta oficial** (ação administrativa), **dano** (material, moral ou estético) e **nexo causal** (comprovação de que o dano foi causado pela conduta oficial). A teoria da responsabilidade objetiva do Estado adotada no ordenamento jurídico brasileiro, como regra, insere-se na modalidade **do risco administrativo**, ou seja, a responsabilidade é objetiva, mas o Estado pode deixar de responder ou ter a responsabilidade diminuída se estiverem presentes as **excludentes ou atenuantes da responsabilidade: força maior, caso fortuito, culpa de terceiro ou culpa da vítima**.

Além do exposto anteriormente, merecem ser destacados os seguintes aspectos acerca da responsabilidade civil objetiva do Estado:

(1º) O fundamento justificador da responsabilidade objetiva do Estado é o princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais.

Segundo a Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro,²¹ a responsabilidade objetiva do Estado baseia-se no princípio da igualdade de todos perante os encargos sociais e encontra suas raízes na Declaração de Direitos do Homem, de 1789. Nas palavras da ilustre professora, “o princípio significa que, assim como os benefícios decorrentes da atuação estatal repartem-se por todos, também os prejuízos sofridos por alguns membros da sociedade devem ser repartidos. Quando uma pessoa sofre um ônus maior do que o suportado pelas demais, rompe-se o equilíbrio que necessariamente deve haver entre os encargos sociais; para restabelecer esse equilíbrio, o Estado deve indenizar o prejudicado, utilizando recursos do erário”.²²

A título de exemplo, imaginemos a hipótese em que o poder público municipal construa um viaduto e essa obra prejudique o acesso de carros a um posto de gasolina. Nesse caso, toda a comunidade será beneficiada, pois o trânsito de veículos ficará mais rápido. Contudo, o mesmo não pode ser dito em relação ao proprietário do posto de gasolina, que terá de encerrar suas atividades e demitir seus funcionários. Assim, para que o dono do posto de gasolina não sofra um ônus maior que o suportado pelas demais pessoas, é que o Estado se obriga a indenizá-lo, restabelecendo o equilíbrio.

O STF, em alguns de seus julgados, faz referência expressa ao mencionado princípio, conforme pode se ver no seguinte excerto (grifei):

A responsabilidade civil do Estado, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, que admite pesquisa em torno da culpa do particular, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade estatal, ocorre, em síntese, diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexos causal entre o dano e a ação administrativa. A consideração no sentido da licitude da ação administrativa é irrelevante, pois o que interessa é isto: sofrendo o particular um prejuízo, em razão da atuação estatal, regular ou irregular, no interesse da coletividade, é devida a indenização, que se assenta no **princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais** (RE 113.587, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 18.02.1992, DJ 03.03.1992).

(2º) A responsabilidade objetiva do Estado abrange os danos resultantes de atos lícitos (regulares ou legais) e ilícitos (irregulares ou ilegais).

Justamente em função do princípio de que os ônus e encargos sociais devem ser repartidos igualmente por todos é que o Estado também indeniza os danos decorrentes de atos lícitos. No exemplo anterior, pode-se dizer que a construção do viaduto foi um ato lícito, mas, como provocou dano a terceiro, gerou a obrigação do Estado de indenizá-lo.

Portanto, **para efeito da responsabilidade civil objetiva do Estado, não importa se a conduta do agente público foi lícita ou ilícita, basta apenas que esta provoque um dano a uma terceira pessoa, hipótese em que o Estado será responsabilizado.**

²¹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Direito administrativo, p. 719.

²² Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Direito administrativo, p. 719.

Questão interessante é saber se é aplicável a teoria da responsabilidade objetiva do Estado quando a vítima também for pessoa jurídica de direito público. Nesse ponto, é conveniente recordarmos que a redação do art. 37, § 6º, da CRFB não faz distinção quanto a quem será indenizado, referindo-se apenas ao dano causado a terceiros, sem exigir qualquer característica especial do “terceiro” que, por conseguinte, pode ser qualquer pessoa, física ou jurídica, pública ou privada.

Assim, é possível responsabilizar objetivamente a União quando algum de seus agentes causar dano a um Município, ou vice-versa, ou mesmo quando autor e vítima são agentes públicos, como no caso objeto do seguinte julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal:

Constitucional. Administrativo. Acidente de trânsito. Agente e vítima: servidores públicos. Responsabilidade objetiva do Estado: CF, art. 37, § 6º. O entendimento do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que descabe ao intérprete fazer distinções quanto ao vocábulo “terceiro” contido no § 6º do art. 37 da Constituição Federal, devendo o Estado responder pelos danos causados por seus agentes qualquer que seja a vítima, servidor público ou não (AI 473.381-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 20.09.2005, DJ 28.10.2005).

Não devemos esquecer, contudo, que, tendo em vista a teoria do órgão, segundo a qual os órgãos são desprovidos de vontade, não exercendo direitos nem contraindo obrigações em nome próprio, mas sim em nome das pessoas que integram, **não há que se cogitar de surgimento do dever de indenizar entre órgãos da mesma pessoa jurídica. A título de exemplo**, se um veículo a serviço da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo derruba o muro de uma escola pública ligada à Secretaria do mesmo Estado, não há responsabilização civil objetiva da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, pois, se imaginássemos uma indenização, confundir-se-iam na mesma pessoa (Estado de São Paulo) credor e devedor, o que configuraria um absurdo perante os ditames da lógica (registramos que em direito civil estuda-se a confusão como forma de extinção das obrigações, o que ocorre quando se reúnem na mesma pessoa a figura do credor e a do devedor – no caso proposto, a obrigação nem chega a existir).

(3º) É polêmica a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva nos casos de omissões danosas do Poder Público.

Existem controvérsias a respeito da aplicação ou não da responsabilidade objetiva decorrente de atos omissivos do Poder Público. Segundo alguns, a regra da responsabilidade objetiva, prevista no art. 37, § 6º, da CRFB, aplica-se tanto aos atos comissivos quanto aos atos omissivos do Estado; segundo outros, a responsabilidade objetiva deve ser empregada somente para os atos comissivos, enquanto para os atos omissivos o adequado seria a utilização da teoria da responsabilidade subjetiva, na modalidade culpa do serviço público. Na realidade, a diferença entre as duas teorias tem relevância apenas acadêmica, já que do ponto de vista prático ambas geram o dever de indenizar por parte do Estado. Mesmo em relação ao ônus da prova, a adoção da teoria da responsabilidade subjetiva, na modalidade culpa do serviço público, no caso dos atos omissivos, não traz qualquer prejuízo para o terceiro prejudicado, já que o elemento subjetivo “culpa” ou “dolo” é presumido da ausência ou mal funcionamento do serviço, sendo suficiente para gerar a responsabilização estatal a simples demonstração do nexo causal entre a conduta omissiva e o dano existente.

Registramos que a controvérsia anterior também está presente na jurisprudência do STF e do STJ. Em alguns julgados dessas Cortes, observa-se a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva para

os atos omissivos do Estado; em outros, a responsabilização pelas omissões danosas do Poder Público têm sido fundamentadas na teoria da responsabilidade subjetiva, na modalidade culpa do serviço público (culpa anônima).

(4º) Para que o Estado possa ser responsabilizado é necessário que o agente público aja nessa condição, caso contrário, não haverá nexos causal entre a função pública e o dano gerado pelo agente, de forma a não existir responsabilidade estatal.

O agente público causador do dano pode ser tanto um servidor público quanto um empregado público ou mesmo um funcionário de uma pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público (a definição de agente público é mais ampla que a de servidor público). No entanto, para que incidam as regras da responsabilidade objetiva é necessário que o agente público aja nessa qualidade, senão inexistirá nexos causal entre a conduta do Estado (manifestada por seu agente) e o dano provocado a terceiro.

Quando se fala em agir na qualidade de agente público, não significa que o agente esteja em seu horário de serviço, mas é suficiente que **aparente ou demonstre estar agindo naquela condição**, conforme mostra o seguinte excerto de julgado do STF:

Agressão praticada por soldado, com a utilização de arma da corporação militar: incidência da responsabilidade objetiva do Estado, mesmo porque, não obstante fora do serviço, foi na condição de policial militar que o soldado foi corrigir as pessoas. O que deve ficar assentado é que o preceito inscrito no art. 37, § 6º, da CF não exige que o agente público tenha agido no exercício de suas funções, mas na qualidade de agente público (RE 160.401, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 20.04.1999, DJ 04.06.1999).

Em outro acórdão, o STF manifestou o mesmo entendimento em um caso em que o servidor, mesmo não estando em serviço, provocou um acidente com um carro oficial, ou seja, como ele estava utilizando um veículo oficial, aparentemente ele estava agindo no exercício de suas funções.

Assim, em razão de parecer agir oficialmente, houve a responsabilização objetiva do Estado (RE 294.440-AgR, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 14.05.2002, DJ 02.08.2002).

Situação diversa ocorre quando a atuação do causador do dano é independente da sua condição de agente público. Como exemplo, vale a pena citar o entendimento manifestado pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário 363.423/SP (Rel. Min. Carlos Brito, 16.11.2004), no qual o Tribunal considerou não existir a obrigação do Estado de indenizar vítima de disparo de arma de fogo, pertencente à corporação, utilizada por policial que não agiu no exercício de suas funções, tendo atuado movido por sentimento pessoal, decorrente do relacionamento amoroso que mantinha com a vítima. Nesse mesmo julgamento, o Tribunal afastou a tese de que o Estado seria culpado por falhar no dever de fiscalizar seu servidor (culpa *in vigilando*) e no mecanismo de selecionar tal servidor (culpa *in eligendo*).



Foi inspirado nesse julgado que o CEBRASPE considerou correta a seguinte assertiva, constante da prova do concurso para provimento de cargos de Procurador do Estado da Paraíba, realizado em 2008: “Um policial militar do Estado da Paraíba, durante o período de folga, em sua residência, teve um desentendimento com sua companheira e lhe desferiu um tiro com uma arma pertencente à corporação. Considerando o ato hipotético praticado pelo referido policial, é correto afirmar que não há responsabilidade civil do Estado, visto que o dano foi causado por policial fora de suas funções públicas”.

5º) A responsabilidade objetiva é o regime aplicado aos atos dos agentes de pessoas jurídicas de direito público (União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias e fundações públicas de direito público) e de direito privado prestadoras de serviço público (empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas de direito privado, permissionárias, concessionárias ou autorizadas).

A responsabilidade objetiva do Estado é aplicada, sem ressalvas, aos danos provocados por agentes de pessoas jurídicas de direito público, que agirem nessa condição. O prejudicado, para obter a indenização, deverá provar apenas a existência dos seguintes elementos: ação, dano e nexo causal.

Em relação aos agentes das pessoas jurídicas de direito privado, deve ser ressalvado que somente haverá responsabilidade objetiva se esta for prestadora de serviços públicos. Não sendo prestadora de serviço público, a responsabilidade é subjetiva. Por exemplo, no caso da PETROBRAS, sociedade de economia mista que desempenha atividade econômica (não é prestadora de serviço público), se algum de seus empregados causar dano a terceiros, incidirá a regra da responsabilidade subjetiva, ou seja, para obter a indenização, o prejudicado deverá demonstrar a conduta culposa ou dolosa do responsável causador do dano.

(6º) No caso de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, a responsabilidade objetiva é aplicada tanto em relação aos danos causados aos usuários quanto àqueles causados aos não usuários do serviço.

Em relação à responsabilidade civil resultante de danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, a posição mais antiga do STF fazia a distinção entre usuários e não usuários dos serviços públicos. Entendia-se à época que para os danos causados aos primeiros a responsabilidade da pessoa jurídica prestadora de serviço público seria objetiva, enquanto para os últimos teríamos a responsabilidade subjetiva, dependendo da prova do dolo ou culpa do agente causador.

O assunto, no entanto, foi objeto de julgamento com repercussão geral no STF (RE 591.874/MS), que, revendo o posicionamento adotado anteriormente no RE 262.651/SP, passou a **aplicar a responsabilidade objetiva das empresas que prestam serviços públicos tanto para os danos causados aos usuários como para aqueles que atingissem os não usuários dos serviços**, sem fazer qualquer distinção. O argumento utilizado pelo STF para rever seu posicionamento se baseou na simples constatação de que o art. 37, § 6º, da CRFB (que prevê a responsabilidade civil objetiva das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos) não fazia qualquer distinção entre o tipo de pessoa lesada pelo dano.

A título de exemplo, seguindo a atual orientação do STF, pode-se imaginar a situação em que um ônibus pertencente a uma empresa concessionária de serviço público de transporte coletivo abalroa um veículo de um particular. Em relação aos danos provocados ao particular, que é não usuário do serviço, a concessionária responde objetivamente, ou seja, a vítima para receber a indenização tem que demonstrar apenas o nexo causal entre a conduta do motorista do ônibus e o dano sofrido, não necessitando mais provar a culpa (imprudência, imperícia ou negligência) ou dolo do agente causador. Do mesmo modo, se no acidente algum passageiro (usuário do serviço) ficar ferido, a empresa concessionária responderá perante este de forma objetiva, sem haver também necessidade de prova da culpa ou dolo do motorista do ônibus.

Encampação (ou resgate)

A **encampação**, também conhecida por **resgate**, consiste na **extinção da concessão em face da retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivos de interesse público**. Conforme salienta José dos Santos Carvalho Filho, “nessa modalidade extintiva, **não há qualquer inadimplência por parte do concessionário**; há, isto sim, o **interesse da Administração em retomar o serviço**”²³ (grifo nosso).

Trata-se de uma prerrogativa do Poder Público de extinguir unilateralmente o contrato administrativo. A encampação pressupõe a existência de três requisitos: 1º) interesse público; 2º) lei que autorize especificamente a encampação; e 3º) pagamento de indenização prévia ao concessionário referente aos bens reversíveis empregados na execução do serviço, ainda não amortizados ou depreciados.

A lei **não** prevê, mesmo na hipótese de extinção da concessão por encampação, a possibilidade de indenização da concessionária por **lucros cessantes** (a indenização pelo lucro que a concessionária teria caso continuasse a executar o contrato até o termo final).

DESAPROPRIAÇÃO

Desapropriação para fins de reforma agrária

A desapropriação para fins de reforma agrária possui previsão constitucional:

Artigo 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

§ 1º As benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro.

§ 2º O decreto que declarar o imóvel como de interesse social, para fins de reforma agrária, autoriza a União a propor a ação de desapropriação.

²³ José dos Santos Carvalho Filho, Manual de direito administrativo, p. 414.

§ 3º Cabe à lei complementar estabelecer procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo judicial de desapropriação.

§ 4º O orçamento fixará anualmente o volume total de títulos da dívida agrária, assim como o montante de recursos para atender ao programa de reforma agrária no exercício.

§ 5º São isentas de impostos federais, estaduais e municipais as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária.

Artigo 185. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:

I - a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra;

II - a propriedade produtiva.

Parágrafo único. A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos a sua função social.

Artigo 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Assim, o imóvel que poderá sofrer a desapropriação para fins de reforma agrária será apenas aquele imóvel rural que não atende à sua função social, sendo certo que o objetivo da reforma agrária é exatamente dar função social a este bem.

Conclui-se, portanto, que o imóvel rural **produtivo** não será **desapropriado para fins de reforma agrária** porque ele já cumpre sua função social.

Ressalte-se que a Lei 8.629/93 estabelece como obrigatória a manutenção no Sistema Nacional de Cadastro Rural (SNCR) de informações específicas sobre imóveis rurais com área de até um módulo fiscal.

Legitimidade

De acordo com o artigo 2º, da LC 76/93, a competência para propor a Desapropriação para fins de reforma agrária é privativa/exclusiva da União Federal, sendo proposta pelo órgão executor (INCRA) perante a Justiça Federal.

Art. 2º A desapropriação de que trata esta lei Complementar é de competência privativa da União e será precedida de decreto declarando o imóvel de interesse social, para fins de reforma agrária.

§ 1º A ação de desapropriação, proposta pelo órgão federal executor da reforma agrária, será processada e julgada pelo juiz federal competente, inclusive durante as férias forenses.

§ 2º Declarado o interesse social, para fins de reforma agrária, fica o expropriante legitimado a promover a vistoria e a avaliação do imóvel, inclusive com o auxílio de força policial, mediante prévia autorização do juiz, responsabilizando-se por eventuais perdas e danos que seus agentes vierem a causar, sem prejuízo das sanções penais cabíveis.

Art. 3º A ação de desapropriação deverá ser proposta dentro do prazo de dois anos, contado da publicação do decreto declaratório.

Quanto à competência, tem-se:

I. Desapropriação por interesse social – Não é exclusivo da União (também os Estados, DF e Municípios podem fazê-lo);

II. Desapropriação de Imóvel Rural – Não é exclusivo da União (também os Estados, DF e Municípios podem fazê-lo);

III. Desapropriação por interesse social de imóvel rural – Não é exclusivo da União (também os Estados, DF e Municípios podem fazê-lo);

IV. Desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária – Regra Geral – Apenas a União (Exclusivo/Privativo);

Desapropriação por utilidade pública ou interesse social

A desapropriação por utilidade pública está prevista no Decreto-Lei nº 3.365/1941 e será cabível, nos termos do artigo 5º:

Art. 5º Consideram-se casos de utilidade pública:

a) a segurança nacional;

b) a defesa do Estado;

c) o socorro público em caso de calamidade;

d) a salubridade pública;

e) a criação e melhoramento de centros de população, seu abastecimento regular de meios de subsistência;

f) o aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica;

g) a assistência pública, as obras de higiene e decoração, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais;

l) a abertura, conservação e melhoramento de vias ou logradouros públicos; a execução de planos de urbanização; o parcelamento do solo, com ou sem edificação, para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética; a construção ou ampliação de distritos industriais;

j) o funcionamento dos meios de transporte coletivo;

k) a preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais, bem como as medidas necessárias a manter-lhes e realçar-lhes os aspectos mais valiosos ou característicos e, ainda, a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza;

l) a preservação e a conservação adequada de arquivos, documentos e outros bens moveis de valor histórico ou artístico;

m) a construção de edifícios públicos, monumentos comemorativos e cemitérios;

n) a criação de estádios, aeródromos ou campos de pouso para aeronaves;

o) a reedição ou divulgação de obra ou invento de natureza científica, artística ou literária;

p) os demais casos previstos por leis especiais.

§ 1º - A construção ou ampliação de distritos industriais, de que trata a alínea i do caput deste artigo, inclui o loteamento das áreas necessárias à instalação de indústrias e atividades correlatas, bem como a revenda ou locação dos respectivos lotes a empresas previamente qualificadas.

§ 2º - A efetivação da desapropriação para fins de criação ou ampliação de distritos industriais depende de aprovação, prévia e expressa, pelo Poder Público competente, do respectivo projeto de implantação".

§ 3º Ao imóvel desapropriado para implantação de parcelamento popular, destinado às classes de menor renda, não se dará outra utilização nem haverá retrocessão.

Já a desapropriação por interesse social será cabível, nos termos da Lei nº 4.132/1962, artigo 2º:

Art. 2º Considera-se de interesse social:

I - o aproveitamento de todo bem improdutivo ou explorado sem correspondência com as necessidades de habitação, trabalho e consumo dos centros de população a que deve ou possa suprir por seu destino econômico;

(...) VETADO

III - o estabelecimento e a manutenção de colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícola;

IV - a manutenção de posseiros em terrenos urbanos onde, com a tolerância expressa ou tácita do proprietário, tenham construído sua habitação, formando núcleos residenciais de mais de 10 (dez) famílias;

V - a construção de casa populares;

VI - as terras e águas suscetíveis de valorização extraordinária, pela conclusão de obras e serviços públicos, notadamente de saneamento, portos, transporte, eletrificação armazenamento de água e irrigação, no caso em que não sejam ditas áreas socialmente aproveitadas;

VII - a proteção do solo e a preservação de cursos e mananciais de água e de reservas florestais.

VIII - a utilização de áreas, locais ou bens que, por suas características, sejam apropriados ao desenvolvimento de atividades turísticas.

§ 1º O disposto no item I deste artigo só se aplicará nos casos de bens retirados de produção ou tratando-se de imóveis rurais cuja produção, por ineficientemente explorados, seja inferior à média da região, atendidas as condições naturais do seu solo e sua situação em relação aos mercados.

§ 2º As necessidades de habitação, trabalho e consumo serão apuradas anualmente segundo a conjuntura e condições econômicas locais, cabendo o seu estudo e verificação às autoridades encarregadas de velar pelo bem estar e pelo abastecimento das respectivas populações.

Percebam que o interesse social está voltado à regularização fundiária da população de baixa renda em alguns de seus dispositivos. De acordo com o artigo 5º da Lei 4.132/62 temos que:

Art. 5º No que esta lei for omissa aplicam-se as normas legais que regulam a desapropriação por unidade pública, inclusive no tocante ao processo e à justa indenização devida ao proprietário.

Assim, tanto a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, quanto a desapropriação **por interesse social serão regidas pelas disposições do Decreto-Lei nº 3.365/1941.**

A desapropriação segundo referido Decreto-Lei divide-se em duas fases muito bem definidas:

Fase declaratória da desapropriação

Na primeira fase do procedimento de desapropriação, o processo administrativo irá verificar a caracterização de uma das hipóteses de interesse social ou necessidade ou utilidade pública, com o objetivo de expedir o decreto expropriatório.

Publicado o decreto expropriatório, tem-se a manifestação do interesse da Administração Pública em desapropriar aquela determinada propriedade. Em tal momento, inicia-se o prazo para a propositura da ação judicial de desapropriação:

Necessidade ou Utilidade Pública.

Decreto-Lei 3.365/41. Art. 10. A desapropriação deverá efetivar-se mediante acordo ou intentar-se judicialmente, dentro de cinco anos, contados da data da expedição do respectivo decreto e findos os quais este caducará.

Passado o prazo de cinco anos após o decreto expropriatório, acaso a Administração Pública permaneça omissa em intentar a ação de desapropriação, o decreto caducará e o mesmo bem somente poderá ser objeto de nova declaração após decorrido o prazo de um ano.

Quanto ao interesse social:

Interesse Social

Lei 4.132/62. Art. 3º O expropriante tem o prazo de 2 (dois) anos, a partir da decretação da desapropriação por interesse social, para efetivar a aludida desapropriação e iniciar as providências de aproveitamento do bem expropriado.

É, pois, de dois anos o prazo decadencial para propositura da demanda de desapropriação por interesse social e de cinco anos o prazo para propositura de demanda por necessidade ou utilidade pública.

Repita-se que tal prazo é decadencial – não se suspende ou interrompe, nos termos do artigo 207, do Código Civil:

Art. 207. Salvo disposição legal em contrário, não se aplicam à decadência as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição.

Em ambos os casos, caduco o decreto expropriatório, novo decreto relacionado ao mesmo bem apenas poderá ser editado somente depois de um ano. Aplica-se este prazo também à desapropriação por interesse social, em razão do disposto no artigo 5º, da Lei 4.132/62, acima transcrito.



Declarado o interesse do Estado em desapropriar determinado bem, caberá alguma indenização ao proprietário?

Em verdade, não.

É que a fase declaratória da desapropriação dá início ao procedimento de desapropriação, indicando-se, no decreto expropriatório, os fundamentos, o sujeito passivo, o objeto e a destinação a ser dada ao bem.

Inexiste nesta etapa qualquer transferência do bem para o Poder Público. Em verdade, o bem permanece com o proprietário, com todos os poderes inerentes ao direito de propriedade.

Sendo assim, não assiste direito de indenização ao proprietário pela mera declaração de necessidade ou utilidade pública do bem a ser desapropriado. São efeitos da declaração (ALEXANDRINO, 2015, pg. 1077):

- a) Sujeição do imóvel à força expropriatória do Estado;
- b) Fixação do Estado do bem (benfeitorias de mero deleite ou voluptuárias feitas após a declaração não serão indenizáveis. Benfeitorias necessárias sempre serão indenizáveis. Benfeitorias úteis apenas serão indenizáveis se autorizadas pela Administração – artigo 26, parágrafo 1º, Decreto-lei nº 3.365/1941²⁴).
- c) Atribui ao Estado o direito de adentrar no imóvel declarado, após prévia autorização judicial;
- d) Fixação do termo inicial para o prazo de caducidade da declaração;

Fase executória da desapropriação

Em que pese ser possível a fase executória da desapropriação ocorrer mediante acordo na esfera administrativa, esta não é a regra, mas sim a demanda judicial. Exatamente por isso, devemos levantar alguns pontos, com ampla incidência em provas.

COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR A DEMANDA

Apenas juízes estaduais ou federais podem processar a demanda, sendo certo não haver hipótese de competência delegada, ou seja, se o bem não estiver situado na cidade sede de Justiça Federal, a ação de desapropriação deve ser proposta na Seção Judiciária da Justiça Federal com competência para aquela região (BARROS, 2015, pg. 445).

Assim, a depender das partes, a competência restará assim definida:

Expropriante	Expropriado	Competência
União	Estado ou DF	STF ²⁵

²⁴ § 1º Serão atendidas as benfeitorias necessárias feitas após a desapropriação; as úteis, quando feitas com autorização do expropriante.

²⁵CRFB, Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: (...) f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;

União	Município	Justiça Federal ²⁶
Estado, DF ou Município	Particular	Justiça Comum ²⁷

Há que se verificar, ainda, se na comarca em análise haverá vara especializada na matéria, a exemplo de Vara da Fazenda Pública.

Ressalte-se que o disposto no artigo 12, do Decreto-Lei 3.365/41 não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, sendo certo que qualquer magistrado (recém empossado ou vitalício) são considerados da mesma forma pela nova ordem constitucional.

Artigo. 12. Somente os juízes que tiverem garantia de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos poderão conhecer dos processos de desapropriação.

LEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA

Segundo Guilherme Barros (2015, pg. 444):

o legitimado ativo é o ente público que edita o decreto expropriatório – União, Estado, Distrito Federal ou Município. Além disso, a desapropriação pode ser proposta pela concessionária de serviço público no exercício da função delegada, mediante autorização expressa em lei ou contrato.

Trata-se de interpretação do artigo 3º, do Decreto-Lei 3.365/41 que assim dispõe:

Art. 3º Os concessionários de serviços públicos e os estabelecimentos de caráter público ou que exerçam funções delegadas de poder público poderão promover desapropriações mediante autorização expressa, constante de lei ou contrato.

Além disso, em que pese ato típico do Poder Executivo, poderá o Poder Legislativo iniciar o procedimento de desapropriação, nos termos do artigo 8º, do Decreto-Lei 3.365/41:

Art. 8º O Poder Legislativo poderá tomar a iniciativa da desapropriação, cumprindo, neste caso, ao Executivo, praticar os atos necessários à sua efetivação.

Já o polo passivo da demanda será ocupado pelo proprietário do bem, sendo certo que os entes públicos maiores poderão desapropriar bens dos entes menores, não sendo a recíproca verdadeira.

Art. 2º Mediante declaração de utilidade pública, todos os bens poderão ser desapropriados pela União, pelos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios.

§ 1º A desapropriação do espaço aéreo ou do subsolo só se tornará necessária, quando de sua utilização resultar prejuízo patrimonial do proprietário do solo.

§ 2º Os bens do domínio dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios poderão ser desapropriados pela União, e os dos Municípios pelos Estados, mas, em qualquer caso, ao ato deverá preceder autorização legislativa.

§ 3º É vedada a desapropriação, pelos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios de ações, cotas e direitos representativos do capital de instituições e empresas cujo funcionamento dependa de autorização do Governo

²⁶CRFB, Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

²⁷ Competência residual.

Federal e se subordine à sua fiscalização, salvo mediante prévia autorização, por decreto do Presidente da República

Conforme pontuado, o Município não poderá desapropriar bens dos entes maiores:

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA. INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. CONHECIMENTO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO INTENTADA POR MUNICÍPIO. BEM DE PROPRIEDADE DE AUTARQUIA DO ESTADO DE SÃO PAULO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO.

1. Recurso especial proveniente de agravo de instrumento interposto contra decisão que, em ação de desapropriação, acolheu os embargos de declaração e determinou o recolhimento do mandado de imissão provisória na posse.

2. Inexiste preclusão, pois a questão de ordem pública conhecida de ofício é afeta à constituição e ao desenvolvimento válido e regular do processo. Desse modo, as instâncias ordinárias não poderiam se eximir de examiná-la, por força do § 3º do art. 267 do Código de Processo Civil.

*3. O art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei n. 3.365/41 veda a pretensão do recorrente em desapropriar bem público pertencente à autarquia estadual, ou seja, **a Lei é explícita ao autorizar os Estados a desapropriarem bens do Município, mas, implicitamente, veda o inverso. Desse modo, deve ser aplicado, por analogia, o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "É vedado ao Município desapropriar bens de propriedade da União ou de suas autarquias e fundações, sem prévia autorização, por decreto, do Presidente da República. Precedentes"** (REsp 1.188.700/MG, Rel.*

Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 18/05/2010, DJe 25/05/2010) Recurso especial improvido.

(REsp 1435517/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/04/2015, DJe 06/05/2015)

Expropriações

O artigo 243, da Constituição Federal trata, ainda, não de uma modalidade de desapropriação, mas de expropriação, uma vez que a União não indeniza o proprietário da terra. Este simplesmente perde o bem em razão de penalidade constitucionalmente prevista.

Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 81, de 2014)

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 81, de 2014)

BENS PÚBLICOS

Afetação X Desafetação

A afetação e a desafetação são fatos administrativos dinâmicos que indicam a alteração das finalidades do bem público. Também podem ser denominados de consagração ou desconsagração.

Importante se estudar o instituto da afetação eis que possui consequência direta na inalienabilidade do bem público. Os bens públicos afetados (que possuem uma destinação específica) não podem, enquanto permanecerem nesta situação ser alienados.

Assim, os **bens de uso comum** do povo e os **bens de uso especial** não são suscetíveis de alienação enquanto assim estiverem destinados. Por outro lado, acaso ocorra a sua desafetação, tais bens serão considerados **bens dominicais** e poderão ser alienados, por não estarem afetados a um fim público.

Apesar da afetação ser possível pela simples destinação do bem, pelo uso, a desafetação não é admitida pela doutrina pelo simples fato do não uso.

Para **Celso Antônio Bandeira de Melo** em virtude do instituto da desafetação retirar a proteção do bem público quanto a indisponibilidade e inalienabilidade, tornando-o mais vulnerável às ingerências administrativas, seria necessária uma maior cautela para que esse bem fosse desafetado.

Para o Autor em caso de desafetação de um:

- a) **Bem de uso comum do povo** – seria necessária uma lei ou um ato do Executivo **previamente autorizado por lei;**
- b) **Bem de uso especial** – trata-se de **situação mais amena**, sendo necessária uma lei ou um ato do Poder Executivo.

Ressalte-se que o fato de os bens públicos estarem desafetados não interfere nas características de impenhorabilidade e imprescritibilidade.

Tais bens continuam sendo impenhoráveis e não passíveis de usucapião.

A afetação ou desafetação **expressa** é veiculada por **lei** ou **ato administrativo**, enquanto a **tácita** é realizada por atuação direta da Administração, **sem manifestação expressa de sua vontade, ou em razão de fenômeno natural**. A título de exemplo, o Poder Público, pretendendo instalar escola pública, pode editar um decreto destinando determinado imóvel para tal finalidade (afetação expressa) ou, simplesmente, instalar de fato a escola no imóvel de sua propriedade sem qualquer manifestação prévia de vontade (afetação tácita). Por outro lado, pode ocorrer a afetação ou desafetação em razão de fenômenos naturais, como um terremoto que destruiu uma repartição pública (desafetação tácita) ou uma ilha que se formou naturalmente, em razão de depósito de sedimentos em área pertencente a ente público, passando a ser de uso comum do povo (afetação tácita). Já em alguns casos os bens públicos podem ser afetados ao uso comum em razão da sua própria natureza ou do seu destino natural (ex.: mares e rios).

Por fim, conforme afirmou a FCC (MPE PB 2015):

Na desafetação, o bem é subtraído à dominialidade pública para ser incorporado ao domínio privado, do Estado ou do administrado.



TOME NOTA!

Em muitas questões de concursos, as bancas procuram confundir o candidato quanto ao tema bens públicos. Basicamente se discute a natureza jurídica dos bens das sociedades de economia mista e das empresas públicas.

Estas, a princípio devem ser consideradas entes privados nos termos do artigo 173 da Constituição Federal:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

*II - **a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas**, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;*

Assim, se privados os bens das empresas estatais, a eles não se aplica o regime jurídico relativo aos bens públicos.

Encontramos, inclusive, julgados no Supremo Tribunal Federal neste sentido:

*EMENTA: CONSTITUCIONAL. ATO DO TCU QUE DETERMINA TOMADA DE CONTAS ESPECIAL DE EMPREGADO DO BANCO DO BRASIL - DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS S.A., SUBSIDIÁRIA DO BANCO DO BRASIL, PARA APURAÇÃO DE "PREJUÍZO CAUSADO EM DECORRÊNCIA DE OPERAÇÕES REALIZADAS NO MERCADO FUTURO DE ÍNDICES BOVESPA". ALEGADA INCOMPATIBILIDADE DESSE PROCEDIMENTO COM O REGIME JURÍDICO DA CLT, REGIME AO QUAL ESTÃO SUBMETIDOS OS EMPREGADOS DO BANCO. O PREJUÍZO AO ERÁRIO SERIA INDIRETO, ATINGINDO PRIMEIRO OS ACIONISTAS. O TCU NÃO TEM COMPETÊNCIA PARA JULGAR AS CONTAS DOS ADMINISTRADORES DE ENTIDADES DE DIREITO PRIVADO. **A PARTICIPAÇÃO MAJORITÁRIA DO ESTADO NA COMPOSIÇÃO DO CAPITAL NÃO TRANSMUDA SEUS BENS EM PÚBLICOS.** OS BENS E VALORES QUESTIONADOS NÃO SÃO OS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, MAS OS GERIDOS CONSIDERANDO-SE A ATIVIDADE BANCÁRIA POR DEPÓSITOS DE TERCEIROS E ADMINISTRADOS PELO BANCO COMERCIALMENTE. ATIVIDADE TÍPICAMENTE PRIVADA, DESENVOLVIDA POR ENTIDADE CUJO CONTROLE ACIONÁRIO É DA UNIÃO. AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE AO IMPETRADO PARA EXIGIR INSTAURAÇÃO DE TOMADA DE CONTAS ESPECIAL AO IMPETRANTE. MANDADO DE SEGURANÇA DEFERIDO. (MS 23875, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 07/03/2003, DJ 30-04-2004 PP-00034 EMENT VOL-02149-07 PP-01270 RTJ VOL-00191-03 PP-00887) (grifo nosso).*

Benfeitorias em bem público irregularmente ocupado

De acordo com o artigo 1.219 do Código Civil, o **possuidor** de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, restando consolidado o entendimento pelo STJ que tal direito de retenção abrange também as acessões (construções e plantações) nas mesmas circunstâncias.

Art. 1.219. O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis.

Ocorre que, para o STJ, nos casos em que o bem público foi ocupado irregularmente, a pessoa não tem direito de ser indenizada pelas acessões feitas, assim como não tem direito à retenção pelas benfeitorias realizadas, **mesmo que fique provado que a pessoa estava de boa-fé.**

É que a ocupação irregular de bem público não pode ser classificada como posse, mas mera detenção, possuindo, portanto, natureza precária.

Segundo consolidou o STJ, a posse é o direito reconhecido a quem se comporta como proprietário, não havendo como reconhecer a posse a quem, por proibição legal, não possa ser proprietário. Assim, a ocupação de área pública, quando irregular, não pode ser reconhecida como posse, mas como mera detenção.

Ademais, eventual inércia ou omissão da Administração não tem o efeito de afastar ou distorcer a aplicação da lei. O imóvel público é indisponível, de modo que eventual omissão dos governos implica responsabilidade de seus agentes, nunca vantagem de indivíduos às custas da coletividade.

Por fim, não se pode afirmar que tal ato configurará enriquecimento sem causa da Administração, eis que esta provavelmente terá um custo para demolir a construção feita ou, no máximo regularizá-la para adequá-la à legislação vigente, dada a provável inutilidade do imóvel, sendo incoerente tal afirmação.

Neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. OCUPAÇÃO IRREGULAR DE ÁREA PÚBLICA. DIREITO DE INDENIZAÇÃO PELAS ACESSÕES. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES.

1. A jurisprudência assentada no Superior Tribunal de Justiça considera indevida a indenização por acessões construídas sobre área pública irregularmente ocupada.

2. Recurso especial a que se dá provimento.

(REsp 850.970/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/03/2011, Dje 11/03/2011)

Autorização de uso

A **autorização de uso** é o **ato administrativo unilateral** (não é contratual), **discricionário** (facultativo) e **precário** (pode ser revogado a qualquer tempo), pelo qual a Administração consente que um **particular utilize bem público com exclusividade**, em regra por um período curto de tempo, podendo ser **gratuita** ou **onerosa**. Como exemplo de autorização de uso, é possível citar a autorização de uso de rua para festas populares, passeios ciclísticos ou eventos desportivos.

Sendo ato administrativo unilateral, submete-se ao regime jurídico de Direito Público. A autorização de uso **não requer forma especial, não depende de lei e não exige licitação prévia**, bastando que adote a forma escrita, podendo ser **revogada a qualquer tempo** pelo Poder Público. Em regra, a autorização de uso é conferida por **prazo indeterminado** (simples), mas também é possível que seja concedida por **prazo determinado** (qualificada). Contudo, a fixação de prazo não é recomendada,

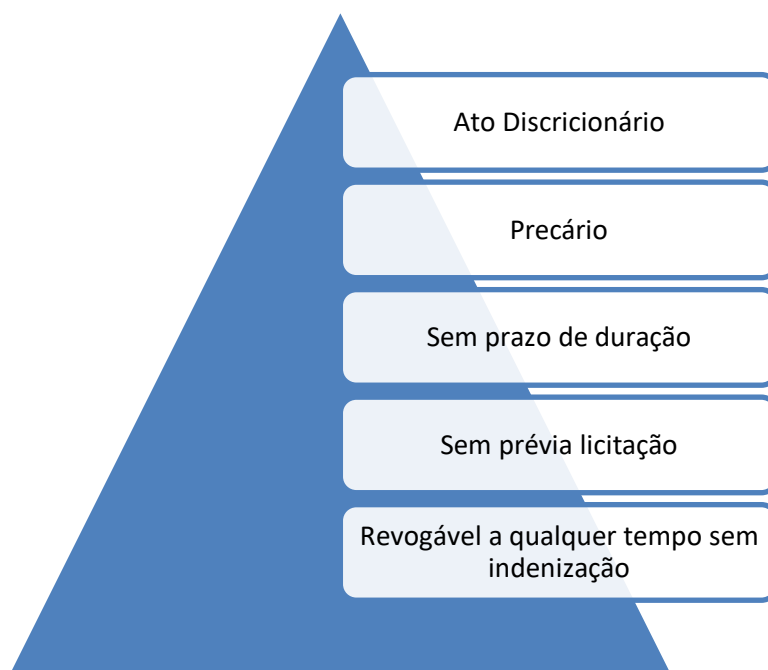
pois gera direito à indenização na hipótese revogação do ato autorizativo pelo Poder Público. Ao contrário, a revogação da autorização de uso por prazo indeterminado, em regra, não enseja o dever da Administração de indenizar o particular. Vale lembrar, também, que a fixação de prazo da autorização retira o seu caráter de precariedade, conferindo-lhe relativa estabilidade, aproximando-a da permissão, conforme estudado a seguir.

Segundo a doutrina, **a autorização de uso somente atende remotamente ao interesse público, sendo concedida, primordialmente, no interesse privado do autorizatário (utente)**. Essa é uma das características que distinguem a autorização da permissão e da concessão. Como a autorização é concedida visando ao interesse principal do particular, não há para o usuário um dever de utilização, mas simples **faculdade**. Além disso, conforme lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro,²⁸ em razão de predominar o interesse particular do beneficiário, decorrem os seguintes efeitos:

- a) a autorização reveste-se de maior precariedade em relação à permissão e à concessão;
- b) é outorgada, normalmente, em situações transitórias;
- c) confere menores poderes e garantias ao usuário.



São, pois, características da **autorização** de uso de bem público:



²⁸ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Direito administrativo, p. 768

Faixa de Fronteira

A **faixa de fronteira** corresponde à faixa interna de 150 km de largura, paralela à linha divisória terrestre do território nacional, sendo considerada indispensável à segurança nacional. A CF/1988, no art. 20, II, previu que são bens da União as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras. Observe que a Constituição faz referência apenas às terras devolutas. Assim, não são todos os bens situados nessa faixa que são públicos, uma vez que existem diversos bens particulares localizados nessa região. Pode-se afirmar, ainda, que, por ser a faixa de fronteiras considerada indispensável à segurança nacional, há restrições ao uso e à alienação das áreas nela situadas, conforme estabelecido na Lei 6.634/1979.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desejo a todos vocês uma excelente prova!

Torço, de coração, que avancem para a próxima fase e que seremos colegas de Magistratura.

Quaisquer dúvidas, sugestões ou críticas entrem em contato comigo.

Espero que tenham aproveitado.

Bons estudos!

Renato Borelli

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. **DIREITO ADMINISTRATIVO DESCOMPLICADO**. 23ª edição. São Paulo: Método, 2015.

BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO**. 28ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINELA, Fernanda. **DIREITO ADMINISTRATIVO**. 11ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 41ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

DIREITO PENAL

Como a prova do Tribunal Regional Federal da 2ª Região se aproxima, foi preparado este material com matérias relevantes, constituindo uma importante revisão de conteúdo para lhe acompanhar nesta reta final.

Espero que o material lhe seja útil e faça a diferença para sua aprovação, sendo que na primeira fase cada questão é muito importante.

No dia da prova, lembre-se de se acalmar, fazer o seu melhor e organizar o seu tempo. No meio da avaliação, vá ao banheiro, mesmo que não sinta necessidade, e lave seu rosto. Isso vai ajudar a voltar mais concentrado para a continuação do exame.

Desejo todo sucesso possível e estou à disposição nos cursos do Estratégia Carreira Jurídica.

APRESENTAÇÃO PESSOAL

Cabe fazer uma breve apresentação pessoal. Meu nome é Michael Procopio Avelar, especialista em Teoria e Filosofia do Direito (PUC Minas). Atualmente estou cursando especialização em Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional dos Direitos Fundamentais (Università di Pisa).

Fui Oficial de Promotoria I (MPSP), Analista Judiciário – Especialidade Execução de Mandados (TRF1), Juiz de Direito (TJSP) e atualmente sou Juiz Federal (TRF1). Fui aprovado, ainda, nos concursos para Procurador do Município de Campinas e Consultor da Câmara dos Deputados, para a área Criminal. Também sou Professor, dedicando-me à aprovação de novos agentes públicos.

Quanto à atividade docente, além de eventuais palestras, leciono especificamente para concursos, tanto na elaboração de materiais em *pdf* quanto em videoaulas. Minha área de atuação, neste campo do ensino, é o Direito Penal.

Deixarei abaixo meus contatos para quaisquer dúvidas ou sugestões. Responderei o quanto antes. Quero que saibam que estamos juntos até a aprovação!

Instagram: [professor.procopio](https://www.instagram.com/professor.procopio)

INTRODUÇÃO AO DIREITO PENAL

Alguns assuntos introdutórios e relevantes em concursos:

Competência Legislativa em Matéria Penal

A competência para legislar em matéria penal está prevista no artigo 21 da Constituição da República. Este dispositivo determina **competir à União legislar privativamente sobre Direito Penal**.

Vejamos o que determina a Constituição:

*Art. 22. Compete **privativamente** à **União** legislar sobre:*

I - direito civil, comercial, **penal**, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; (...)

A competência privativa em matéria penal pertence à União.

Entretanto, cumpre ressaltar que o parágrafo único do artigo 22 da CF prevê a possibilidade de a União, por meio de lei complementar, autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas previstas nos incisos do art. 22.

Dentre as matérias elencadas nos incisos do artigo 22 da CF está o Direito Penal. Deste modo, é possível a delegação pela União da competência legislativa neste âmbito?

Assim prevê o artigo 22, parágrafo único, da Constituição:

Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.

A doutrina aponta, assim, ser possível que a União delegue competência penal, sobre questões específicas, aos Estados. Deste modo, caso a União, por meio de lei complementar, delegue tal competência a um Estado-Membro, é possível haver lei estadual como fonte de Direito Penal.

Cabe, ainda, lembrar que a doutrina aponta serem necessários, para a delegação, o requisito formal, consistente na edição de lei complementar, o requisito material, pois tal lei deve se referir a uma das matérias permitidas pela Constituição, e, por fim, o requisito implícito, consistente na vedação de tratamento desigual aos Estados na delegação legislativa, sob pena de se ferir o pacto federativo.

Lei Delegada em Matéria Penal

Uma das espécies de lei, a lei delegada representa uma delegação para que o Chefe do Poder Executivo elabore o texto normativo. Cuida-se de se transferir, para determinada questão, a competência legislativa, que passa do Poder Legislativo para o Poder Executivo.

Devido à excepcionalidade desta forma de elaboração legislativa, há determinadas vedações a respeito da matéria que pode ser tratada por esta modalidade legislativa. Dentre tais limitações, é importante a leitura do art. 68, §1º, II, da CF:

Art. 68, § 1º Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre:

(...)

II - nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais; (...)

O inciso II do § 1º do artigo 68 veda a edição de lei delegada sobre direitos individuais, o que, por via indireta, também impede que se elabore lei delegada em matéria penal. Isto porque o Direito Penal afeta os direitos individuais dos indivíduos, o que faz incidir a vedação de legislação sobre direitos individuais, impedindo a delegação.

Medida Provisória Penal

As medidas provisórias, por sua vez, são a espécie normativa de elaboração do Chefe do Poder Executivo. São editadas, na esfera federal, pelo Presidente da República. É possível sua instituição também pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, hipóteses em que caberá sua edição aos Governadores ou aos Prefeitos. A medida provisória possui validade por 60 dias, prorrogáveis por outros 60 dias. Deve ser elaborada apenas em situações de relevância e de urgência, o que justifica essa excepcional forma de edição de normas pelo Chefe do Executivo, sendo que a atividade é tipicamente da competência do Poder Legislativo.

Passado o período de vigência, a medida provisória pode ser convertida em lei em votação do Congresso Nacional. Caso não o seja, haverá perda de sua eficácia. Isto já demonstra que não há compatibilidade entre as normas penais incriminadoras e as medidas provisórias, já que não se pode pensar na previsão de um crime por um diploma, uma forma legislativa cuja eficácia será condicional, aguardando sua possível conversão em lei.

Com a Emenda Constitucional nº 32, de 2001, deixou-se clara a questão sobre ser possível ou não a elaboração de medida provisória sobre matéria penal, dada a alteração na redação do artigo 62, § 1º, I, b, da Constituição Federal, que passou a prever o seguinte:

É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

I – relativa a:

b) direito penal, processual penal e processual civil.

Com a redação atual da Constituição, ficou claro que não pode ser elaborada medida provisória relativa a matéria penal. Não é possível, assim, que o Presidente da República edite uma medida provisória com a previsão de um novo crime, por incompatibilidade da forma com o conteúdo.

Entretanto, cumpre ressaltar que há a controvérsia sobre a possibilidade de medida provisória dispor sobre Direito Penal, desde que se trate de norma penal não incriminadora. Ainda que se trate de julgado anterior à Emenda Constitucional nº 32, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 254.818/PR, **sinalizou ser possível a edição de medida provisória sobre Direito Penal não incriminador**, ou seja, a favor do réu.

Vejamos o julgado do STF acima referido:



JURISPRUDÊNCIA

“I. Medida provisória: **sua inadmissibilidade em matéria penal - extraída pela doutrina consensual - da interpretação sistemática da Constituição -, não compreende a de normas penais benéficas, assim, as que abolem crimes ou lhes restringem o alcance, extingam ou abrandem penas ou ampliam os casos de isenção de pena ou de extinção de punibilidade.** II. Medida provisória: conversão em lei após sucessivas reedições, com cláusula de "convalidação" dos efeitos produzidos anteriormente: alcance por esta de normas não reproduzidas a partir de uma das sucessivas reedições. III. MPr 1571-6/97, art. 7º, § 7º, reiterado na reedição subsequente (MPr 1571-7, art. 7º, § 6º), mas não reproduzido a partir da reedição seguinte (MPr 1571-8 /97): sua aplicação aos fatos ocorridos na vigência das edições que o continham, por força da cláusula de "convalidação" inserida na lei de conversão, com eficácia de decreto-legislativo.” (RE

254.818, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 08/11/2000).

Tempo do Crime

Sobre o tema, prevê o Código Penal, em seu artigo 4º:

Art. 4º - Considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado.

Deste modo, resta claro que o ordenamento jurídico brasileiro adota a teoria atividade quanto ao tempo do crime. Considera-se que o crime foi praticado ao tempo da conduta, ou seja, ao tempo em que o agente agiu ou deixou de agir, sendo indiferente, neste âmbito, o momento do resultado.

Quanto ao tempo do crime, o Código Penal adota a teoria da atividade.

O tempo do crime é importante para se definir sua ocorrência, com a presença de todos os seus elementos. Ademais, só se saberá qual a lei que estava vigente quando da prática da infração penal após se definir quando ela foi praticada.

Lugar do Crime

A respeito do lugar do crime, o artigo 6º do Código Penal prevê o seguinte:

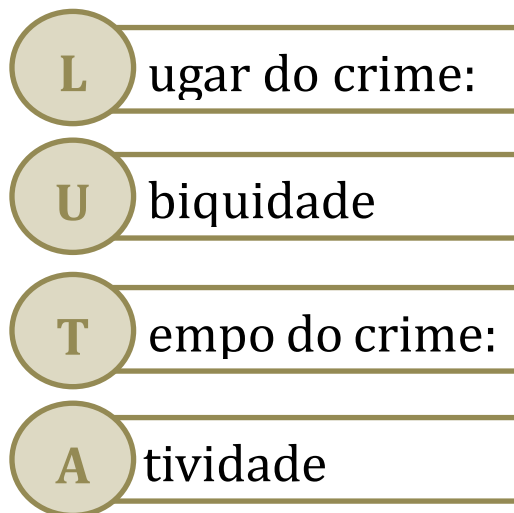
Art. 6º - Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado.

Deste modo, resta claro que o ordenamento jurídico brasileiro adota a teoria da ubiquidade quanto ao lugar do crime. Considera-se que o crime foi praticado tanto no lugar em que se praticou a conduta (comissiva ou omissiva) quanto no lugar em que se produziu ou se deva produzir o resultado.

Quanto ao lugar do crime, o Código Penal adota a teoria da ubiquidade.

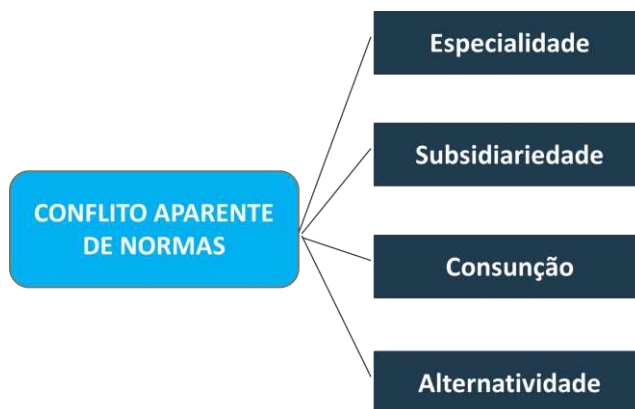
Qual a importância de estabelecermos o lugar do crime?

A teoria da ubiquidade para definição do lugar do crime se aplica aos crimes à distância, também chamados de crimes de espaço máximo. São as infrações penais cujo *iter criminis* (caminho do crime, com suas fases de cogitação, preparação, execução, consumação e, ao final, eventual exaurimento) abrange mais de um país. Ou seja, é aquela infração penal que, em seu desenvolvimento, percorre mais de um território soberano.



CONFLITO APARENTE DE NORMAS

Neste tema, cumpre relembrar os princípios que resolvem o conflito aparente de normas:



Na sequência, passamos ao estudo da jurisprudência a respeito do tema.

De início, quanto ao critério de norma consuntiva e norma consunta, o Superior Tribunal de Justiça entende que um crime mais grave pode ser absorvido por outro menos grave. O critério adotado na jurisprudência do STJ é a de que o crime-fim absorve o crime meio. Vemos o seguinte acórdão, julgado na sistemática dos recursos repetitivos:



JURISPRUDÊNCIA

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. RITO PREVISTO NO ART. 543-C DO CPC. DIREITO PENAL. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. DESCAMINHO. USO DE DOCUMENTO FALSO. CRIME-MEIO. ABSORÇÃO. POSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. 1. Recurso especial processado sob o rito

do art. 543-C, § 2º, do CPC e da Resolução n. 8/2008 do STJ. 2. **O delito de uso de documento falso, cuja pena em abstrato é mais grave, pode ser absorvido pelo crime-fim de descaminho, com menor pena comparativamente cominada, desde que etapa preparatória ou executória deste,**

onde se exaure sua potencialidade lesiva. Precedentes. 3. Delimitada a tese jurídica para os fins do art. 543-C do CPC, nos seguintes termos: **Quando o falso se exaure no descaminho, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido, como crime-fim, condição que não se altera por ser menor a pena a este cominada** 4. Recurso especial improvido. (STJ, REsp 1378053/PR, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Terceira Seção, DJe 15/08/2016).

Vale a leitura, ainda, do seguinte acórdão, que demonstra a admissão da absorção do crime mais grave por outro, menos grave:

“PENAL. PROCESSO PENAL. CRIME DE INSERÇÃO DE DADOS FALSOS EM SISTEMA DE INFORMAÇÕES. CRIME DE FALSIDADE IDEOLÓGICA. PRESCRIÇÃO. CONSUNÇÃO DO CRIME MENOS GRAVE PELO MAIS GRAVE. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS EM QUE SE CONCEDE A ORDEM. 1. A inserção de dados falsos em sistema informatizado da Administração Pública - endereço de corrêu e gabarito de prova supostamente realizada por ele - visou a expedição da carteira nacional de habilitação. Daí se afirmar que o crime previsto no art. 313-A se exauriu na prática daquele previsto no art. 299, tendo sido mero instrumento para a execução deste. 2. **Admite esta Corte a consunção de crime mais grave por crime menos grave. Precedentes.** 3. Habeas corpus em que se concede a ordem para reconhecer a absorção do delito previsto no art. 313-A pelo do art. 299, ambos do Código Penal, estando extinta a punibilidade, pela prescrição, quanto ao último delito.” (STJ, HC 388543, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 08/03/2018).

Vale a leitura, por fim, do seguinte trecho de acórdão do Superior Tribunal de Justiça, que trata da consunção e a afasta quando os fatos praticados pelo agente ocorreram em contextos diversos:

“PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. LESÃO CORPORAL NO CONTEXTO DA LEI MARIA DA PENHA. INVASÃO DE DOMICÍLIO. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. DESÍGNIOS AUTÔNOMOS RECONHECIDO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. ÓBICE AO REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO NA VIA ELEITA. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. RÉU REINCIDENTE. PROPORCIONALIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CRIME PRATICADO COM EMPREGO DE VIOLÊNCIA. SÚMULA 588/STJ. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 2. Conforme a lição de Guilherme de Souza Nucci, **"quando a infração prevista na primeira norma constituir simples fase de realização da segunda infração, prevista em dispositivo diverso, deve-se aplicar apenas a última"** (Nucci, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal, 13ª ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, pág. 117). 3. **Reconhecida a autonomia dos desígnios do paciente e a distinção dos bens jurídicos tutelados pelas normas penais, evidencia-se, no caso, a inaplicabilidade do princípio da consunção, dada a ocorrência isolada dos crimes, o que torna a inviável a absorção de um delito pelo outro. (...)**” (STJ, HC 415900/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 26/02/2018)

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Conceito do Princípio da Insignificância (ou Bagatela)

O princípio da insignificância, também chamado de bagatela, preconiza que **o Direito Penal não deve se preocupar com bagatelas, isto é, a configuração de uma infração penal exige que haja uma ofensa de alguma gravidade ao bem jurídico protegido.**

Tem sua origem apontada no Direito Romano, em que se falava que *de minima non curat praetor*. Nos termos atuais, seria como dizer que o Poder Judiciário não deve se ocupar de coisas mínimas. No campo do Direito Penal, credita-se a Claus Roxin, jurista alemão, sua introdução, o que teria ocorrido em 1964.

A insignificância afasta a tipicidade da conduta, que passa a ser vista sob o âmbito formal e material.

Há a tipicidade formal e a tipicidade material:

Tipicidade formal: subsunção do fato à norma.

Tipicidade material: relevância da lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 116.242, estabeleceu requisitos que vêm sendo, desde então, adotados para se aferir a incidência ou não do princípio da insignificância:



Requisitos exigidos pelo STF para incidência do princípio da insignificância:

Mínima ofensividade da conduta do agente;

Ausência de periculosidade social da ação;

Reduzido grau de reprovabilidade do comportamento;

Inexpressividade da lesão jurídica causada.

Quanto à **reincidência**, o próprio Supremo Tribunal Federal tem analisado caso a caso, não se entendendo que esta circunstância, por si só, afasta a aplicação do princípio da insignificância.

Não se deve confundir a bagatela própria com a imprópria:

Bagatela Própria	Bagatela Imprópria
Princípio da insignificância	Princípio da Desnecessidade da Pena
Afasta a tipicidade. Fatos que nascem sem tipicidade material , isto é, sem que haja uma relevante lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico. Ex: furto de um pão.	Embora a ação penal seja inicialmente relevante, a pena pode deixar de ser aplicada, quando a pena não é necessária, conforme as circunstâncias do caso concreto, deixando de ser aplicada pelo juiz. Ex: pai mata filho acidentalmente. Art. 121, § 5º, CP, perdão judicial.

Jurisprudência sobre Insignificância

Como o STF tem aplicado o princípio da insignificância:

Crimes ambientais: STF reconhece em alguns casos, HC 112.563

Rádio Clandestina: STF, 2ª Turma reconhece. HC 126.592. 1ª Turma, não. HC 131.591.

Descaminho: STF reconhece. HC 121.717.

Contrabando: STF não reconhece. ARE 924.284 AgR.

Moeda Falsa: STF não reconhece HC 126.285.

Posse de drogas para consumo próprio: STF não reconhece. ARE 728.688 AgR

✓ A súmula 589 do Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça, no âmbito do tema da insignificância, aprovou a Súmula 589, com o seguinte teor:

É inaplicável o princípio da insignificância nos crimes ou contravenções penais praticados contra a mulher no âmbito das relações domésticas.

Em razão da questão da violência doméstica e familiar contra a mulher, que envolve um desvalor maior, o STJ sumulou seu entendimento de que não se deve considerar que qualquer violência praticada, inclusive se configuradora da contravenção de vias de fato, represente lesão ou ameaça de lesão irrelevante ao bem jurídico.

✓ A súmula 599 do Superior Tribunal de Justiça

Também tratando do princípio da insignificância, o Superior Tribunal de Justiça aprovou a Súmula 599, cujo enunciado é o seguinte:

O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a Administração Pública.

Assim, entende-se que, sempre que o delito for praticado contra a Administração Pública, não haverá incidência do princípio da insignificância. Podemos pensar, de imediato, em delitos envolvendo o patrimônio público, em período histórico em que o combate à corrupção é tema em pauta.

Ocorre que, sobre o tema, mostra-se importante analisar se o Supremo Tribunal Federal tem decidido neste mesmo sentido. **Há um precedente da Segunda Turma da Corte Suprema que reconheceu a bagatela de um delito praticado contra a Administração Pública:**

“AÇÃO PENAL. **Delito de peculato-furto**. Apropriação, por carcereiro, de farol de milha que guarnecia motocicleta apreendida. Coisa estimada em treze reais. Res furtiva de valor insignificante. Periculosidade não considerável do agente. Circunstâncias relevantes. **Crime de bagatela. Caracterização. Dano à probidade da administração. Irrelevância no caso. Aplicação do princípio da insignificância**. Atipicidade reconhecida. Absolvição decretada. HC concedido para esse fim. Voto vencido. Verificada a objetiva insignificância jurídica do ato tido por delituoso, à luz das suas circunstâncias, deve o réu, em recurso ou habeas corpus, ser absolvido por atipicidade do comportamento.” (STF, HC 112.388/SP, Rel. p/ acórdão Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, Julgamento: 21/08/2012.

Verifica-se, portanto, que ainda que não demonstre uma jurisprudência consolidada, referido precedente demonstra não haver, de início, concordância entre as Cortes Superiores sobre o tema.

O que deve também ser refletido, aqui, é que **o próprio STJ já possuía jurisprudência consolidada acerca da possibilidade de se aplicar o princípio em estudo ao crime de descaminho**. Esta infração penal está localizada, no Código Penal, no Título XI, denominado “Dos Crimes contra a Administração Pública”, mais precisamente no Capítulo II, “Dos Crimes Praticados pelo Particular contra a Administração em Geral”. Quanto ao crime de descaminho, o STF também tem admitido o reconhecimento do chamado delito de bagatela.

Recentemente (após a aprovação da súmula), houve a afetação do tema número 157 para revisão, em virtude de destoar o entendimento firmado no Superior Tribunal da Justiça, daquele adotado pelo Supremo Tribunal Federal, quando então foi reformada a tese:

“(…) 1. Considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, deve ser revisto o entendimento firmado, pelo julgamento, sob o rito dos repetitivos, do REsp n. 1.112.748/TO - Tema 157, de forma a adequá-lo ao entendimento externado pela Suprema Corte, o qual tem considerado o parâmetro fixado nas Portarias n. 75 e 130/MF - R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) para aplicação do princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho. 2. Assim, **a tese fixada passa a ser a seguinte: incide o princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito tributário verificado não ultrapassar o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais)**, a teor do disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, com as atualizações efetivadas pelas Portarias n. 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda. (...)” (REsp 1709029/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, DJe 04/04/2018).

Como este entendimento, de aplicação da insignificância ao delito de descaminho, já estava consolidado no âmbito do próprio Superior Tribunal de Justiça, há uma tendência a este tribunal reconhecer exceções à aplicação da sua nova súmula, como no caso do delito de descaminho.

TEORIA DO CRIME

Diferença entre culpa consciente e dolo eventual

É importante lembrar: **qual a diferença entre dolo eventual e culpa consciente?** Vejamos o esquema:

Culpa Consciente	Dolo Eventual
Previsão do resultado + Não aceitação de que ocorrerá	Previsão do resultado + Anuência (assunção do risco)
“É possível, mas não vai acontecer”	“Não importa se vai acontecer”

Nexo Causal

O Código Penal, em relação ao nexo causal, prevê o seguinte, no *caput* seu artigo 13:

“O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.”

Teoria da equivalência das condições

Percebe-se, da leitura do artigo 13 do Código Penal, que houve a adoção da teoria da equivalência das condições. Sua base é a chamada regra da *conditio sine qua non*, isto é, deve ser considerada causa aquele comportamento (comissivo ou omissivo) cuja ausência implicaria na não produção do resultado.

Percebam que a adoção da literalidade da norma levaria ao *regressus ad infinitum*. Poder-se-ia considerar, deste modo, que a responsabilidade pelo latrocínio seria do fabricante da arma de fogo, já que, sem ela, o agente não teria acesso à arma de fogo e, deste modo, não poderia ter disparado os projéteis em direção da vítima de sua subtração.

O parágrafo primeiro do artigo 13, do Código Penal, estipula o seguinte a respeito das concausas:

A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.

Causa relativamente independente superveniente que por si só causa o resultado

Existe, portanto, uma possibilidade de uma causa relativamente independente romper o nexo causal, excluindo a imputação. Ela deve:

- **Ser superveniente;**
- **Produzir por si só o resultado.**

Tipicidade

A doutrina diverge sobre a conceituação de tipicidade, qual a correspondência deve haver entre o fato da realidade e a lei penal incriminadora para sua configuração:

- **Doutrina Tradicional:** tipicidade consiste na subsunção do fato ao tipo penal. É como um encaixe de uma peça do brinquedo ®Lego, basta a correspondência formal entre o tipo penal e a conduta do agente, os fatos da realidade. É chamada de **tipicidade formal**.
- **Doutrina Moderna:** a tipicidade possui um aspecto formal e um material. A tipicidade formal é a subsunção entre os fatos da realidade e o tipo penal previsto na lei penal incriminadora. A tipicidade material consiste em um juízo de valor, referente à relevância da lesão ou ameaça de lesão.
Como estudamos na aula sobre princípios, o princípio da insignificância ou da bagatela própria afasta a tipicidade material, quando a conduta acarreta lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico sem relevância.
Portanto, para essa teoria, mais atual, só **é típico o fato que apresenta tipicidade formal e tipicidade material**, de forma concomitante.
- **Teoria da Tipicidade Conglobante:** esta teoria, elaborada pelo jurista Eugenio Raul Zaffaroni, entende que o fato típico engloba **a tipicidade formal, a tipicidade material e a antinormatividade do fato**. Não basta que haja a tipicidade formal (subsunção do fato à norma) e a tipicidade material (relevância da lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico). É necessário que o fato praticado contrarie o ordenamento típico como um todo.

Relação entre tipicidade e ilicitude

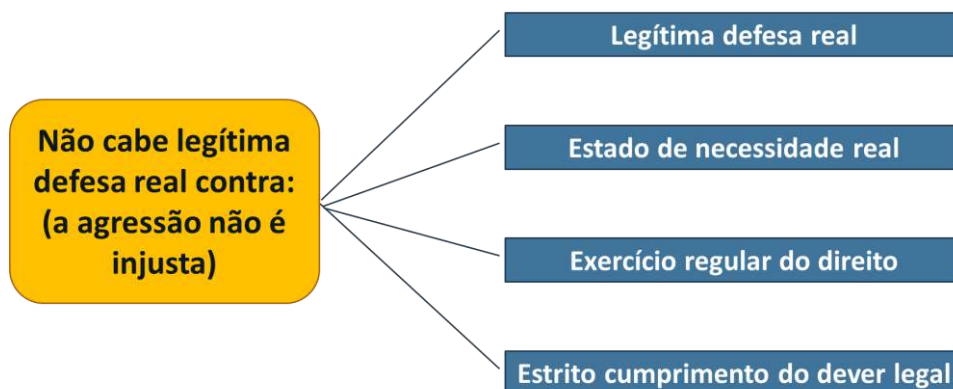
Fase do caráter indiciário do tipo ou da *ratio cognoscendi*: Max Ernst Mayer, jusfilósofo alemão, defendeu a existência de um vínculo entre fato típico e ilicitude, ambos elementos do conceito analítico de crime. O fato de alguém praticar uma conduta que se amolda ao previsto na lei penal incriminadora, configurando um fato típico, já representa um comportamento contrário à ordem jurídica, segundo o sentimento social. Já se espera que o fato típico, aquela conduta que se amolda ao que o tipo penal prevê, seja contrário ao ordenamento jurídico.

Deste modo, nesta fase entende-se que **todo fato típico possui um indício de ilicitude**. Somente se comprovada uma causa de exclusão da ilicitude o fato típico não será ilícito.

Para a doutrina majoritária, o Direito Penal Brasileiro adota a teoria da indiciabilidade ou da *ratio cognoscendi* do tipo penal.

Excludentes de ilicitude

Como importante lembrete, as hipóteses de não cabimento de legítima defesa estão resumidas na ilustração abaixo:



Por outro lado, cabe a análise das hipóteses em que é cabível a legítima defesa. Utilizaremos um quadro para melhor visualização:

É cabível:	
Legítima defesa	Agressão injusta de inimputável ou acobertado por outra excludente de culpabilidade
Legítima defesa real	Legítima defesa putativa
Legítima defesa putativa	Legítima defesa putativa
Legítima defesa putativa	Legítima defesa real
Legítima defesa real	Legítima defesa putativa por erro de tipo evitável
Legítima defesa real	Legítima defesa subjetiva (excesso)

Estudados o estado de necessidade e a legítima defesa, cabe ressaltar a diferença entre ambas as causas excludentes de ilicitude:

Estado de necessidade X Legítima defesa	
Conflito entre bens jurídicos expostos a perigo	Repulsa a um ataque ou a uma ameaça a um bem jurídico
Os interesses em conflito são legítimos (pode ser recíproco)	Os interesses do agressor não são legítimos (não pode ser recíproca)
O perigo pode advir da conduta humana ou não	O perigo só pode advir da conduta humana
A conduta pode se dirigir ao causador do perigo ou terceiro inocente	A conduta só pode se voltar contra o agressor
Há um perigo atual, sem destinatário certo	Há uma agressão humana injusta, atual ou iminente, direcionada a alguém.

Descriminantes putativas

Ainda no tema das excludentes de ilicitude, é importante lembrar as discriminações putativas. As **discriminações** são as causas excludentes de ilicitude. Por outro lado, **putativo** é um termo derivado do latim que significa suposto, imaginado.

Por conseguinte, a discriminação putativa é a suposição do agente sobre a configuração de uma causa que exclui a ilicitude do seu comportamento. **Esta imaginação do agente, equivocada, pode ocorrer em virtude de falsa percepção da realidade ou por motivo de interpretação incorreta da norma.**

- O **erro de tipo** se configura quando há equívoco do agente quanto à percepção da realidade. Ele interpreta o mundo que o cerca de modo errado e, deste modo, apresenta um comportamento sem notar que viola uma lei penal. Se o erro de tipo for inevitável, não há que se falar em fato típico e, portanto, não há responsabilização. Se for evitável, pune-se a culpa, se prevista a possibilidade na lei.

Descriminante putativa por erro de tipo, por sua vez, ocorre quando o agente imagina uma situação fática que lhe permitiria agir, por estar acobertado por uma excludente de ilicitude. Também pode ser denominado de **erro de tipo permissivo**, por envolver uma falsa percepção da realidade (erro de tipo) a respeito da situação fática que lhe permitiria agir no caso (lei penal não-incriminadora permissiva).

Nesta situação, diz-se que agiu com **culpa imprópria**. Não se trata propriamente de culpa, pois ele age de forma intencional, mas imaginando estar acobertado por uma causa que justifica sua ação, que a tornaria conforme o ordenamento jurídico. **É um erro de tipo essencial sobre um tipo permissivo, possuindo o mesmo tratamento, portanto.**

- O **erro de proibição**, por sua vez, consiste na incorreta interpretação da lei penal pelo agente. Não se deve confundi-lo com a ignorância da lei penal, que não pode ser invocada como fundamento de seu descumprimento. O erro de proibição consiste em equívoco sobre a interpretação da norma, levando o agente a imaginar que sua abrangência é diversa da que efetivamente é.

Se o erro de proibição for inevitável, há isenção de pena, com exclusão da culpabilidade do agente (um dos elementos do conceito tripartido analítico do crime). Se for evitável, diminui-se a pena de um sexto a um terço.

Por sua vez, a **discriminante putativa por erro de proibição** ocorre quando o agente interpreta a norma de forma errada, pensando que está acobertado por uma dirimente, sem efetivamente estar.

Também pode ser denominada de **erro de permissão ou erro de proibição indireto**.

O **erro de proibição indireto** ou discriminante putativa por erro de proibição pode ser exemplificado pela chamada legítima defesa da honra, que não existe, não sendo situação acobertada pela legítima defesa. Se o agente interpreta a legítima defesa de forma a imaginar que ela também alberga a defesa da honra, como bem jurídico a ser protegido, incide no erro de proibição indireto.

O **erro de proibição direto**, para ficar claro, seria aquele em que o agente interpreta a própria norma penal de forma incorreta, imaginando que sua conduta não é alcançada pela lei penal incriminadora.

Culpabilidade

Segundo a teoria limitada da culpabilidade, são elementos da culpabilidade: a imputabilidade, a exigibilidade de conduta diversa e a potencial consciência da ilicitude.

Quanto à culpabilidade, o Código Penal adota a teoria limitada.

É a teoria adotada pelo Código Penal, conforme se depreende das leituras dos seus artigos 20, § 1º, e 21, em razão do tratamento dado às discriminantes putativas:

Erro sobre elementos do tipo

Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.

Descriminantes putativas

§ 1º - É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo.

(...)

Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

Potencial consciência da ilicitude

A potencial consciência da ilicitude é a capacidade do agente de compreender que sua conduta é reprovável, constituindo-se em um dos elementos da culpabilidade. Exige-se que o agente seja capaz de entender, ao tempo da sua ação ou omissão, que sua conduta viola a norma jurídica, sendo censurável pela sociedade em que vive.

Não se exige que se comprove que o agente compreendeu, ao tempo do crime, que é o da sua conduta, o caráter ilícito do que praticava. Basta que seja plenamente capaz de compreender, ou seja, de que naquele tempo era capaz de compreender o caráter ilícito do que praticava.

Não é necessário o conhecimento técnico pelo agente. Basta, portanto, a chamada **avaliação paralela na esfera do profano**, conforme expressão usada por Mezger. A avaliação paralela é aquela realizada pelo leigo que, mesmo sem conhecimento técnico-jurídico, possui capacidade de entender o que é lícito e aquilo que não é, em decorrência da sua convivência social.

A avaliação é paralela pois é feita ao lado do juízo eminentemente jurídico. Sua esfera é a do profano, pois não é a do Direito. É o âmbito do leigo, com recurso a aspectos morais, sociais, escolares, culturais, religiosos, dentre outros. Por isso, consideram-se essas condições do sujeito para valorar se ele possuía ou não condições de entender a reprovabilidade daquilo que ele praticava.

PUNIBILIDADE

Constituição definitiva do débito nos crimes tributários:

Ainda que haja divergências, tem prevalecido na jurisprudência que a constituição definitiva do débito tributário é **condição objetiva de punibilidade dos respectivos crimes**. Assim prevê a Súmula Vinculante nº 24:

Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo.

Deste modo, ainda que não haja essa previsão no próprio tipo penal de cada um dos crimes tributários, só se pode punir a conduta formalmente típica após o lançamento definitivo do tributo. A punibilidade dos delitos previstos no artigo 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/90 depende da constituição definitiva do crédito tributário, ficando suspensa até o advento desta condição.

Causas de extinção da punibilidade:

As causas de extinção da punibilidade estão previstas no artigo 107 do CP. No entanto, existem outras causas de extinção da punibilidade previstas em outros dispositivos do Código Penal, assim como em leis diversas. Vejamos alguns exemplos:

- **Reparação do dano, antes de sentença irrecorrível, no peculato culposo:** esta causa de extinção da foi utilizada como exemplo de causa especial, por se referir a um crime específico. Está prevista no artigo 312, § 2º, do Código Penal:

Art. 312 (...)

Peculato culposo

§ 2º - Se o funcionário concorre culposamente para o crime de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

§ 3º - No caso do parágrafo anterior, a reparação do dano, se precede à sentença irrecorrível, extingue a punibilidade; se lhe é posterior, reduz de metade a pena imposta.

Portanto, reparado o dano antes do trânsito em julgado, há a extinção da punibilidade do crime de peculato culposo, previsto no artigo 312, § 2º, do Código Penal.

- **Pagamento do débito em relação aos crimes tributários:** o pagamento integral dos débitos tributários e seus acessórios implica na extinção da punibilidade dos crimes previstos nos artigos 1º e 2º da Lei 8.137/90 e nos artigos 168-A e 337-A do Código Penal. É o que prevê o artigo 9º, § 2º, da Lei 10.684/2003, que dispõe sobre parcelamento de débitos tributários:

Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

§ 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.

Em razão desta previsão legal, o STJ tem entendido que é possível a extinção da punibilidade, pelo pagamento dos tributos e seus acessórios, mesmo após o trânsito em julgado da condenação, no que se refere aos crimes dos artigos 1º e 2º da Lei 8.137/90 e artigos 168-A e 337-A do Código Penal:

“PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. 1. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE EXCEPCIONALIDADE. 2. CRIME TRIBUTÁRIO. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO. SÚMULA VINCULANTE 24/STF. JUSTA CAUSA. 3. DISCUSSÃO NA SEARA CÍVEL. IRRELEVÂNCIA. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS. 4. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. DESNECESSIDADE

DE SUSPENSÃO DA AÇÃO PENAL. POSSIBILIDADE DE EXTINÇÃO MESMO APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO.
5. RECURSO EM HABEAS CORPUS IMPROVIDO.

1. O trancamento da ação penal na via estreita do habeas corpus somente é possível, em caráter excepcional, quando se comprovar, de plano, a inépcia da denúncia, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito.

2. Somente há justa causa para a persecução penal pela prática do crime previsto no art. 1º da Lei n. 8.137/1990, com o advento do lançamento definitivo do crédito tributário. Nesse sentido, é o teor da Súmula Vinculante n. 24 do Supremo Tribunal Federal: "Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo".

3. Ocorrido o lançamento definitivo do crédito tributário, eventual discussão na esfera cível não obsta o prosseguimento da ação penal que apura a ocorrência de crime contra a ordem tributária, haja vista a independência das esferas cível e penal.

4. Não tendo havido o pagamento, não há se falar em extinção da punibilidade. Igualmente, mostra-se despicienda a suspensão da ação penal, porquanto, mesmo após o trânsito em julgado da condenação, é possível a extinção da punibilidade pelo efetivo pagamento do tributo.

5. Recurso em habeas corpus improvido." (STJ, RHC 91237/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 28/02/2018).

- **Cumprimento do acordo de leniência, nos casos de crimes contra a ordem econômica e os relacionados à prática de cartel:** a Lei 12.529/2011 estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, dispondo sobre a possibilidade de celebração de acordo de leniência entre o CADE e as pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica. Exige-se efetiva colaboração dos autores das infrações, com a identificação dos demais envolvidos e a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação. Cumprido o acordo de leniência, há extinção da punibilidade dos crimes contra a ordem econômica e dos diretamente relacionados à prática do cartel, como o de associação criminosa. É o que prevê o artigo 87, *caput* e parágrafo único, de referida lei:

Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência.

Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o *caput* deste artigo.

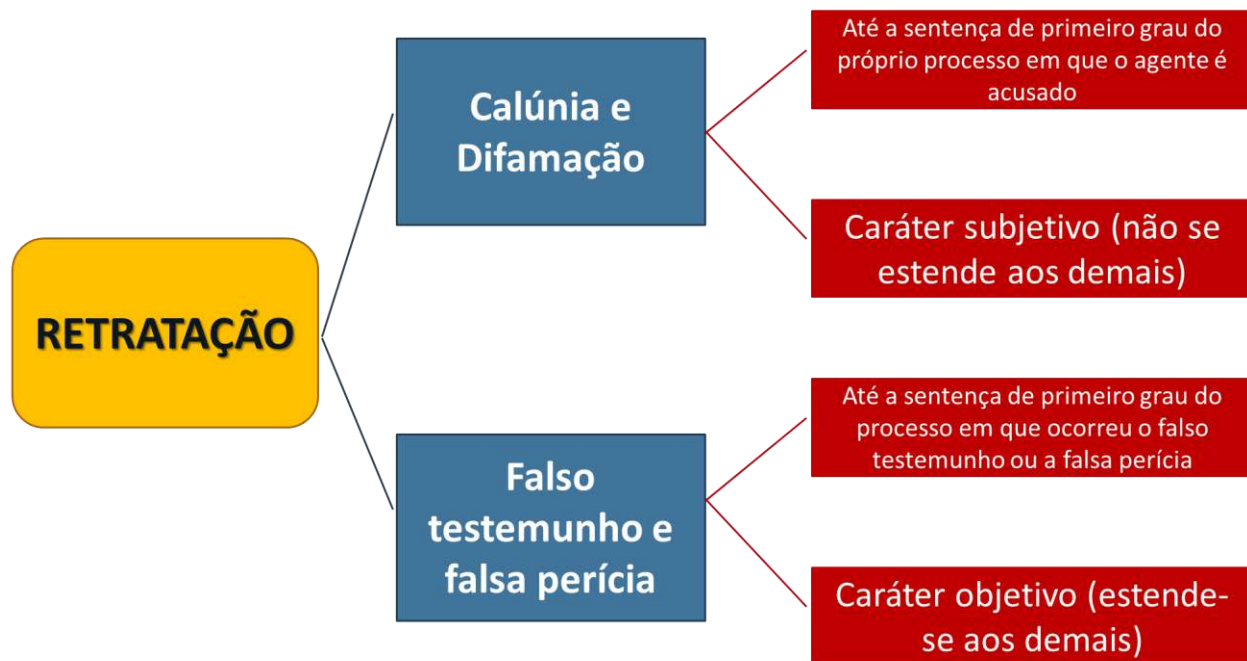
Retratção

A retratação é a causa de extinção da punibilidade consistente no ato do agente de retirar totalmente o que disse anteriormente.

Seu cabimento é restrito aos seguintes casos:

- Calúnia e difamação;
- Falso testemunho e falsa perícia.

As diferenças existentes acerca da aplicação da retratação em referidos crimes estão retratadas no esquema abaixo:



Imprescritibilidade

A regra é a prescritibilidade, ou seja, todos os crimes estão sujeitos à prescrição. Existem, entretanto, hipóteses de imprescritibilidade previstos na nossa Constituição, que determina um tratamento mais gravoso para determinados delitos. Vejamos o que diz a Constituição em seu artigo 5º, incisos XLII e XLIV:

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

(...)

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

São, portanto, **crimes imprescritíveis** (e inafiançáveis):

- **Crime de racismo;**
- **Crimes praticados por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático.**

No caso da injúria racial, a controvérsia jurisprudencial é a seguinte:



Prescrição

Quanto à matéria de prescrição, entendo importante lembrarmos os entendimentos consolidados na jurisprudência.

Em relação à prescrição da pretensão punitiva, o STJ sumulou o entendimento sobre a não influência da reincidência na definição do prazo. Vale lembrar que só há influência direta, com aumento do prazo, no caso de prescrição de pretensão executória:

Súmula 220, STJ

“A reincidência não influi no prazo da prescrição da pretensão punitiva.”

A utilização da pena já aplicada na condenação como parâmetro para a fixação do prazo prescricional intercorrente é entendimento consolidado na jurisprudência, conforme a Súmula 146 do STJ:

Súmula 146, STJ

“A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação.”

Vale lembrar ainda que, anteriormente, a PPP retroativa era mais ampla, podendo ser verificada também no interregno entre o recebimento da denúncia ou queixa e a data dos próprios fatos, ou seja, a data do início da prescrição. O início da contagem varia, sendo contado, em regra, da data em que o crime se consumou. Esta hipótese de incidência da prescrição retroativa não é mais possível, após a alteração do Código Penal pela Lei 12.234, de 2010:

Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.

§ 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa. (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).

Conforme entendimento que prevaleceu, com a alteração legislativa **houve apenas uma limitação dos períodos em que seria possível a ocorrência da prescrição retroativa, que não pode mais ser calculada, por exemplo, entre a data da consumação do crime e a data do recebimento da inicial acusatória.**



TOME NOTA!

Apesar de se tratar de questão controversa na doutrina, o Superior Tribunal de Justiça pacificou, com a elaboração da Súmula nº 238, o entendimento de que não é cabível o reconhecimento da

prescrição da pretensão punitiva virtual. É o seguinte seu enunciado:

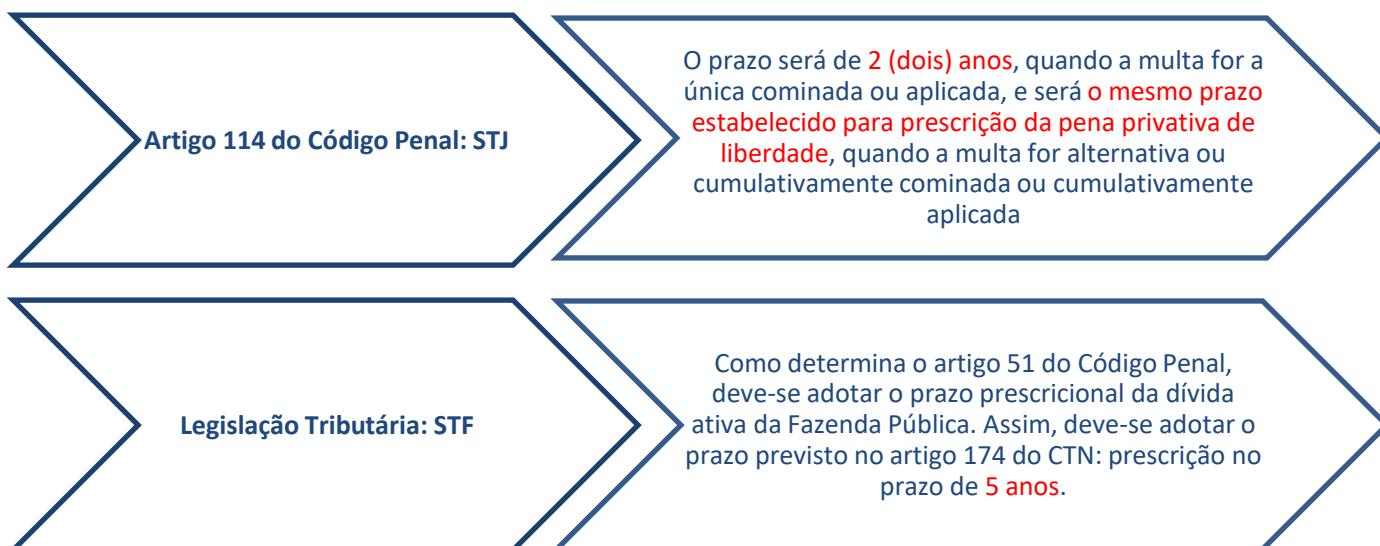
Súmula 438, STJ

“É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal.”

O Superior Tribunal de Justiça já possui entendimento consolidado no sentido de que o período de detração não deve ser levado em conta para o estabelecimento do prazo prescricional:

“(...) 2. Não é possível levar em consideração o tempo em que o paciente permaneceu preso cautelarmente, entre 17/11/2008 e 20/11/2009, porquanto, nos termos do entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça, **“o período de prisão provisória do réu é levado em conta apenas para o desconto da pena a ser cumprida, sendo irrelevante para fins de contagem do prazo prescricional, que deve ser analisado a partir da pena concretamente imposta pelo julgador, e não do restante da reprimenda a ser executada pelo Estado”** (AgRg no HC 181.711/ES, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 05/04/2016, DJe 18/04/2016). (...)” (STJ, HC 400704/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 31/08/2017).

Quanto à **prescrição da pretensão executória da pena de multa**, há a seguinte controvérsia nos Tribunais Superiores:



ITER CRIMINIS

Na doutrina, há controvérsia sobre qual a teoria mais adequada para delimitar o início dos atos de execução e o fim da fase de preparação. Na jurisprudência, entretanto, parece prevalecer, atualmente, a **teoria objetivo-individual**.

A esse respeito, entendo bastante conveniente a leitura de trecho de precedente do STJ, em que se nota a adoção, pela corte, da teoria objetivo-individual, com expressa menção ao plano do autor (apesar de tomar como ponto de partida a teoria objetivo-formal):

“(…) 8. A distinção entre atos preparatórios e executórios é tormentosa e exige uma conjugação de critérios, tendo como ponto de partida a teoria objetivo-formal, de Beling, associada a outros parâmetros subjetivos e objetivos (como a complementação sob a concepção natural, proposta por Hans Frank), para que, consoante o tirocínio do julgador, seja possível definir se, no caso concreto, foram exteriorizados atos tão próximos do início do tipo que, conforme o plano do autor, colocaram em risco o bem jurídico tutelado. 9. Tal solução é necessária para se distinguir o começo da execução do crime, descrito no art. 14, II, do CP e o começo de execução da ação típica. Quando o agente penetra no verbo nuclear, sem dúvida, pratica atos executórios. **No entanto, comportamentos periféricos que, conforme o plano do autor, uma vez externados, evidenciam o risco relevante ao bem jurídico tutelado também caracterizam início da execução do crime.** 10. Não houve violação do art. 14, II, do CP, pois os atos externados ultrapassaram meros atos de cogitação ou de preparação e expuseram a perigo real o bem jurídico protegido pela norma penal, inclusive com a execução da qualificadora do furto. Os recorrentes, mediante complexa logística, escavaram por dois meses um túnel de 70,30 metros entre o prédio que adquiriram e o cofre da instituição bancária, cessando a empreitada, em decorrência de prisão em flagrante, quando estavam a 12,80 metros do ponto externo do banco, contexto que evidencia, de forma segura, a prática de atos executórios.(…)” (STJ, REsp 1252770/RS, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 26/03/2015).

Vejamos na representação gráfica abaixo o momento em que a conduta do sujeito passa a ser punível:



O parágrafo único do artigo 14 do Código Penal demonstra a opção do legislador quanto à punição da tentativa:

Pena de tentativa

*Parágrafo único - Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, **diminuída de um a dois terços.***

Como se nota, **o legislador adotou, como regra, a teoria objetiva ou realística**, com a punição do crime tentado com uma pena diferente daquela prevista para o consumado. Incide, para o *conatus*, uma causa de diminuição de pena, de um a dois terços.

✓ **Crime de atentado ou de empreendimento**

Crime de atentado ou de empreendimento é aquele em que o legislador equipara a forma tentada à forma consumada do delito.

Evasão mediante violência contra a pessoa

Art. 352 - Evadir-se ou tentar evadir-se o preso ou o indivíduo submetido a medida de segurança detentiva, usando de violência contra a pessoa:

Pena - detenção, de três meses a um ano, além da pena correspondente à violência

Neste caso, como visto, o legislador adota, de forma excepcional, a teoria subjetiva quanto à punição do *conatus*. O tipo penal já prevê, como núcleos do tipo, tanto a forma consumada (no caso, “evadir-se”) quanto a tentada (tentar evadir-se), com a previsão da mesma sanção penal no seu preceito secundário (“detenção, de três meses a um ano, além da pena correspondente à violência”).

✓ **Crime impossível ou tentativa inidônea**

Quanto ao crime impossível, o Código Penal adotou a **teoria objetiva temperada**, razão pela qual a ineficácia do meio ou a impropriedade do objeto devem ser absolutas para que se configure a tentativa inidônea. Vejamos o teor do seu artigo 17:

Crime impossível

Art. 17 - Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.

Portanto, crime impossível é a tentativa de prática delitiva em que o crime (ou contravenção) não se configura por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, o que impossibilita a sua consumação. Neste caso, não se aplica sanção penal ao agente.

CONCURSO DE PESSOAS

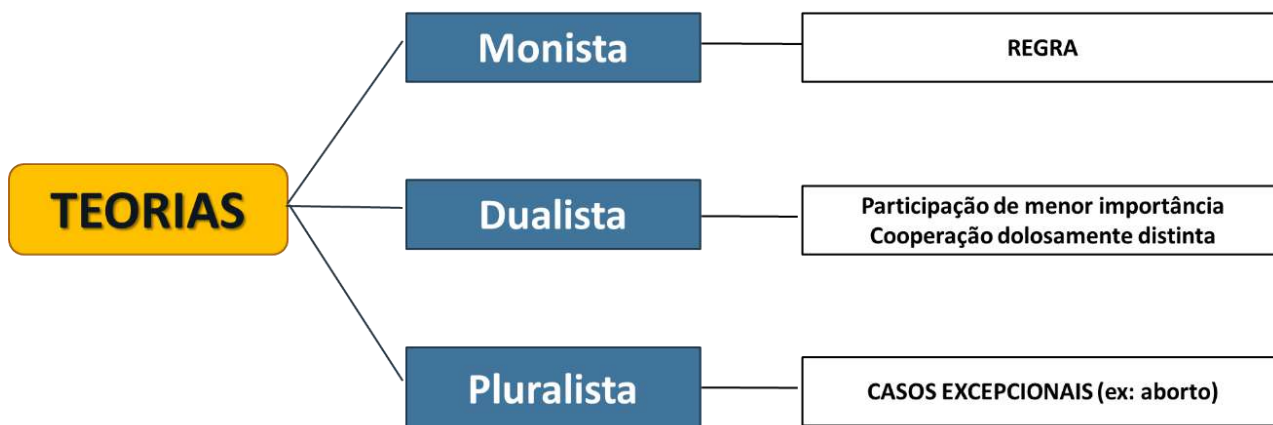
A principais teorias sobre a punição dos agentes, em caso de concurso, são a monista, a pluralista e a dualista.

O Código Penal adotou, como regra, a teoria monista para a punição do concurso de pessoas.

Como regra geral, o Código Penal adotou a teoria monista. Deste modo, autores, coautores e partícipes devem responder pelo mesmo delito, havendo a configuração do mesmo tipo penal com a conduta de cada um deles. Entretanto, segundo alguns doutrinadores, há a **adoção excepcional da teoria dualista**, no caso da participação de menor importância e da cooperação dolosamente

distinta, e da teoria pluralista, em casos excepcionais, como do aborto e da corrupção ativa e passiva.

O esquema abaixo demonstra as teorias e a adoção no nosso Direito Penal:



Quanto à diferença entre autor e partícipe, a doutrina majoritária aponta que a teoria mais adequada ao nosso Direito Penal é a objetivo-formal. Deste modo, autor é aquele que realiza a conduta nuclear típica, enquanto o partícipe concorre para a prática da infração penal, sem, no entanto, praticar o núcleo do tipo.

A doutrina majoritária adota a teoria objetivo-formal para a diferenciação entre autor e partícipe.

Entretanto, há casos de punição do autor mediato no Código Penal, que representaria a adoção da teoria do domínio do fato, como no erro de tipo provocado por terceiro. A jurisprudência também vem adotando, em alguns precedentes, a teoria do domínio do fato, como ocorreu com a ação penal nº 470 (Caso do “Mensalão”) no Supremo Tribunal Federal.

Por fim, quanto à punição da conduta acessória, a teoria aceita pela doutrina majoritária é a da **acessoriedade limitada**. Exige-se, então, para a punição do partícipe, a prática de fato típico e ilícito.

TEORIA GERAL DA PENA

Quanto às penas, é conveniente lembrarmos alguns entendimentos jurisprudenciais sobre a sua aplicação.

Na primeira fase da dosimetria, o Superior Tribunal de Justiça não aceita a fixação da pena-base acima do mínimo legal com base em conceitos vagos, especialmente se baseados na gravidade em abstrato do próprio crime:

"(...) 3. A jurisprudência pátria, em obediência aos ditames do art. 59 do Código Penal e do art. 93, IX, da Constituição Federal, é firme no sentido de que a fixação da pena-base deve ser fundamentada de forma concreta, idônea e individualizada, não sendo suficiente referências a conceitos vagos e

genéricos, máxime quando ínsitos ao próprio tipo penal. (...)" (HC 445958/ES, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 29/06/2018).

O Superior Tribunal de Justiça entende, ainda, que não se deve adotar um *quantum* definido e determinado para todas as circunstâncias judiciais, mas sim devem ser consideradas cada uma das circunstâncias, conforme a relevância delas no caso concreto. Neste sentido, segue um trecho de recente acórdão de referida Corte:

“(...) III - Segunda a jurisprudência desta Corte Superior, a definição do *quantum* de aumento da pena-base, em razão de circunstância judicial desfavorável, está dentro da discricionariedade juridicamente vinculada e deve observar os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, necessidade e suficiência à reprovação e prevenção ao crime. **Não se admite a adoção de um critério puramente matemático, baseado apenas na quantidade de circunstâncias judiciais desfavoráveis, até porque de acordo com as especificidades de cada delito e também com as condições pessoais do agente, uma dada circunstância judicial desfavorável poderá e deverá possuir maior relevância (valor) do que outra no momento da fixação da pena-base, em obediência aos princípios da individualização da pena e da própria proporcionalidade.** (...)” (STJ, HC 437157/RJ, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 20/04/2018).

O STF, por sua vez, possui precedente em que se considera recomendável a indicação da fração do aumento, apesar de consignar que não é necessária essa menção na sentença. Nestes termos, o seguinte trecho de precedente relativamente recente:

“(...) 10. **Ainda que recomendável a atribuição de um *quantum* de pena, isoladamente, a cada vetor considerado na primeira fase da dosimetria, sua inobservância não gera nulidade.** 11. Com efeito, a fixação de pena-base conglobada não impede que as instâncias superiores exerçam o controle de sua legalidade e determinem seu reajustamento, se não houver base empírica idônea que confira suporte aos vetores invocados ou se desarrazoada a majoração havida. 12. Na espécie, houve motivação adequada para a valoração negativa da culpabilidade, das circunstâncias do crime e da conduta social do paciente, demonstrando-se, com base em elementos concretos, o maior grau de censurabilidade da conduta, a justificar a acentuada exasperação de sua pena-base. (...)” (STF, HC 134193/GO, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, Julgamento em 26/10/2016).

O Superior Tribunal de Justiça também possui entendimento consolidado sobre a vedação de utilização de inquéritos e processos penais em curso, conforme o verbete da Súmula 444:

É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

O Supremo Tribunal Federal também possui referido posicionamento, como se nota do acórdão a seguir:

“PENA – FIXAÇÃO – ANTECEDENTES CRIMINAIS – INQUÉRITOS E PROCESSOS EM CURSO – DESINFLUÊNCIA. Ante o princípio constitucional da não culpabilidade, inquéritos e processos criminais em curso são neutros na definição dos antecedentes criminais. (STF, RE 591054/SC, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, Julgamento em 17/12/2014).

Também não podem ser considerados maus antecedentes os atos infracionais cometidos pelo indivíduo, antes de atingida a maioridade, nem a sentença homologatória de transação penal.

Sobre a personalidade do agente, tem-se exigido que haja elementos concretos sobre a avaliação psicológica do agente para a elevação da pena base, pelo juiz, com fundamento na personalidade do agente:

“(…) Este Superior Tribunal de Justiça reconhece que a personalidade do agente somente pode ser valorada negativamente se constarem dos autos elementos concretos para sua efetiva e segura aferição pelo julgador, o que não se vislumbra na hipótese em apreço. (...)” (STJ, HC 433404/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 09/04/2018).

Na segunda fase da dosimetria, são consideradas as circunstâncias agravantes e atenuantes. Neste caso, assim como na primeira fase da dosimetria, não há a fixação de uma fração, pela lei, para a diminuição ou o aumento da pena, sendo que a jurisprudência aponta como utilizável fração de 1/6 (um sexto).

O Superior Tribunal de Justiça admite a consideração de fração diversa, mas entende que a fixação do aumento superior a um sexto exige motivação específica na sentença:

“(…) 6. Quanto à fase intermediária do procedimento dosimétrico, o Código Penal olvidou-se de estabelecer limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes genéricas. Assim, a jurisprudência reconhece que **competete ao julgador, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso, escolher a fração de aumento ou redução de pena, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Todavia, a aplicação de fração superior a 1/6 exige motivação concreta e idônea.**” (STJ, HC 402951/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 22/05/2018).

Na segunda fase, parte-se da pena intermediária para a estipulação da pena intermediária. Esta deve observar a adstrição aos limites mínimo e máximo da sanção abstratamente cominada ao delito. É o que determina a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça:

A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

Uma das agravantes é a reincidência, sobre a qual a tabela demonstra as hipóteses de incidência:

Fato anterior (trânsito em julgado)	Fato posterior	Reincidência
Crime no Brasil	Crime	Sim
Crime no exterior	Crime	Sim
Contravenção	Crime	Não
Contravenção no Brasil	Contravenção	Sim
Contravenção no exterior	Contravenção	Não
Crime no Brasil	Contravenção	Sim

Crime no exterior	Contravenção	Sim
--------------------------	---------------------	------------

O nosso Direito adota o **sistema da temporariedade da reincidência**. Isto significa que o delito só ensejará a reincidência do agente, caso ele pratique novo fato delitivo, dentro de determinado prazo. Referido lapso temporal é denominado de **período depurador**, que é de um lustro, um quinquênio ou, de modo mais simples, de **cinco anos**.

Ademais, a Súmula 241 do STJ relembra que não se pode valorar o mesmo fato como agravante da reincidência e circunstância judicial, ao mesmo tempo, sob pena de violação ao princípio do *ne bis in idem*:

A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial.

Incide, na segunda fase, uma atenuante de pena no caso de haver confissão. Quando a **confissão espontânea** for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no artigo 65, III, d, do Código Penal. O STJ possui enunciado a respeito, a Súmula 545:

Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no artigo 65, III, d, do Código Penal.

Para deixar mais claro, ainda que a confissão seja parcial, se o juiz fundamentar a condenação com base nela, o indivíduo fará jus à incidência da atenuante. De igual forma, se o agente posteriormente se retratar e, mesmo assim, for um dos elementos utilizados na sentença. Portanto, a confissão espontânea realizada perante a autoridade policial pode atenuar a pena, ainda que o agente se retrate perante o juiz, desde que este a utilize como elemento de convencimento para a condenação. É o que decidiu recentemente o STJ:

“(...) 4. A Jurisprudência deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de que **incide a atenuante prevista no art. 65, III, "d", quando a confissão do acusado, ainda que retratada ou parcial, seja utilizada para fundamentar a sua condenação**, como ocorreu no caso em apreço. Súmula 545 do STJ. (...)” (STJ, HC 433722/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 22/05/2018).

Além das atenuantes previstas no artigo 65 do Código Penal, o artigo 66 prevê a possibilidade de o juiz atenuar a pena por alguma outra circunstância relevante, seja ela anterior ou posterior ao crime. Cuida-se da chamada **atenuante genérica (ou clemência)**:

Art. 66 - A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.

Um exemplo de utilização da atenuante genérica é o caso da coculpabilidade. Deste modo, se o juiz entender que o sujeito não teve garantidos seus direitos mínimos pelo Estado, possuindo menos oportunidades na vida, pode atenuar a pena para sua adequada individualização.

A reincidência é uma agravante que é tida como preponderante. Surgiu, então, a controvérsia sobre a sua possibilidade de compensação com a confissão espontânea, que é circunstância subjetiva. O STJ pacificou, no âmbito da própria Corte, que a compensação é possível, ao julgar recurso especial representativo da controvérsia:

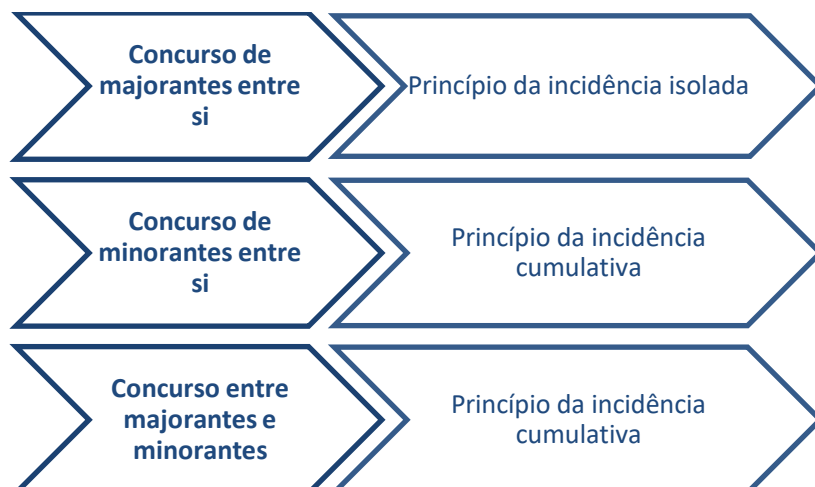
“RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C DO CPC). PENAL. DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. 1. **É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência.** 2. Recurso especial provido.” (REsp 1341370/MT, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 3ª Seção, DJe 17/04/2013)

Na terceira fase, incidem as majorantes e minorantes, também chamadas de causas de aumento e de diminuição de pena. As premissas para sua aplicação estão estabelecidas no seguinte precedente do STJ:

“PROCESSUAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. COMPENSAÇÃO ENTRE CAUSAS DE AUMENTO E DIMINUIÇÃO (LEI N. 11.343/06). IMPOSSIBILIDADE. OFENSA À INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. NOVO CÁLCULO DAS PENAS. TRATAMENTO MAIS FAVORÁVEL AO RÉU. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO SOMENTE APÓS A CAUSA DE AUMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia. 2. **De acordo com a jurisprudência desta Corte, não é possível a compensação de uma causa de aumento com outra de redução. Isso porque, além de obediência ao sistema trifásico (68 do CP), possui o magistrado o dever de esclarecer os motivos que determinaram a incidência do respectivo quantum de aumento ou de diminuição de pena que entender aplicável** (HC 237.734/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 19/03/2013, DJe 25/03/2013). Precedentes. 3. **Com o intuito de assegurar o tratamento mais favorável ao réu no momento do cálculo de suas penas, presentes causas de aumento e diminuição, deve-se, primeiramente, elevar a pena e, somente após, fazer incidir a minorante. Precedentes.** 4. Habeas corpus não conhecido. Concessão da ordem, de ofício, para determinar que o Tribunal de origem, afastada a compensação entre as causas de aumento e diminuição, efetue novo cálculo das penas, justificando os patamares de aumento e de diminuição contidos nos arts. 40, VI, e 33, § 4º, ambos da Lei 11.343/06.” (STJ, HC 367916/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 10/11/2016).

Caso haja majorantes e minorantes, o juiz deve aplicar ambas, na seguinte ordem: primeiro as majorantes e, sobre a pena já aumentada, fazer a aplicação das causas de diminuição de pena, nos termos do princípio da incidência cumulativa.

Segue um esquema com o resumo da forma de cálculo das majorantes e minorantes:



O juiz deve proceder, na sentença condenatória por pena privativa de liberdade, à fixação do regime inicial de cumprimento de pena. A esse respeito, o STJ possui a Súmula 440:

Súmula 440 - Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

Também sobre o tema, a Súmula nº 719 do STF dispõe o seguinte:

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Ainda a respeito da fixação do regime inicial, há a Súmula nº 269 do STJ:

É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.

Sobre progressão de regime, foram publicadas súmulas pelo STJ e pelo STF. A Súmula Vinculante 26, cuja redação não é muito didática, possui o seguinte enunciado:

Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

O STJ também, no âmbito da sua Corte, resolveu elaborar enunciado a respeito da progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados, consistente na Súmula 471:

Os condenados por crimes hediondos ou assemelhados cometidos antes da vigência da Lei n. 11.464/2007 sujeitam-se ao disposto no art. 112 da Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) para a progressão de regime prisional.

Vamos resumir a questão com uma tabela:

Delito cometido	Condição pessoal do executado	Fração para progressão de regime
Crime comum	Primário	1/6

	Reincidente	
Hediondo ou equiparado, antes de 28/03/2007	Primário	1/6
	Reincidente	
Hediondo ou equiparado, após 28/03/2007	Primário	2/5
	Reincidente	3/5

No caso da pena de multa, a controvérsia surgiu sobre a legitimidade para sua execução, da advocacia pública ou do Ministério Público. O STJ consolidou seu entendimento com a aprovação da Súmula 521 do STJ:

A legitimidade para a execução fiscal de multa pendente de pagamento imposta em sentença condenatória é exclusiva da Procuradoria da Fazenda Pública.

Um dos benefícios da execução penal é o livramento condicional. É interessante trazer um resumo das diferentes frações exigidas para sua obtenção:

Crime	Situação do condenado	Lapso temporal para o LC
Comum	Não reincidente em crime doloso e portador de bons antecedentes	1/3
	Reincidente em crime doloso	1/2
Hediondo	Não reincidente específico	2/3
Equiparado (tráfico de drogas, tortura e terrorismo)		
Tráfico de pessoas		
Hediondo	Reincidente específico	VEDADO
Equiparado (tráfico de drogas, tortura e terrorismo)		
Tráfico de pessoas		

A Lei 11.343/2006, que trata do crime de drogas, tornou maior a restrição ao livramento condicional, ao proibi-lo a crimes como o de associação para o tráfico. A este respeito, cumpre transcrever trecho de aresto do STJ, que aborda o tema da reincidência específica:

“(…) 4. Conquanto o delito de associação para o tráfico não seja hediondo, a nova lei vedou a concessão do livramento condicional ao reincidente específico nos crimes nela relacionados - arts. 33, caput e §1º, e 34 a 37 da Lei n. 11.343/2006 -, diferentemente do regramento aplicado aos delitos cometidos antes de sua vigência, até então, regidos pelo disposto no art. 83, V, do CP, que negava o benefício ao apenado reincidente específico em crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo. 5. **Tratando-se de apenados reincidentes específicos, assim considerados os condenados em quaisquer dos delitos previstos no caput do art. 44 da Lei n. 11.343/2006, quais sejam: os dos arts. 33, caput e §1º, e 34 a 37 da Lei n. 11.343/2006, não há como lhe ser concedido o benefício do livramento condicional, por expressa vedação legal.**” (STJ, HC 282733/RJ, Rel Min. NEFI CORDEIRO, DJe 16/06/2016)



É muito importante ressaltar que a prática de falta grave, no curso do cumprimento da pena privativa de liberdade, não interrompe o prazo para obtenção do livramento condicional. Cuida-se de entendimento já sumulado pelo STJ, referente ao enunciado nº

441:

A falta grave não interrompe o prazo para obtenção de livramento condicional.

O STJ entende que a revogação ou a suspensão do livramento condicional depende de decisão judicial, não ocorrendo de forma automática:



“2. Consoante entendimento desta Corte, **a revogação ou suspensão do livramento condicional não ocorre de forma automática, devendo ser declarada no curso do período de prova, pelo juiz das execuções.** Assim, concluído o prazo do

livramento condicional, sem que tenha havido suspensão cautelar, revogação ou prorrogação do benefício, não é mais possível a adoção destas medidas, ainda que tenha o condenado praticado novo crime durante o período de prova, devendo ser julgada extinta a sua punibilidade. Precedentes.” (STJ, HC 272931/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe 04/11/2014)

CONCURSO DE CRIMES

O Superior Tribunal de Justiça entende que há concurso material entre roubo e extorsão se o agente, após subtrair os bens da vítima com violência ou grave ameaça, exige que ela lhe forneça a senha do cartão subtraído. Configurados ambos os delitos, as penas devem ser somadas. É o que se nota do seguinte precedente:

“PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. CRIMES DE EXTORSÃO E ROUBO. RECONHECIMENTO DO CRIME CONTINUADO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO IMPROVIDO. 1. **É firme o entendimento desta Corte Superior de que Ficam configurados os crimes de roubo e extorsão, em concurso material, se o agente, após subtrair bens da vítima, mediante emprego de violência ou grave ameaça, a constrange a entregar o cartão bancário e a respectiva senha, para sacar dinheiro de sua conta corrente** (HC 127.320/SP, Rel. Ministro ROGERIO

SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 07/05/2015, DJe 15/05/2015) 2. Agravo Regimental improvido.” (STJ, AgRg no REsp 1702185/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 26/03/2018).

Vale ressaltar, ainda, que o STJ não entende configurar o concurso material de delitos o caso de porte ou posse ilegal de arma, quando esta conduta se volta para a finalidade da prática de tráfico ilícito de entorpecentes. A Corte entende que cabe o reconhecimento de absorção do crime meio pelo crime fim, com aplicação do princípio da consunção:

“(…) III - Segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, **a absorção do crime de porte ou posse ilegal de arma pelo delito de tráfico de drogas, em detrimento do concurso material, deve ocorrer quando o uso da arma está ligado diretamente ao comércio ilícito de entorpecentes, ou seja, para assegurar o sucesso da mercancia ilícita.** Nesse caso, trata-se de crime meio para se atingir o crime fim que é o tráfico de drogas, exige-se o nexó finalístico entre as condutas de portar ou possuir arma de fogo e aquelas relativas ao tráfico (HC n. 181.400/RJ, Quinta Turma, Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 29/6/2012). (...)” (STJ, HC 395762/RJ, Rel. Min. Félix Fischer, Quinta Turma, DJe 21/11/2017).

Reconhecido o concurso formal, **o juiz deve estipular dentre um sexto até metade com base no número de delitos cometidos pelo agente.** É o que vemos do seguinte precedente do STJ:

“(…) 7. Nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, **o aumento decorrente do concurso formal tem como parâmetro o número de delitos perpetrados, devendo ser a pena de um dos crimes exasperada de 1/6 até 1/2.** Por certo, o acréscimo correspondente ao número de quatro infrações é a fração de 1/4. 8. Writ não conhecido.” (STJ, HC 317709/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 01/12/2017).

Passando ao próximo tema, vale recordar que o **crime continuado comum** é aquele aplicável aos crimes em geral, estando previsto no *caput* do artigo 71:

Art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

Configura-se quando o agente, mediante uma pluralidade de condutas, pratica mais de um crime da mesma espécie, sendo um considerado como continuação do outro, em razão das condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes.

Os requisitos para a configuração do crime continuado comum são as seguintes:

- ✓ Pluralidade de condutas;
- ✓ Crimes da mesma espécie;
- ✓ Vínculo de continuidade: mesmas condições de tempo, mesmas condições de lugar, mesma forma de execução (*modus operandi*) e demais circunstâncias semelhantes;
- ✓ Unidade de desígnios (segundo o STJ e a doutrina majoritária).

Configurada a continuidade delitiva, deve-se aplicar ao agente a pena do crime mais grave, se forem diferentes, ou de um dos crimes, se as penas forem iguais, com a causa de aumento de pena de um sexto a dois terços.

O critério para fixação, pelo juiz, da fração de aumento, cujo limite mínimo é de um terço, e o limite máximo, de dois terços, deve ser **o número de infrações penais praticadas**. A jurisprudência, inclusive, fixou a fração de aumento aplicável a cada número de crimes:

Número de infrações	Fração da causa de aumento
2	1/6
3	1/5
4	1/4
5	1/3
6	1/2
7 ou mais	2/3

Apesar de não haver previsão expressa na lei, parte da doutrina estabelece a necessidade de **unidade de desígnios**, ou seja, a prática de todos os delitos parcelares deve fazer parte de um mesmo plano do agente. É o que tem entendido o Superior Tribunal de Justiça, com a adoção da chamada **teoria objetivo-subjetiva ou mista**:

“(...) 5. **Adotando a teoria objetivo-subjetiva ou mista**, a doutrina e a jurisprudência inferiram implicitamente da norma um **requisito outro de ordem subjetiva, que é a unidade de desígnios na prática dos crimes em continuidade delitiva, exigindo-se, pois, que haja um liame entre os crimes, apto a evidenciar, de imediato, terem sido os crimes subseqüentes continuação do primeiro**, isto é, os crimes parcelares devem resultar de um plano previamente elaborado pelo agente. Dessa forma, diferenciou-se a situação da continuidade delitiva da delinquência habitual ou profissional, incompatível com a benesse. Precedentes.(...)” (HC 377270, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, DJe 09/06/2017).

São considerados **crimes da mesma espécie** os delitos previstos no mesmo dispositivo legal, inclusive os que estão na forma simples e na forma qualificada, bem como nas modalidades tentada e consumada. Ademais, exige-se que os tipos penais tutelem os mesmos bens jurídicos.

Neste sentido, o STJ não reconhece a continuidade delitiva entre roubo e latrocínio, em razão de o primeiro tutelar o patrimônio e a integridade física ou a liberdade individual, enquanto o último tutela o patrimônio e a vida:

“9. No caso dos crimes de roubo majorado e latrocínio, sequer é necessário avaliar o requisito subjetivo supracitado ou o lapso temporal entre os crimes, como fizeram as instâncias ordinárias, porquanto não há adimplemento do requisito objetivo da pluralidade de **crimes da mesma**

espécie. São assim considerados aqueles crimes tipificados no mesmo dispositivo legal, consumados ou tentada, na forma simples, privilegiada ou tentada, e além disso, devem tutelar os mesmos bens jurídicos, tendo, pois, a mesma estrutura jurídica. Perceba que o roubo tutela o patrimônio e a integridade física (violência) ou o patrimônio e a liberdade individual (grave ameaça); por outro lado, o latrocínio, o patrimônio e a vida.” (HC 189134, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, DJe 12/08/2016).

Também não reconhece a continuidade delitiva entre roubo e extorsão:

“(…) 3. Hipótese em que a Corte local assentou que os crimes de roubo circunstanciado e extorsão qualificada foram praticados mediante ações diversas e sucessivas, com desígnios autônomos, o que impossibilita o reconhecimento do concurso formal. Entendimento em sentido contrário demandaria o revolvimento do acervo fático-probatório, inviável na via estreita do writ. Precedentes. 4. **Não é possível o reconhecimento da continuidade delitiva entre os crimes de roubo e extorsão, pois embora sejam delitos do mesmo gênero, são de espécies distintas, o que inviabiliza a aplicação da regra contida no art. 71 do Código Penal.** Precedentes. (...)” (HC 409602, Rel. Min. Reynaldo da Fonseca, 5ª Turma, DJe 27/09/2017)

Com relação ao requisito do mesmo lugar, não se exige que se trate da mesma cidade. É possível a configuração, por exemplo, no caso de comarcas contíguas. É o entendimento adotado pelo STJ no seguinte precedente:

“HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. UNIFICAÇÃO DAS PENAS. CONTINUIDADE DELITIVA. COMARCAS CONTÍGUAS. OCORRÊNCIA. POSSIBILIDADE, EM TESE. AVALIAÇÃO OBJETIVA. DESCABIMENTO. REQUISITOS. ART. 71 DO CÓDIGO PENAL. AFERIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, PARA QUE O TRIBUNAL A QUO APRECIE OS REQUISITOS DA CONTINUIDADE DELITIVA. 1. **O fato de os crimes terem sido praticados em lugares diversos não pode ser utilizado, isoladamente e objetivamente, como empecilho ao reconhecimento da continuidade, mormente quando, como no caso, cuidam-se de comarcas vizinhas.** 2. **O art. 71 do Código Penal não exige, para o reconhecimento do crime continuado, que as práticas delitivas tenham ocorrido na mesma comarca, mas nas mesmas condições de "tempo e lugar", demonstrando uma necessidade de avaliação das circunstâncias que envolveram o atuar do criminoso e as características dos ilícitos por ele praticados.** (STJ, HC 174612/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 16/06/2011).

Crime continuado específico é a modalidade de continuidade delitiva aplicável aos casos em que os crimes são cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, envolvendo vítima diferentes.

O **crime continuado específico**, por sua vez, está previsto no artigo 71, parágrafo único, do Código Penal:

Parágrafo único - Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código.

São requisitos do concurso continuado específico:

- ✓ Pluralidade de condutas;

- ✓ Crimes da mesma espécie;
- ✓ Vínculo de continuidade: mesmas condições de tempo, mesmas condições de lugar, mesma forma de execução (*modus operandi*) e demais circunstâncias semelhantes;
- ✓ Unidade de desígnios (segundo o STJ e a doutrina majoritária).
- ✓ Crimes dolosos;
- ✓ Violência ou grave ameaça contra a pessoa;
- ✓ Vítimas diferentes.

No concurso continuado específico, o juiz deve aplicar a pena de um só dos crimes, se elas forem idênticas, ou a mais grave delas, se forem diferentes, aumentada até três vezes.

O critério para estabelecimento do *quantum* de aumento de pena se baseia em **elemento objetivo**, consistente no número de infrações cometidas, e **em elemento subjetivo**, consistente na valoração da culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, além dos motivos e as circunstâncias do crime. Perceba que os aspectos subjetivos são quase os mesmos analisados na primeira fase da dosimetria, previstos no artigo 59 do Código Penal.

O crime continuado específico foi previsto pela Lei 7.209/1984, que alterou a redação do artigo 71, do parágrafo único, do CP. Com isso, ficou superada a Súmula nº 605 do STF, do seguinte teor:

Não se admite continuidade delitiva nos crimes contra a vida". [SUPERADA!]

O STF já consignou a superação do enunciado nº 605 no seguinte precedente:

"Com a reforma do Código Penal de 1984, ficou suplantada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal predominante até então, segundo a qual 'não se admite continuidade delitiva nos crimes contra a vida' - Verbete nº 605 da Súmula. A regra normativa do § 2º do artigo 58 do Código Penal veio a ser aditada por referência expressa aos crimes dolosos, alterando-se a numeração do artigo e inserindo-se parágrafo - artigo 71 e parágrafo único do citado Código." (HC 77786, Relator Ministro Marco Aurélio, Segunda Turma, julgamento em 27.10.1998, DJ de 2.2.2001)

Com relação aos demais pressupostos do crime continuado específico, são aplicáveis os mesmos comentários do crime continuado comum. Deste modo, os crimes devem ser da mesma espécie.

Com isso, o STJ já decidiu não ser aplicável a continuidade delitiva no caso de terem sido praticados os crimes de estupro e do artigo 240 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

"(...) 7. Para que haja crime continuado os delitos devem ser da mesma espécie, conforme dicção expressa do art. 71 do Código Penal. Sendo assim, inviável o reconhecimento dessa figura entre os crimes de estupro e o do art. 240 do Estatuto da Criança e do Adolescente. 8. As instâncias ordinárias reconheceram a ocorrência de três crimes do art. 240 do Estatuto da Criança e do Adolescente, praticados em continuidade delitiva. Para se afastar a conclusão e entender pela existência de delito único, seria necessário o reexame de matéria fático-probatória, inviável em recurso especial, nos termos da já mencionada Súmula 7/STJ. 9. Mostra-se equivocada a invocação pelo acórdão recorrido da regra especial do art. 71, parágrafo único, do Código Penal, tendo em vista que a sua incidência, requer, expressamente, que os crimes tenham sido praticados contra vítimas diferentes. No caso, o estupro e o crime do art. 240 do Estatuto da Criança e do Adolescente foram praticados, cada qual em continuidade delitiva, contra a mesma vítima, motivo pelo qual deve ser

aplicado o caput do art. 71 do Estatuto Criminal..(...)" (REsp 1334405, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, DJe 15/10/2015).

✓ **Como proceder quando houver continuidade delitiva entre crimes praticados em concurso formal?**

O STF já entendeu aplicáveis ambos os acréscimos, os do concurso formal e da continuidade delitiva. Entretanto, o precedente, da Primeira Turma, não é recente:

"(...) 1. Correto o acórdão impugnado, ao admitir, sucessivamente, os acréscimos de pena, pelo concurso formal, e pela continuidade delitiva (artigos 70, "caput", e 71 do Código Penal), pois o que houve, no caso, foi, primeiramente, um crime de estelionato consumado contra três pessoas e, dias após, um crime de estelionato tentado contra duas pessoas inteiramente distintas. Assim, sobre a pena-base deve incidir o acréscimo pelo concurso formal, de modo a ficar a pena do delito mais grave (estelionato consumado) acrescida de, pelo menos, um sexto até metade, pela co-existência do crime menos grave (art. 70). E como os delitos foram praticados em situação que configura a continuidade delitiva, também o acréscimo respectivo (art. 71) é de ser considerado. 2. Rejeita-se, pois, com base, inclusive, em precedentes do S.T.F., a alegação de que os acréscimos pelo concurso formal e pela continuidade delitiva são inacumuláveis, em face das circunstâncias referidas.(...)" (HC 73821, Rel. Min. Sydney Sanches, 1ª Turma, **25/06/1996**)

Já o STJ vem entendendo que se deve reconhecer apenas a continuidade delitiva em relação a todos crimes, sem se utilizar o acréscimo do concurso formal. Contabilizam-se, para a escolha da fração de aumento do crime continuado, todos os delitos cometidos:

"2. Diante da ocorrência de dois fatos (roubo circunstanciado contra duas vítimas e roubo circunstanciado tentado contra uma terceira vítima), a aplicação de concurso formal, quanto à primeira situação, e continuidade delitiva, no tocante à segunda, revela constrangimento ilegal identificado pela incidência de bis in idem. **De rigor o reconhecimento apenas da continuidade delitiva, cujo acréscimo do quantum de pena resulta na fração de 1/5 (um quinto) por serem consideradas três infrações, conforme entendimento pacificado por esta Corte.**" (HC 357746, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, DJe 01/08/2016)

Com relação à pena de multa, o artigo 72 do Código Penal possui previsão específica sobre sua aplicação em caso de concurso de infrações:

Art. 72 - No concurso de crimes, as penas de multa são aplicadas distinta e integralmente.

Deste modo, qualquer que seja a modalidade de concurso de crimes, as penas de multa devem ser aplicadas de modo autônomo e integral. Portanto, ao final, as penas de multa sempre devem ser somadas.

Entretanto, no caso de continuidade delitiva, o STJ afasta a aplicação da norma prevista no artigo 72 do CP, acima transcrito, para considerar que deve haver a imposição de uma única pena de multa, por se tratar de crime único:

“(…) 3. Quanto ao recurso defensivo, impende considerar que, reconhecida a hipótese de crime continuado, não incide a regra do art. 72 do Código Penal para a fixação da pena de multa, devendo ser aplicado os critérios do art. 71 desse Codex. (...)” (STJ, REsp 858741/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 13/09/2010).

MEDIDA DE SEGURANÇA

Medida de segurança é a espécie de sanção penal que é imposta pelo Estado com finalidade exclusivamente preventiva, nos casos de inimputáveis e semi-imputáveis. Portanto, a medida de segurança é a sanção penal reservada para os casos de o sujeito ser considerado inimputável, ou seja, sem culpabilidade, além de poder substituir a pena nos casos dos semi-imputáveis, chamados de fronteiriços.

Para imposição das medidas de segurança, há dois sistemas, os quais se diferenciam conforme a possibilidade de aplicação concomitante com pena. São eles:

- ✓ **Sistema vicariante:** ou se aplica pena ou se aplica medida de segurança. Não é possível a imposição simultânea de pena e de medida de segurança, de modo que, se o agente for imputável, apenas receberá pena. Se for inimputável, deverá ser-lhe imposta medida de segurança. Por fim, no caso dos fronteiriços, ou o juiz aplica a pena reduzida ou a substitui por medida de segurança.

É o sistema atualmente adotado pelo Código Penal.

- ✓ **Sistema do duplo binário ou de dois trilhos:** podem ser aplicadas, de forma cumulativa, pena e medida de segurança. Deste modo, o agente poderia receber uma medida de segurança detentiva e restritiva, sem prejuízo de ter que cumprir pena.

No caso das medidas de segurança, o Código Penal não estipulou limite máximo de sua duração, estipulando que seu prazo deve ser indeterminado. Surgiram, então, diversos entendimentos a respeito:

- a) As medidas de segurança não devem ter limite máximo, devendo durar até que cesse a periculosidade do agente.
- b) O limite máximo é o de 30 anos, como o das penas.
- c) O limite é o máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado.

O Superior Tribunal de Justiça adota a corrente segundo a qual o limite de duração das medidas de segurança deve ser o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado. É o teor do enunciado nº 527 da sua Súmula:

O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado.”

O Supremo Tribunal Federal tem entendido de forma diferente, acolhendo o entendimento de que o limite máximo de duração da medida de segurança é o mesmo das penas privativas de liberdade.

Deste modo, o máximo que uma medida de segurança pode durar é por 30 anos. Neste sentido, o seguinte julgado:

“1. A prescrição da medida de segurança deve ser calculada pelo máximo da pena cominada ao delito cometido pelo agente, ocorrendo o marco interruptivo do prazo pelo início do cumprimento daquela, **sendo certo que deve perdurar enquanto não haja cessado a periculosidade do agente, limitada, contudo, ao período máximo de 30 (trinta) anos, conforme a jurisprudência pacificada do STF.** Precedentes: HC 107.432/RS, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, Julgamento em 24/5/2011; HC 97.621/RS, Relator Min. Cezar Peluso, Julgamento em 2/6/2009.” (STF, RHC 100383, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, Julgamento em 18/10/2011)

✓ **E se, atingido o limite da medida de segurança, o agente ainda apresentar periculosidade?**

Neste caso, a única solução é a propositura de ação civil de interdição, com pedido liminar de internação compulsória do indivíduo. Como a medida de segurança, segundo os tribunais superiores, possui prazo máximo de duração, caso a periculosidade ainda não tenha cessado, o Ministério Público deve buscar sua internação na esfera cível.

Prescrição das medidas de segurança

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que, no caso da medida de segurança, a extinção da punibilidade pela inércia estatal, por determinado lapso temporal, deve ter por base a pena máxima cominada ao delito, em se tratando de prescrição da pretensão punitiva. Em se tratando de prescrição da pretensão executória, o prazo deve ser calculado com base no máximo da pena, que é o de 30 anos, conforme o entendimento da Corte Suprema.

É o que foi decidido no seguinte precedente:

“HABEAS CORPUS. MEDIDA DE SEGURANÇA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. DESINTERNAÇÃO PROGRESSIVA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. As medidas de segurança se submetem ao regime ordinariamente normado da prescrição penal. **Prescrição a ser calculada com base na pena máxima cominada ao tipo penal debitado ao agente (no caso da prescrição da pretensão punitiva) ou com base na duração máxima da medida de segurança, trinta anos (no caso da prescrição da pretensão executória).** Prazos prescricionais, esses, aos quais se aplicam, por lógico, os termos iniciais e marcos interruptivos e suspensivos dispostos no Código Penal. (...)” (STF, HC 107777, Rel. Min. Ayres Britto, 2ª Turma, Julgamento: 07/02/2012)

No mesmo sentido, há o julgamento do RHC 100383, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, Julgamento: 18/10/2011. Portanto, ambas as turmas do Supremo Tribunal Federal possuem precedente com a adoção do entendimento acima assinalado.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, entende que o prazo de prescrição das medidas de segurança deve ser calculado com base no prazo máximo da pena prevista em abstrato para o delito. É o que se depreende da leitura do seguinte acórdão:

“HABEAS CORPUS. ART. 129 § 9.º, DO CÓDIGO PENAL. PACIENTE INIMPUTÁVEL. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. IMPOSIÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA. PRESCRIÇÃO PELA PENA MÁXIMA COMINADA EM ABSTRATO. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. A medida de segurança é espécie do gênero sanção penal e se sujeita, por isso mesmo, às regras contidas no artigo 109 do Código Penal,

sendo passível de ser extinta pela prescrição. 2. **A prescrição da medida de segurança aplicada a inimputável, é contada pelo máximo da pena abstratamente cominada ao delito.** 3. A sentença que aplica medida de segurança, por ser absolutória, não interrompe o curso do prazo prescricional. 4. A imputação do crime previsto no art. 109, § 9.º, do Código Penal, cuja pena máxima é de 3 anos, tem prazo prescricional de 8 anos - CP, art. 109, inciso IV. Como a denúncia foi recebida em 15.01.2007 e o trânsito em julgado ocorreu em 16.08.2010, não ocorreu a prescrição de pretensão punitiva pela pena in abstracto. 5. A prescrição da pretensão executória estatal, também não se verificou entre o trânsito em julgado, ocorrido em 16/08/2010, e o início do cumprimento da medida de segurança pelo Paciente, em 01/09/2010.(...)” (STJ, HC 182973, Rel. Min. Laurita Vaz, Dje 26/06/2012)

Portanto, as Cortes Superiores possuem entendimento divergente sobre a forma de cálculo da prescrição, apenas coincidindo o entendimento no que se refere à afirmação da incidência desta causa de extinção da punibilidade para as medidas de segurança.

EFEITOS DA CONDENAÇÃO

O Supremo Tribunal Federal já fixou a tese segundo a qual todo e qualquer bem que possua valor econômico, apreendido em razão da prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, pode ser confiscado:

“Tese: **É possível o confisco de todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico de drogas, sem a necessidade de se perquirir a habitualidade, reiteração do uso do bem para tal finalidade, a sua modificação para dificultar a descoberta do local do acondicionamento da droga ou qualquer outro requisito além daqueles previstos expressamente no artigo 243, parágrafo único, da Constituição Federal**” (STF, RE 638491/PR, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, Julgamento: 17/05/2017).

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê, em seu artigo 244-A, alterado pela Lei 13.440/2017, a sanção de perda dos bens e valores utilizados na prática do crime de submeter criança ou adolescente à prostituição ou à exploração sexual, em favor do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente, ressaltando o direito do terceiro de boa-fé:

Art. 244-A. Submeter criança ou adolescente, como tais definidos no caput do art. 2o desta Lei, à prostituição ou à exploração sexual:

*Pena – reclusão de quatro a dez anos e multa, além da **perda de bens e valores utilizados na prática criminosa em favor do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente da unidade da Federação (Estado ou Distrito Federal) em que foi cometido o crime, ressaltado o direito de terceiro de boa-fé.***

Cumpra registrar, por fim, que o Supremo Tribunal Federal já decidiu que não é cabível o confisco de bens, com base no artigo 91, II, do Código Penal, em caso de transação penal:

“CONSTITUCIONAL E PENAL. TRANSAÇÃO PENAL. CUMPRIMENTO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITO. POSTERIOR DETERMINAÇÃO JUDICIAL DE CONFISCO DO BEM APREENDIDO COM BASE NO ART. 91, II, DO CÓDIGO PENAL. AFRONTA À GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL CARACTERIZADA. 1. Tese: os efeitos jurídicos previstos no art. 91 do Código Penal são decorrentes de sentença penal

condenatória. Tal não se verifica, portanto, quando há transação penal (art. 76 da Lei 9.099/95), cuja sentença tem natureza homologatória, sem qualquer juízo sobre a responsabilidade criminal do aceitante. As consequências da homologação da transação são aquelas estipuladas de modo consensual no termo de acordo. 2. Solução do caso: **tendo havido transação penal e sendo extinta a punibilidade, ante o cumprimento das cláusulas nela estabelecidas, é ilegítimo o ato judicial que decreta o confisco do bem (motocicleta) que teria sido utilizado na prática delituosa. O confisco constituiria efeito penal muito mais gravoso ao aceitante do que os encargos que assumiu na transação penal celebrada** (fornecimento de cinco cestas de alimentos). 3. Recurso extraordinário a que se dá provimento.” (STF, RE 795567/PR, Rel. Min. Teoria Zavascki, Tribunal Pleno, Julgamento: 28/05/2015).

Para a imposição da perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, deve haver adequada fundamentação pelo juiz, ainda que os requisitos sejam de ordem objetiva. É o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

"(...) A imposição da pena de perda do cargo, emprego ou função pública deve ser **adequadamente fundamentada, sendo uma consequência administrativa da condenação imposta, exigindo-se, para tanto, apenas o preenchimento de requisitos objetivos para sua aplicação**, quais sejam: pena privativa de liberdade igual ou superior a 1 (um) ano, nos casos de crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a administração pública ou pena privativa de liberdade igual ou superior a 4 (quatro) anos, nos demais crimes, tendo sido tais parâmetros observados na hipótese vertente" (HC 350.661/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 21/2/2017, DJe 14/3/2017) (...)” (STJ, HC 393748/RS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 30/08/2017).

O STJ tem admitido a aplicação da perda de cargo público mesmo se tratando de agente vitalício:

“(...) Esta Corte Especial tem entendido pela possibilidade da determinação da perda do cargo em decorrência da prolação de acórdão penal condenatório, ainda que o réu seja ocupante de cargo vitalício. Senão vejamos: APn 675/GO, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 18/11/2015, DJe 02/02/2016; APn 300/ES, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/09/2016, DJe 07/10/2016. (...)” (STJ, EDcl na APn 422/RR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Corte Especial, DJe 19/12/2017).

No caso dos parlamentares federais, a Constituição prevê o seguinte, em seu artigo 55, § 2.º, da Constituição Federal:

Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

(...)

VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.

(...)

§ 2º Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

No caso dos parlamentares estaduais e distritais, referida regra é aplicável em razão do que prescreve o artigo 27, § 1º, da CF:

*§ 1º Será de quatro anos o mandato dos **Deputados Estaduais**, aplicando- se-lhes as regras desta Constituição sobre sistema eleitoral, inviolabilidade, imunidades, remuneração, **perda de mandato**, licença, impedimentos e incorporação às Forças Armadas.*

Portanto, a perda só será efetivamente automática, para os parlamentares, no caso dos vereadores, já que a Constituição não lhes prevê nenhuma regra de decisão do Poder Legislativo a respeito da perda do mandato em decorrência de condenação criminal.

CLASSIFICAÇÃO DOS CRIMES

Há inúmeras formas de se classificar os crimes. No caso, é relevante lembrarmos uma classificação que tem sido cobrada em várias provas. Os delitos assim se classificam quanto ao resultado perseguido:

De intenção ou de tendência interna transcendente: Espécie de crime formal, em que o agente persegue um resultado desnecessário para a consumação. A finalidade de obter o resultado é elementar para a configuração do tipo, mas não a própria obtenção do resultado naturalístico, razão pela qual o tipo é incongruente. Pode ser:

De tendência interna transcendente de resultado cortado ou de resultado separado: o resultado naturalístico, que não é necessário para a consumação do crime, depende da conduta de um terceiro. Classifica-se assim o delito de extorsão mediante sequestro.

De tendência interna transcendente mutilado de dois atos ou atrofiado de dois atos: o agente pratica a conduta para um benefício posterior, que não é necessário ser obtido para sua configuração. O resultado naturalístico, não exigido para a configuração do delito, depende da vontade do agente. A doutrina aponta o caso da moeda falsa, já que o tipo não exige que seja colocada no mercado para que o agente efetivamente se beneficie.

De tendência interna peculiar ou intensificada: exige dolo antes e depois da conduta ou um elemento subjetivo especial do tipo, mas que não transcende a conduta. O agente não persegue um resultado desnecessário para a tipificação do crime. São os crimes habituais e aqueles que exigem um elemento subjetivo especial do tipo ou um dolo específico. É o caso da injúria, em que se exige a intenção e, mais ainda, o *animus injuriandi*, ou seja, que a intenção seja de ofender. O crime não se configura se a ideia foi fazer uma piada, por exemplo, ou uma crítica literária.

ROUBO

Dentre os vários crimes da Parte Especial do Código Penal, as modificações nos crimes patrimoniais tornam-nos de provável cobrança nos certames deste ano. Por isso, cabe um estudo sobre a forma majorada do delito:

Roubo circunstanciado ou majorado (§ 2º)

O artigo 157, no seu parágrafo segundo, prevê causas de aumento de pena aplicáveis ao roubo, cuja fração varia de um terço até metade.

O inciso I, de roubo circunstancia pelo emprego de arma, restou revogado pela Lei nº 13.654/2018, a qual também inseriu o inciso VI ao § 2º do artigo 157 do Código Penal, prevendo majorante para o caso de emprego de arma de fogo.

Há alegação de inconstitucionalidade formal na revogação do artigo 157, § 2º, I, do Código Penal, porque a previsão de revogação de tal dispositivo teria se dado na Comissão de Redação, sem sua efetiva apreciação pelas Casas do Congresso Nacional. Entretanto, enquanto não houver posicionamento das Cortes Superiores, especialmente do STF, a alteração deve ser considerada válida, dada a presunção de constitucionalidade das leis.

Com a Lei nº 13.654/2018, houve as seguintes alterações no parágrafo segundo do artigo 157:

Antes da da Lei 13.654/2018	Após as alterações da Lei 13.654/2018
§ 2º - A pena aumenta-se de um terço até metade: I - se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma; II - se há o concurso de duas ou mais pessoas; III - se a vítima está em serviço de transporte de valores e o agente conhece tal circunstância. IV - se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior; V - se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade.	§ 2º A pena aumenta-se de 1/3 (um terço) até metade: I – (revogado); II - se há o concurso de duas ou mais pessoas; III - se a vítima está em serviço de transporte de valores e o agente conhece tal circunstância. IV - se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior; V - se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade. VI – se a subtração for de substâncias explosivas ou de acessórios que, conjunta ou isoladamente, possibilitem sua fabricação, montagem ou emprego.

Estudaremos, então, as causas de aumento de pena remanescentes:

II - se há o concurso de duas ou mais pessoas

O concurso de duas ou mais pessoas torna o roubo majorado. A doutrina majoritária entende cabível tanto o cômputo de coautores como de partícipes. Podem ser utilizados para o cálculo inimputáveis e indivíduos não identificados.

O STJ já entendeu compatível a condenação pelo roubo majorado por concurso de pessoas e pelo delito de associação criminosa (antigo crime de quadrilha ou bando):

“(…) Inexiste *bis in idem* em razão da condenação concomitante pelos delitos de roubo majorado pelo emprego de arma de fogo e concurso de pessoas e de associação criminosa armada, antigo quadrilha ou bando armado, porquanto os delitos são independentes entre si e tutelam bens

jurídicos distintos. (...)” (STJ, HC 288929/SP, Rel. Des. Convocado Ericson Maranhão, Sexta Turma, DJe 30/04/2015).

III - se a vítima está em serviço de transporte de valores e o agente conhece tal circunstância

Aqui, busca-se criminalizar com maior rigor o crime praticado contra os funcionários que estejam atuando no transporte de valores, quando no exercício da função. O transporte de valores pelo seu proprietário não configura tal majorante.

Valores são quantias, bens ou riquezas, como notas, cheques, títulos de crédito, joias e outros. Não se limita às empresas de transporte de valores, mas deve o funcionário estar executando este serviço para outrem e o agente necessita ter ciência de tais circunstâncias para configuração da causa de aumento de pena.

IV - se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior

Cabem aqui os mesmos comentários feitos para o furto qualificado. Incide a majorante se o objeto material for veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior. O dispositivo não menciona o Distrito Federal, razão pela qual a doutrina majoritária não reconhece a possibilidade de reconhecimento da qualificadora se a situação envolver referida unidade federativa. O argumento é que se trataria de analogia *in malam partem*.

Deve haver a intenção de transporte do veículo para outro Estado ou outro país. O objeto material, por sua vez, deve ser veículo automotor.

V - se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade

Há causa de aumento de pena se o agente mantém o ofendido em seu poder, restringindo sua liberdade, como meio para a subtração de coisa alheia móvel. Caso a restrição da liberdade possua outro fim ou dure mais que o necessário para a prática do delito patrimonial, haverá concurso do crime de roubo com o delito de sequestro e cárcere privado.

VI – se a subtração for de substâncias explosivas ou de acessórios que, conjunta ou isoladamente, possibilitem sua fabricação, montagem ou emprego

A causa de aumento de pena do inciso VI do parágrafo segundo foi inserido pela Lei 13.654/2018, que, como visto, visa a dar um tratamento mais rígido aos delitos patrimoniais, mormente aqueles praticados contra agências bancárias.

Há aumento de pena se o agente subtrair substâncias explosivas ou acessórios que, conjunta ou isoladamente, possibilitem sua fabricação, montagem ou emprego. Portanto, há maior desvalor no fato de o objeto material do furto ser substância explosiva, como dinamite, ou mesmo acessórios que possibilitem, por si sós ou em conjunto com outros, fabricar, montar ou empregar explosivos.

No caso do furto, o fato de a *res furtiva* ser uma das mencionadas acima torna o crime qualificado. Para o roubo, há causa de aumento de pena.

Roubo circunstanciado ou majorado (§ 2º-A)

Na sua sanha de tornar mais rígido o tratamento de crimes patrimoniais praticados em determinadas circunstâncias, a Lei 13.654/2018 também inseriu o parágrafo 2º-A ao artigo 157. Para tais hipóteses, o aumento de pena será realizado pela **fração de 2/3 (dois terços), o que é mais gravoso do que o aumento previsto no parágrafo 2º**. São suas hipóteses:

I – se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma de fogo;

Neste caso, houve a revogação do inciso I do parágrafo segundo e o acréscimo do parágrafo 2º-A, inciso I, tratando do emprego de arma. Vejamos a modificação com relação ao tratamento do emprego de arma no roubo:

Antes da da Lei 13.654/2018	Após as alterações da Lei 13.654/2018
§ 2º - A pena aumenta-se de um terço até metade : I - se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma ;	§ 2º-A A pena aumenta-se de 2/3 (dois terços) : I – se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma de fogo ;

Entretanto, malgrado tenha buscado trazer uma rigidez maior na punição dos crimes patrimoniais, a Lei 13.654/2018 acabou por trazer uma situação mais benéfica:

Mais benéfica	Mais gravosa
Crime cometido com arma que não seja de fogo. Roubo majorado para roubo simples . Ex: roubo praticado com faca.	Crimes cometidos com arma de fogo. Causa de aumento de 1/3 até 1/2 modificada para 2/3 . Ex: roubo cometido com revólver. Casos das demais formas de roubo.

Deste modo, para os crimes cometidos com arma de fogo, temos uma alteração mais gravosa, já que a causa de aumento de pena passou de um terço até metade para o patamar de dois terços.

Portanto, não pode retroagir para prejudicar o réu, só podendo ser aplicada para os crimes cometidos a partir do início da vigência da Lei 13.654/2018.

No caso de crime de roubo praticado com arma de não seja de fogo, caso das armas brancas e as armas impróprias, a alteração legislativa é *lex mitior*, ou seja, lei mais favorável ao réu. Isto porque antes a situação configurava o roubo majorado e, atualmente, não há causa de aumento de pena, já que o inciso I do § 2º-A só menciona “arma de fogo”. Deste modo, a lei deve retroagir para beneficiar quem praticou o crime antes do início da vigência da Lei 13.654/2018, inclusive se já houver condenação com trânsito em julgado, cujas penas estejam sendo executadas.

Anteriormente, quando a majorante previa apenas o emprego de arma, surgiu a discussão sobre a possibilidade de o uso de arma de brinquedo ou de simulacro de arma ser considerado suficiente para a alteração da pena. O STJ chegou a aprovar o seguinte enunciado, de nº 174, da sua Súmula:

No crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento da pena. [súmula cancelada]

Como já destacamos acima, o enunciado foi cancelado, passando a prevalecer o entendimento de que a arma de brinquedo serve para configurar a grave ameaça, elementar do crime de roubo, não servindo, entretanto, para a configuração da circunstância de “emprego de arma”. Com mais razão, portanto, não será cabível atualmente a configuração da majorante em razão de emprego de simulacro de arma ou arma de brinquedo, já que o dispositivo exige emprego de arma de fogo.

Neste sentido, já há julgado do STJ:

“(...) 2. A Lei n. 13.654, de 23 de abril de 2018, revogou o inciso I do artigo 157 do CP, de modo que o emprego de arma branca não se subsume mais a qualquer uma das majorantes do crime de roubo. Assim, uma vez que o caso dos autos é de roubo com emprego de arma branca (faca), impõe-se a concessão de habeas corpus de ofício para que a pena seja reduzida na terceira fase da dosimetria, em observância ao princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica. (...)” (STJ, AgRg no REsp 1724625/RS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 28/06/2018).

Arma de fogo é o instrumento ou artefato que lança projéteis em alta velocidade por meio de uma ação pneumática, provocada por uma explosão. São exemplos de arma de fogo o revólver, a pistola, a metralhadora, o fuzil, a espingarda e o canhão.

Ainda na redação antiga, em que a majorante exigia o “emprego de arma”, surgiu a controvérsia sobre a necessidade de perícia, em que se atestasse o potencial lesivo do artefato, para o reconhecimento do roubo majorado. Caso realizada a perícia e demonstrado que não era possível disparo algum, sendo a arma imprestável, fica difícil sustentar a incidência da causa de aumento de pena:

(...)III - O acórdão impugnado, ao considerar a incidência da causa de aumento referida, incorreu em constrangimento ilegal, pois, de acordo com posicionamento adotado por esta Corte Superior, **comprovada a ausência de sua potencialidade lesiva da arma empregada, indevida a imposição da causa de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do CP.** (...)” (STJ, HC 416745/PR, Rel. Min. Félix Fischer, Quinta Turma, Dje 01/02/2018).

Entretanto, em alguns casos a arma não era encontrada ou apreendida e, deste modo, não se tornava possível fazer a perícia. Em tais casos, o STJ consolidou o entendimento de ser desnecessária

a prova pericial, desde que outros elementos de prova demonstrassem a utilização da arma pelo agente ou por um deles:

“(...) 1. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento firme de que **é prescindível a apreensão e a perícia da arma para a incidência da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, quando existirem nos autos outros elementos de prova capazes de comprovar a sua utilização no delito, como no caso concreto**, em que demonstrado pela própria Corte de origem que por meio do depoimento da vítima e do corréu, que o apelante com o corréu praticaram o roubo utilizando arma de fogo. (...)” (STJ, AgRg no REsp 1712795/AM, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 12/06/2018).

Em trecho de acórdão já mencionado anteriormente, o STJ entendeu compatível a condenação pelo roubo majorado por emprego de arma de fogo e pelo delito de associação criminosa armada (antigo crime de quadrilha ou bando armado):

“(...) **Inexiste bis in idem em razão da condenação concomitante pelos delitos de roubo majorado pelo emprego de arma de fogo e concurso de pessoas e de associação criminosa armada**, antigo quadrilha ou bando armado, porquanto os delitos são independentes entre si e tutelam bens jurídicos distintos. (...)” (STJ, HC 288929/SP, Rel. Des. Convocado Ericson Maranhão, Sexta Turma, DJe 30/04/2015).

Por fim, é importante consignar que o porte de arma de fogo como grave ameaça às vítimas, circunstância que torna o roubo majorado, é considerado crime-meio e deve ser por ele absorvido. Deste modo, o agente só responderá pelo crime de porte de arma de fogo em concurso com o roubo se praticados em contextos diferentes, como se demonstrado que o agente portou a arma de fogo ostensivamente no vilarejo durante duas semanas, intimidando os moradores, sendo que depois resolveu praticar o roubo mediante o uso de referido artefato.

II – se há destruição ou rompimento de obstáculo mediante o emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum.

A majorante do inciso II do § 2º-A se refere ao uso de explosivo ou de artefato análogo que causa perigo comum, sendo necessário haver a destruição ou o rompimento de obstáculo. É o que ocorre em um assalto a banco, se os agentes usarem dinamite para destruir a porta do cofre e obter acesso aos valores lá custodiados.

Concurso de causas de aumento de pena

No caso de concurso de mais de uma das majorantes acima estudadas, surge a controvérsia se a sua presença já justifica aumento da pena, na terceira fase da dosimetria, acima da fração mínima, ou se é necessária fundamentação específica pelo juiz para adoção de fração diversa da menor prevista na norma (no caso do parágrafo segundo do artigo 157).

O STJ já possui posição firmada, nos termos da Súmula 443:

O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado **exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes.**

O STF vinha entendendo de outro modo, considerando válida a exasperação acima do mínimo no caso de mais de uma majorante. Entretanto, há acórdão no mesmo sentido do posicionamento do STJ:

“HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ESCOLHA DA FRAÇÃO DE AUMENTO PREVISTA NO § 2º DO ART. 157 DO CP. DECISÃO FUNDAMENTADA NO NÚMERO DE MAJORANTES. INIDONEIDADE. PRECEDENTES DO STF E SÚMULA 443/STJ. 1. Para a escolha da fração de aumento prevista no § 2º do art. 157 do Código Penal, **exige-se decisão fundamentada em elementos concretos dos autos, não sendo suficiente a mera referência ao número de majorantes indicadas na sentença condenatória.** Incidência dos princípios da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF) e da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX, da CF). Precedentes do STF e Súmula 443/STJ. 2. Habeas corpus concedido.” (STF, HC 128338/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, Julgamento: 10/11/2015).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Finalizamos nossa revisão neste estudo de reta final para o TRF2. Espero que seja muito útil para a prova, sendo um diferencial para sua aprovação.

Mais uma vez, relembro-os de que estou disponível para as dúvidas e quaisquer sugestões são bem-vindas. O contato pode ser feito, no caso dos alunos, pelo fórum de dúvidas. Se ainda não for nosso aluno, pode fazer contato pelo Instagram.

Desejo muito sucesso na prova!

Michael Procopio.

DIREITO PROCESSUAL PENAL

FONTES DO DIREITO PROCESSUAL PENAL

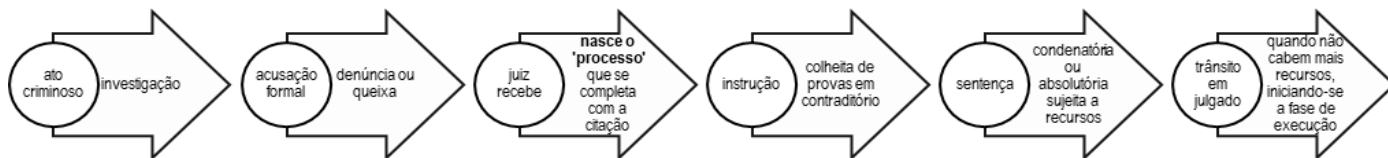
Materiais: compete privativamente à União legislar sobre direito processual. Estados têm competência concorrente para legislar sobre procedimentos.

Formais: lei ordinária na maior parte dos casos; também lei complementar, emendas, normas constitucionais, costume (para parte da doutrina), princípios gerais do direito, jurisprudência.

SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS

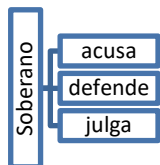
Acusatório, inquisitório e misto são tipos históricos, categorias de criação doutrinária, não existe sistema ‘puro’. Pressuposto estrutural lógico é a acumulação ou não das funções processuais.

Classificar qual fase da **persecução penal**?



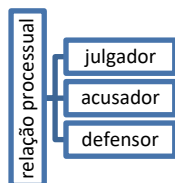
Daí a divergência na doutrina (critérios e objetos diferentes de classificação).

Sistema inquisitório:



No processo inquisitório o réu não é visto como parte, como sujeito da relação processual, com direitos e garantias individuais – está muito mais para um objeto (de onde toda a verdade deveria ser extraída) ou algo que está à mercê do processo, das provas, dos atos e das decisões da autoridade

Sistema acusatório:

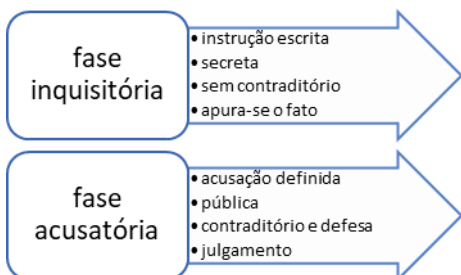


actum trium personarum; ne procedat iudex ex officio; separação de funções.

INQUISITÓRIO	ACUSATÓRIO
*acumulação de funções	* separação de funções
gestão da prova nas mãos do Estado	gestão da prova nas mãos das partes
sem contraditório	com contraditório
preponderância da vontade soberana	igualdade das partes (acusação x defesa)
desequilíbrio na relação (réu x Estado)	paridade de armas, equilíbrio, isonomia
início oficioso do processo	<i>ne procedat iudex ex officio</i> , inércia jurisdicional
acusado sem mecanismos de contraposição no processo, sem dialética	bilateralidade de audiência, com efetiva possibilidade de intervenção pelas partes
normalmente secreto e escrito	normalmente público e oral
acusado como objeto de prova	réu como sujeito de direitos
réu potencialmente culpado	réu presumidamente inocente
réu deve demonstrar sua inocência	ônus da prova para a acusação

sistema tarifado de provas	sistema de livre convencimento
confissão como 'rainha das provas'	equivalência entre as provas

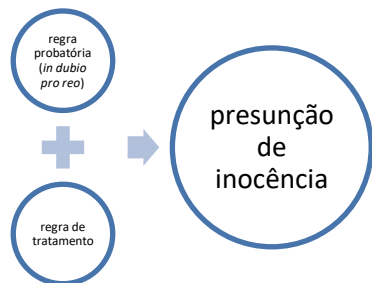
Sistema misto: composto por duas fases, uma inquisitória e outra acusatória:



PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO PENAL

Presunção de inocência: CF, art. 5º - LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; CADH, art. 8º, item 2 - Toda pessoa acusada de delito tem

direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Duas regras fundamentais: a regra probatória e a regra de tratamento.

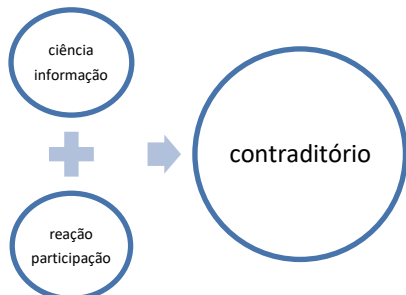


Regra probatória = *in dubio pro reo*.

Regra de tratamento = réu ser tido como inocente durante a persecução penal, em relação a todas as medidas que sejam tomadas.

Em regime de repercussão geral, foi reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência.

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



Na CADH: “toda pessoa tem direito de ser ouvida [...] na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela”.

* Ciência bilateral dos atos e termos do processo e possibilidade de contrariá-los.

* Direito à participação.

* Modernamente: relacionado à paridade de armas.

Ampla defesa: conjugação de 3 realidades – direito de informação, bilateralidade da audiência, direito de acesso e produção de provas. Relação estreita com o contraditório (enquanto

informação); este que viabiliza a ampla defesa. Em função desse princípio, admite-se o tratamento desigual do acusado em relação à acusação.

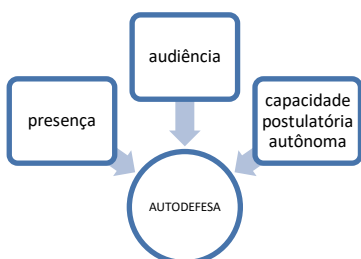


Autodefesa = exercida pelo próprio acusado, nas oportunidades que tem para se manifestar, em especial no interrogatório. Renunciável.

Defesa técnica = exercida por profissional habilitado, com capacidade postulatória (advogado) – indeclinável (art. 261,

CPP).

Réu tem a prerrogativa de escolha do seu advogado; pode, a qualquer tempo, contratar um e o juiz não pode nomear sem que antes ele tenha tido oportunidade de constituir (Súmulas 707 e 708/STF). É a omissão do acusado que abre espaço para a atuação do juiz.



Súmula 523: no processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.

Súmula Vinculante 14: É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito

de defesa.

Publicidade: CF, art. 5º, LX – a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.

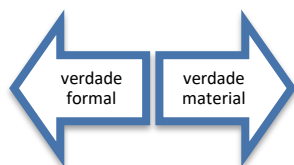


CF, art. 93, IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos.

CPP, art. 792 – As audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos.

Afastamento da publicidade somente por conta da intimidade ou do interesse social, da justiça, desde que não prejudique o interesse público à informação.

Busca da verdade real: não tem previsão normativa expressa e específica. Seria o inverso da *verdade formal*.



Ideia é a de que o processo penal não pode admitir ou se contentar apenas com a verdade 'processualizada', mas deve almejar que os autos sejam o melhor espelho possível em relação ao fato ocorrido no mundo da vida.

Juiz não deve ser mero espectador do processo. Ocorre quando a atividade investigatória/instrutória não é limitada pelo material apresentado pelas partes. Provas buscadas deverão ser legais e moralmente admitidas. Doutrina mais garantista critica, pressupondo perda da imparcialidade do juiz e violação ao sistema acusatório.

Inadmissibilidade das provas ilícitas: CF, art. 5º, LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

CPP: art. 157 - são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. § 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas.

Juiz natural: CF, art. 5º: XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

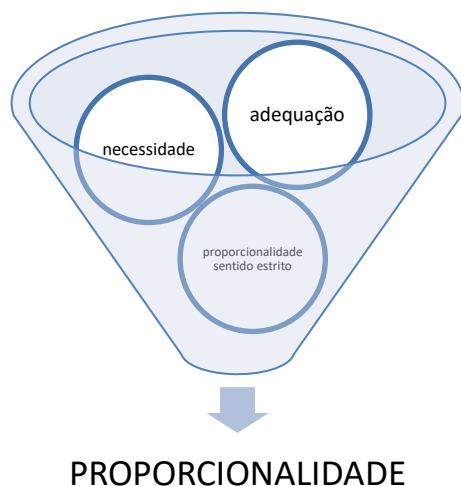
Princípio contra a autoincriminação – ‘*Nemo tenetur se detegere*’: base normativa implícita no direito de permanecer calado, concebido na CF, e na não obrigatoriedade de depor contra si mesmo (previsto em pactos internacionais).

O direito ao silêncio pode ser compreendido como uma das possibilidades de manifestação da *não autoincriminação*. Prerrogativa de se autodefender passivamente, sem nada ter de fazer (ato comissivo). Socorre a todos (direito público subjetivo) que, objetivamente, possam se autoincriminar – não somente aos réus e indiciados.



Confere garantias: direito ao silêncio e de não confessar; não praticar comportamento ativo incriminador; não produzir prova invasiva.

O exercício desse direito não implica crime e não pode resultar em presunção de culpa e gravame processual algum.



sentido estrito.

Enfoque positivo – proíbe o excesso.

Enfoque negativo – veda a proteção deficiente.

Proporcionalidade: não tem previsão expressa na CF. Decorre do Estado de Direito, do devido processo legal em sentido substancial, da própria estrutura dos direitos fundamentais, do caráter objetivo dos direitos humanos, da equidade, dentre outros postulados jurídicos.

‘Termômetro axiológico acerca da justiça das regras de direito’.

‘Superprincípio’ balizador de medidas do Poder Público, nas mais diversas áreas.

Requisitos ou subprincípios da razoabilidade: necessidade, adequação e proporcionalidade em

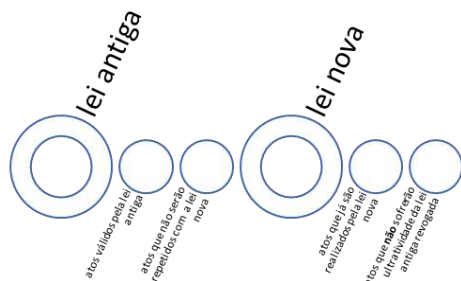
LEI PROCESSUAL NO ESPAÇO

Regra geral: CPP, art. 1º - O processo penal reger-se-á, em todo o território brasileiro.

Somente se aplica o nosso processo penal em sede de jurisdição brasileira. A possibilidade de aplicação da lei processual de um Estado dentro dos limites territoriais de outro representaria, de certa forma, afronta à soberania. Em relação às leis processuais, nenhuma dificuldade: aplica-se, por óbvio, o princípio da territorialidade. As hipóteses de extraterritorialidade constituem matéria de Direito Penal, conforme previsto no art. 7º de nosso Código Penal.

LEI PROCESSUAL NO TEMPO


CPP, art. 2º - A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.



“Tempus regit actum” (o tempo rege o ato), a traduzir que o ato processual será disciplinado pela lei vigente ao tempo da sua realização – independentemente de ela ser melhor ou pior aos interesses do acusado.

Toma-se em conta o momento da prática do ato processual; ao contrário da lei penal material, que leva em conta o tempo do crime (*tempus delicti*).

INTERPRETAÇÃO DA LEI PROCESSUAL PENAL

 LEIS PROCESSUAIS admitem analogia e interpretação extensiva	LEIS PENAS não admitem analogia e interpretação extensiva para incriminar o réu (legalidade estrita)
--	---

CPP, art. 3º - A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

Analogia: forma de autointegração das normas, consistente em aplicar a uma hipótese não prevista em lei a disposição legal relativa a um caso semelhante.

INQUÉRITO POLICIAL

Conceito e natureza jurídica: procedimento preliminar e preparatório da ação penal, de caráter administrativo, conduzido pela polícia judiciária e voltado à colheita preliminar de provas para apurar a prática de uma infração penal e sua autoria.

Tem natureza instrumental com função preservadora (evitar acusações infundadas) e preparatória (colher elementos de informação para a ação penal) e se desenvolve num procedimento flexível.



Função e finalidade: servir de base para a acusação, trazendo elementos de informação; tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais (art. 2º, Lei 12.830/2013).

Valor probatório: embora não sejam provas chanceladas pelo contraditório e ampla defesa e com um desvalor legal preestabelecido (no art. 155, CPP, se comparados às provas do processo), os elementos informativos angariados na investigação têm a sua valia, valia preponderantemente subsidiária e complementar em relação às provas produzidas no processo. Isoladamente, jamais devem legitimar a fundamentação de uma sentença.

Atribuição - presidência: Lei 12.830/2013. Art. 2º As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado. [...] § 4º O inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei em curso somente poderá ser avocado ou redistribuído por superior hierárquico, mediante despacho fundamentado, por motivo de interesse público ou nas hipóteses de inobservância dos procedimentos previstos em regulamento da corporação que prejudique a eficácia da investigação. § 5º A remoção do delegado de polícia dar-se-á somente por ato fundamentado.



Notitia criminis: conhecimento, espontâneo ou provocado, que a autoridade policial tem de um fato aparentemente criminoso. Pode ser: a) direta/espontânea; b) indireta/provocada; c) de cognição coercitiva.

Instauração do inquérito: depende, essencialmente, da natureza do crime a ser investigado (art. 5º, CPP). Importa saber, para efeito de início de investigação, se o crime é de *ação penal pública (condicionada ou incondicionada)* ou de *ação penal privada* – isso interfere diretamente.

Basicamente existem cinco modos de dar início ao inquérito: 1) de ofício; 2) por provocação do ofendido; 3) por delação de terceiro; 4) por requisição da autoridade competente; 5) pela

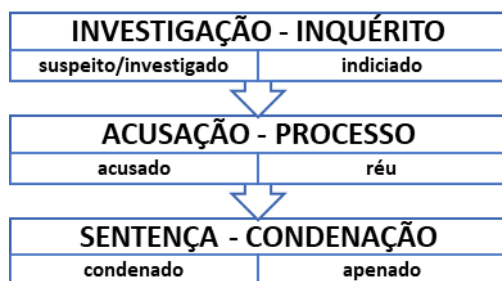
lavratura do auto de prisão em flagrante.

Diligências investigatórias: inquérito tem procedimento flexível, mas com uma série de diligências ao encargo da autoridade policial. Estão previstas nos artigos 6º, 7º, 13, 13-A e 13-B do CPP.

Vícios no inquérito policial: enquanto procedimento administrativo, assim como outro qualquer, o inquérito policial tem de observar as diretrizes legais e, inclusive, os princípios constantes do art. 37 da Constituição Federal, da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Os atos praticados dentro do inquérito, modo geral, estão sujeitos aos requisitos dos atos administrativos em geral. Enquanto modalidade de ato jurídico, podemos concluir que o ato administrativo deve atender aos elementos essenciais previstos no art. 104 do Código Civil, quais sejam: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei. Caso não haja o respeito a esses requisitos, caso haja vício de legalidade, como sói acontecer em qualquer procedimento, podem ser invalidados/anulados.

Outra coisa é avaliar se a irregularidade do inquérito contamina ou se estende para a ação penal. Em se tratando de fases diferentes da persecução penal, com finalidades, naturezas e regramentos distintos, cuidando-se de peça meramente informativa (que serve de base para a acusação formal), as imperfeições do inquérito policial, regra geral, não atingem o processo penal.

Incomunicabilidade do indiciado preso: dependerá sempre de despacho nos autos e somente será permitida quando o interesse da sociedade ou a conveniência da investigação o exigir. A incomunicabilidade, que não excederá três dias, será decretada por despacho fundamentado do Juiz, a requerimento da autoridade policial, ou do órgão do Ministério Público, respeitado, em qualquer hipótese, o disposto no artigo 89, inciso III, do Estatuto da OAB (Art. 21, CPP). Não se aplica ao advogado por força da disposição legal do respectivo Estatuto e, com isso, é completamente desnaturada.



Indiciamento: O indiciamento é a imputação formal a alguém, diante de um inquérito policial, da autoria de uma infração penal; ato privativo do delegado, que não pode ser arbitrário – ao contrário, deve ser fundamentado mediante uma análise técnico-jurídica sobre a necessária convergência dos elementos informativos de autoria e materialidade.

O indiciamento é ato próprio da fase investigatória, do inquérito policial. Ou ele ocorre dentro do inquérito – nem que seja ao seu final –, ou não tem sentido que se o realize quando do respectivo processo.

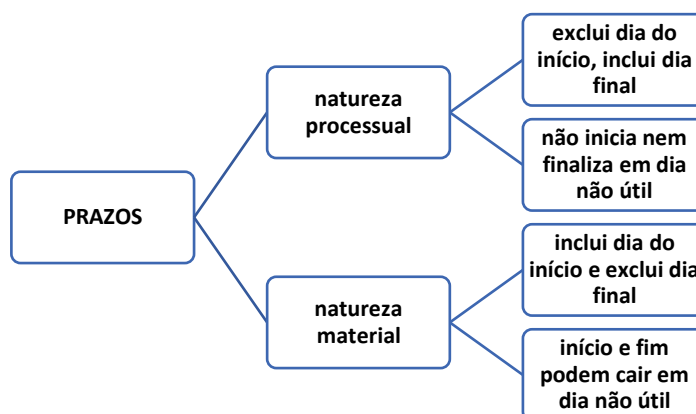
A propósito: caso o Judiciário determine a revogação ou desconstituição do ato, temos o que a doutrina chama de **desindiciamento**.

Sujeito passivo: a regra geral é que qualquer pessoa (maior) pode ser indiciada. Algumas leis orgânicas (LC 35/1979, LC 75/1993, Lei 8.625/1993) acabam estabelecendo uma prerrogativa para os magistrados e para os membros do Ministério Público, qual seja, a impossibilidade de serem investigados e, menos ainda, indiciados pela autoridade policial. O caminho a ser trilhado pela polícia, de um modo geral, para eles todos (juízes, promotores e procuradores da República) é o encaminhamento imediato dos autos para o órgão ou a autoridade superior da instituição a que eles pertencem. O STF, a partir da *Questão de Ordem* levantada no *Inquérito 2.411*, firmou entendimento no sentido de que “a autoridade policial não pode indiciar parlamentares sem prévia autorização do

ministro-relator do inquérito, ficando a abertura do próprio procedimento investigatório (inquérito policial originário) condicionada à autorização do Relator”.

Conclusão do inquérito: Conforme o artigo 10 do CPP, todo esse procedimento investigatório estudado até aqui tem prazo certo para encerramento.

É importante que fique registrado que os prazos (10 e 30 dias) são os fixados como regra no CPP. Há várias legislações extravagantes que fixam prazos completamente diferentes para a conclusão de inquéritos policiais em relação a determinadas naturezas e espécies de crimes; um claro exemplo é a Lei 11.343/2006 (*Drogas*), em seu art. 51.



	Investigado preso	Investigado solto*
CPP (art. 10, <i>caput</i>)	10 dias	30 dias
Inquérito policial federal	15 + 15	30 dias
Inquérito policial militar	20 dias	40 + 20
Lei de drogas	30 + 30	90 + 90
Crimes contra a economia popular	10	10
Prisão temporária decretada em inquérito policial relativo a crimes hediondos e equiparados	30 + 30	Não se aplica.

* Em se tratando de investigado solto, doutrina e jurisprudência admitem a prorrogação sucessiva do prazo para a conclusão do inquérito policial (Lima, 2017).

Encerradas as investigações deverá a autoridade policial redigir **relatório minucioso** sobre o que se apurou por ocasião do procedimento (§1º, art. 10, CPP). Ao elaborar o documento, deve limitar-se, para além do resumo das investigações e diligências, a tratar, apenas, sobre a tipicidade, autoria e materialidade dos fatos investigados – sem juízo de valor e sem avaliar culpabilidade.

Remessa dos autos: CPP optou por submetê-los, também, e de imediato, à figura do magistrado (conforme art. 10, § 1º, transcrito acima); aliás, sequer faz menção ao *dominus litis*.

Quando o inquérito chega ao Poder Judiciário há se verificar qual a natureza do crime investigado. Se o a infração penal for de ação privada, claro, a iniciativa pertence à vítima ou seu representante, que terá de oferecer queixa-crime. Por outro lado, caso o inquérito policial tenha apurado crime de ação penal pública, três (3) usuais possibilidades se apresentam: **oferecimento da denúncia** – desde que haja *justa causa* e observados os requisitos do art. 41 do CPP; **arquivamento do inquérito**

policial; requisição de diligências – providência que está prevista, de forma restritiva, no art. 16 do CPP e no inciso VIII do art. 129 da Constituição Federal. Todavia, a providência em questão – de requisição de diligências - está prevista de forma excepcional. É como se a lei estabelecesse um *regra geral*, qual seja: o Ministério Público não poderá devolver inquérito policial; e, na sequência, uma *exceção discriminada* a essa regra geral: somente para novas diligências que sejam ‘imprescindíveis’.

Além dessas três (3) providências usuais podem ocorrer outras duas (2):



1) **declinação de competência** – quando o agente do Ministério Público encarregado do caso pede que o juiz determine a remessa dos autos de inquérito policial para outro juízo.

2) **Conflito de competência** – quando os órgãos jurisdicionais discordam quanto a quem seja o juízo competente, inclusive quanto à reunião ou separação do caso.

Arquivamento do inquérito: Em razão da *indisponibilidade* e conforme art. 17 do CPP, a autoridade policial não pode mandar arquivar autos de inquérito policial. Do mesmo modo, o juiz, de ofício, não pode tomar essa medida, sendo inarredável a

manifestação do Ministério Público. Existe divergência na doutrina quanto à natureza jurídica dessa deliberação do juiz pelo arquivamento. Uns entendem que, na inexistência de processo, isso não passaria de um ato administrativo, onde o magistrado exerceria uma função anômala de fiscal da *obrigatoriedade* da ação pública. A lei (CPP, art. 67, I) se refere a essa deliberação como se *despacho* fosse. Outros compreendem que seria uma decisão judicial, na medida em que tem efeitos similares à *impronúncia* e, em certas situações, pode formar coisa julgada.

O **efeito jurídico** mais evidente do arquivamento está previsto no artigo 18 do CPP: depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia. Por ele se verifica que, regra geral, o arquivamento do inquérito policial não consolida, definitivamente, a situação jurídica do imputado.

Discordância/dissidência quanto ao arquivamento: art. 28 do CPP estabelece que se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá

a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender. A norma faz prevalecer o sistema acusatório. Não permite que o juiz faça as vezes de dominus litis e ofereça acusação de que não é titular (isso é privativo do Ministério Público, art. 129, I da CF), ou mesmo determine diligências investigatórias outras (porque não há amparo legal para isso), sob pena de correção parcial. Remetidos os autos ao Procurador-Geral de Justiça, nos termos do art. 28 do CPP, a este compete: **a)** oferecer denúncia; **b)** requisitar diligências; **c)** designar outro órgão do Ministério Público para oferecer denúncia (Lei nº 8.625/93, art. 10, IX, “d”); **d)** insistir no pedido de arquivamento, hipótese em que o juiz está obrigado a atender, já que o Ministério Público é o titular da ação penal. No âmbito do MPU (que engloba o MPF e o MPDF), se o juiz federal não concordar, remeterá os autos do IP à Câmara de Coordenação e Revisão do MPF (art. 62, LC 75/1993).

Arquivamento implícito ocorreria nas situações, de concurso de crimes ou de agentes, em que o Ministério Público não oferece denúncia ou não se manifesta expressamente pelo arquivamento por algum delito ou contra algum agente. Construção doutrinária que não é aceita pela maior parte da jurisprudência e da doutrina; e não é aceita justamente porque a lei (art. 28, CPP) prevê que o órgão do Ministério Público invoque *razões* para o requerimento de arquivamento que, portanto, deve ser expreso.

Arquivamento indireto ocorre quando o Ministério Público recusa atribuição para a causa e aponta, então, a incompetência do órgão do Poder Judiciário perante o qual ele oficia.

Existe corrente doutrinária sustentando que o **arquivamento** de inquérito policial **por juiz incompetente** não está subordinado ao princípio da vedação de revisão *pro societate*, razão pela qual subsiste a possibilidade de instauração do processo penal perante o juízo competente, salvo nas hipóteses de arquivamento em virtude da atipicidade da conduta delituosa.

Crimes de ação penal privada: não é comum se falar de arquivamento dos inquéritos nessas situações. Isso porque a decadência e a renúncia funcionam como causas extintivas da punibilidade. Se a vítima eventualmente pedisse o arquivamento do inquérito, provavelmente essa manifestação seria interpretada como renúncia tácita – gerando a extinção da punibilidade.

Regra geral, a decisão do juiz que determina/homologa o arquivamento não é recorrível. Exceções: casos em que o juiz mandar arquivar de ofício – *correção parcial*, diante de ato tumultuário; casos de arquivamento por Procurador-Geral de Justiça - o interessado pode submeter essa deliberação ao Colégio de Procuradores; crimes contra a saúde pública e economia popular têm previsão (na Lei 1.521/1951) de recurso de ofício/reexame necessário; as contravenções de jogo do bicho e de corrida de cavalos são passíveis de recurso em sentido estrito, conforme estabelece a antiga Lei 1.508/1951.

Trancamento e encerramento do inquérito: *trancamento*, conforme De Plácido e Silva, na linguagem jurídica, “é o mesmo que *encerramento, paralisação, cerramento, fechamento, cessação, invalidação*. Entende-se, pois, o ato pelo qual se encerra ou se faz cessar o andamento do processo, ou se dá por concluído o efeito de qualquer diligência ou procedimento judicial”. Hipótese surge quando o inquérito é arbitrário, instaurado ou mantido sem observar as diretrizes legais e constitucionais – aí temos um inquérito policial que representará um constrangimento ilegal para o

indiciado. Nessas situações é que tem espaço o encerramento anômalo, o *trancamento*. O *trancamento* é medida absolutamente extraordinária, só acontecendo em situações arbitrárias e de ilegalidade patente.

AÇÃO PENAL



Identidade de conceitos com a área cível.

É o direito de se invocar a prestação jurisdicional.

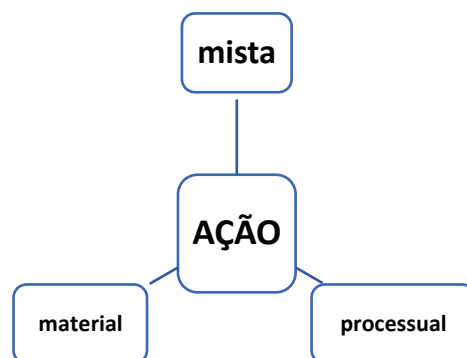
Base normativa constitucional: art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Existem regras sobre a ação tanto no Código Penal quando no CPP. Doutrina

diverge sobre a natureza jurídica das normas que regulam a ação:

Características:

Ação penal não é o mesmo que direito de punir ou pretensão punitiva. A ação penal não surge do crime, como ocorre com a pretensão punitiva. Para alguns, o 'direito' de punir está mais para um *poder-dever*. O direito material não se confunde com o direito de ação, este essencialmente instrumental, quando muito conexo com o direito penal objetivo.



CONDIÇÕES GERAIS DA AÇÃO

- a) Possuem caráter geral e devem estar presentes em qualquer ação penal.
- b) Consistem:
 - b.1)** Possibilidade jurídica do pedido: viabilidade de condenação, o que implica tipicidade da conduta.
 - b.2)** Interesse de agir: indícios de autoria e prova da existência do crime.
 - b.3)** Legitimidade:
 - b.3.1)** ativa: Ministério Público, na ação penal pública; e o ofendido, na ação penal privada.
 - b.3.2)** passiva: indivíduo maior de 18 anos.

CONDIÇÕES ESPECIAIS DA AÇÃO OU DE PROCEDIBILIDADE

- a) São específicas, sem caráter geral, vinculando o exercício da ação penal em apenas alguns casos.
- b) Referem-se, unicamente, à instauração do processo e não envolvem diretamente aspectos pertinentes ao mérito.
- c) Como exemplos destas condições, as hipóteses em que a lei exige a representação do ofendido ou a requisição do Ministro da Justiça para que possa o Ministério Público ingressar com ação.

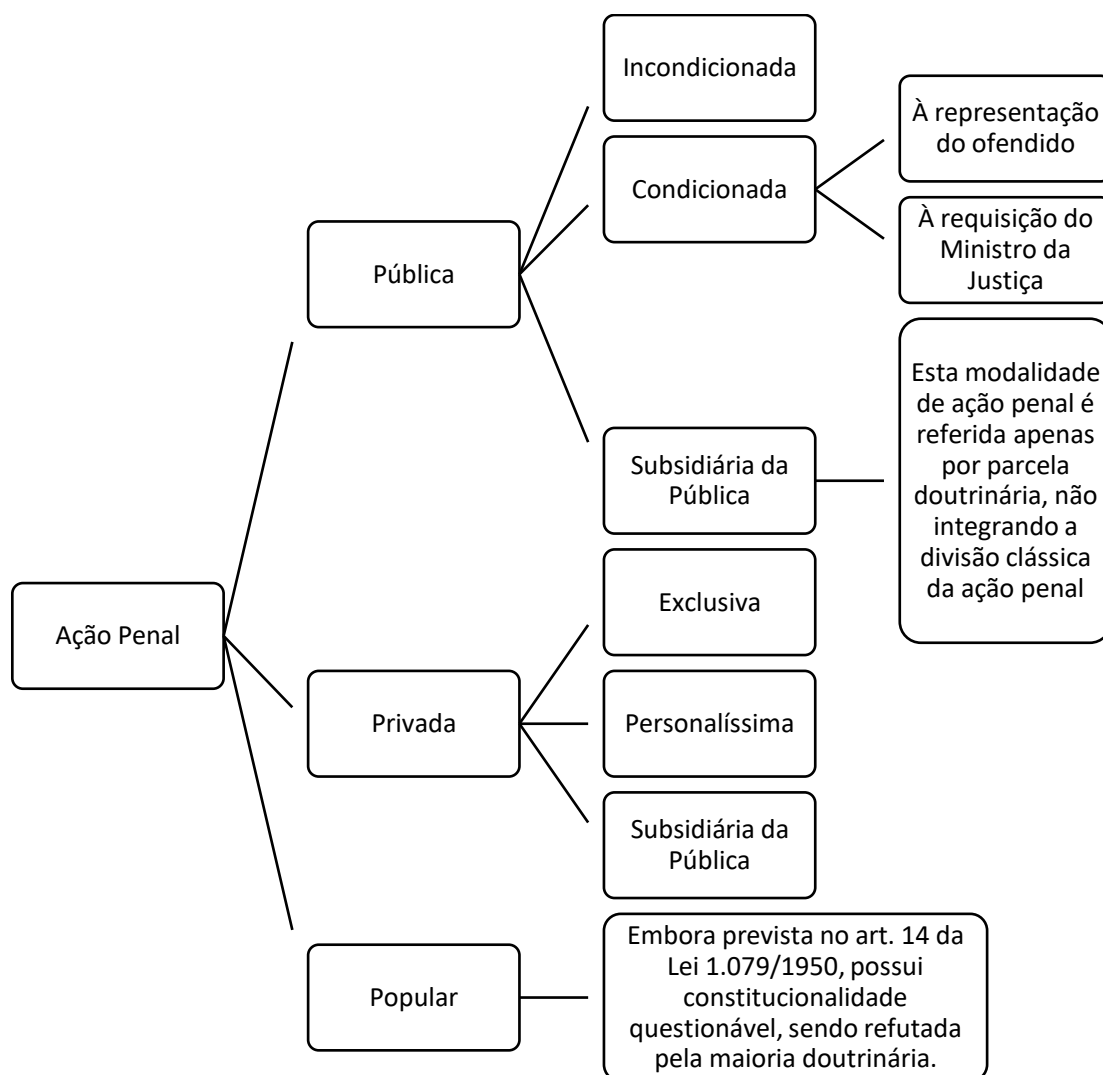
CONDIÇÕES OBJETIVAS DE PUNIBILIDADE

- a) Trata-se de circunstâncias exteriores ao crime, não integrantes do tipo e de acontecimento futuro e incerto, ou seja, o agente não sabe se acontecerá ou não esta condição à época do crime.
- b) Exemplo típico encontra-se no art. 180 da Lei 11.101/2005 ao dispor que a sentença que decreta a falência, é condição objetiva de punibilidade das infrações penais descritas naquela lei.

ESCUSAS ABSOLUTÓRIAS

- a) Trata-se de causas contempladas na parte Especial do CP, que fazem com que um fato típico e antijurídico, apesar da culpabilidade do agente, não conduza a aplicação da pena por motivos de política criminal.
- b) Exemplo: Furto praticado por descendente contra ascendente menor de 60 anos (art. 181, II c/c o art. 183, III, do CP), em que, pela condição do agente (filho da vítima), permanece isento de pena.

CLASSIFICAÇÃO DAS AÇÕES PENAIS



PRINCÍPIOS DA AÇÃO PENAL

a) Princípio da obrigatoriedade da ação penal pública; b) da oportunidade da ação penal de iniciativa privada; c) da indisponibilidade da ação penal pública; d) da disponibilidade da ação penal privada; e) da (in)divisibilidade da ação penal pública; f) da indivisibilidade da ação penal privada; g) da intranscendência; g) da oficialidade; h) da autoritariedade; e, i) da oficiosidade.

AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA

É 'incondicionada' porquanto não está sujeita a requisito especial algum, que não aqueles genéricos de toda e qualquer ação penal. É a regra em nosso sistema.

AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA

É ‘condicionada’ porquanto, diferentemente da modalidade anterior, está sujeita a condição específica – acaba por depender da manifestação de outrem exigida expressamente na norma: representação do ofendido ou requisição do Ministro da Justiça.

Representação: princípio da *oportunidade* e *conveniência*; o ofendido (ou seu representante) pode optar por iniciar ou não a ação penal.

Titularidade ou legitimidade para o oferecimento: a) ofendido maior e capaz; b) representante legal do ofendido menor ou incapaz; c) curador (art. 33 do CPP); d) pessoa jurídica (art. 37 do CPP). Segundo parte da doutrina, ainda: a) ofendido maior de 16 e menor de 18 anos, casado; e, b) morte da vítima/ofendido (art. 24, § 1º e art. 31, ambos do CPP).

Prazo: CPP. Art. 38. Salvo disposição em contrário, o ofendido, ou seu representante legal, decairá no direito de queixa ou de representação, se não o exercer dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do art. 29, do dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia.

Retratação: a representação será irretratável depois de oferecida a denúncia (art. 102 do CP e art. 25 do CPP).

Extensão e eficácia: a representação se dá em relação ao fato criminoso em não em relação aos seus autores; em razão do *princípio da obrigatoriedade* da ação penal pública, não há como se fracionar subjetivamente a representação nos casos de concurso de agentes; quando a vítima representa em relação a um, a medida se estende em relação aos demais, autorizando o Ministério Público a denunciar todos os envolvidos.

Requisição: Vigora o princípio da *oportunidade* e *conveniência* diante dessa faculdade do Ministro da Justiça. Ex. de casos de necessidade de requisição: CP. Art. 141 - *As penas cominadas neste Capítulo aumentam-se de um terço, se qualquer dos crimes é cometido: I - contra o Presidente da República, ou contra chefe de governo estrangeiro*; Art. 145 – [...] Parágrafo único. *Procede-se mediante requisição do Ministro da Justiça, no caso do inciso I do caput do art. 141 deste Código, [...]; e, de crime cometido contra brasileiro fora do Brasil* (Código Penal, art. 7º, § 3º, ‘b’).

AÇÃO PENAL PRIVADA

Quando a ação for de iniciativa privada, a lei expressamente a declarará, fazendo menção expressa (em boa parte, se não em todos os casos) ao fato de que se procederá ‘mediante queixa’ ou construções sintáticas semelhantes.

Ação penal exclusivamente privada: essa espécie refere-se à ação penal de iniciativa privada propriamente dita, seguindo as diretrizes legais (acima).

Ação penal privada personalíssima: hipótese única no Direito Brasileiro, sendo o *crime de induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento*, previsto no art. 236 do Código Penal. Nesse caso, a titularidade recai unicamente na pessoa do ofendido.

Ação penal privada subsidiária da pública: decorrido o prazo legal para o Ministério Público, quedando-se, este, inerte, surge para o ofendido a possibilidade de, independentemente da atuação do *parquet* nesse momento, dar início à ação que seria pública.

Previsão legal constitucional: CF. Art. 5º, LIX: será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal;

Extinção da punibilidade e ação penal de iniciativa privada: Art. 107, IV, Código Penal: a) decadência – remete-se ao art. 38 do CPP, citado no tópico acima e ao art. 103 do CP; b) perempção (art. 60, inc. I a IV, CPP); c) renúncia (art. 107, V, Código Penal, art. 49 e 50 do CPP e art. 104, parágrafo único, do CP); d) perdão do ofendido (art. 107, V, art. 105, art. 106, todos do CP – art.51, art. 56 e art. 59, todos do CPP).

AÇÃO PENAL NAS VÁRIAS ESPÉCIES DE CRIMES

Nos crimes contra a dignidade sexual: art. 225 do CP. De regra a ação penal será pública condicionada a representação, sendo incondicionada em caso de vítimas vulneráveis ou menores de 18 anos.

Nos crimes contra a honra de funcionário público: Art. 141 e 145 do CP. Súmula 714 do STF: é concorrente a legitimidade do ofendido, mediante queixa, e do ministério público, condicionada à representação do ofendido, para a ação penal por crime contra a honra de servidor público em razão do exercício de suas funções.

Nos crimes de lesão corporal leve e lesão corporal culposa com violência doméstica e familiar contra a mulher: súmula 542 do STJ - *a ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada.*

PEÇA ACUSATÓRIA

Nos crimes de *ação penal pública* incondicionada e condicionada, a peça acusatória é a denúncia, oferecida pelo Ministério Público; nos de *ação penal de iniciativa privada* – incluindo a subsidiária da pública –, é a queixa-crime, promovida pelo ofendido ou representantes legais, através de advogado.

Requisitos da peça acusatória: a) exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias; b) qualificação do acusado; c) classificação do crime; d) rol de testemunhas; e) endereçamento da peça acusatória; f) redação na língua oficial; g) subscrição do Ministério Público ou do advogado do querelante; h) procuração da queixa-crime e custas processuais.

Prazo para oferecimento da denúncia: Como regra geral, o Ministério Público deve oferecer a denúncia no prazo de 5 dias, contados do recebimento dos autos de inquérito, se o réu estiver preso;

ou de 15 dias se estiver em liberdade (art. 46 do CPP). Legislações esparsas fixam prazos diversos específicos a alguns crimes. Ex.:10 dias, para crime eleitoral (art. 357, Código Eleitoral).

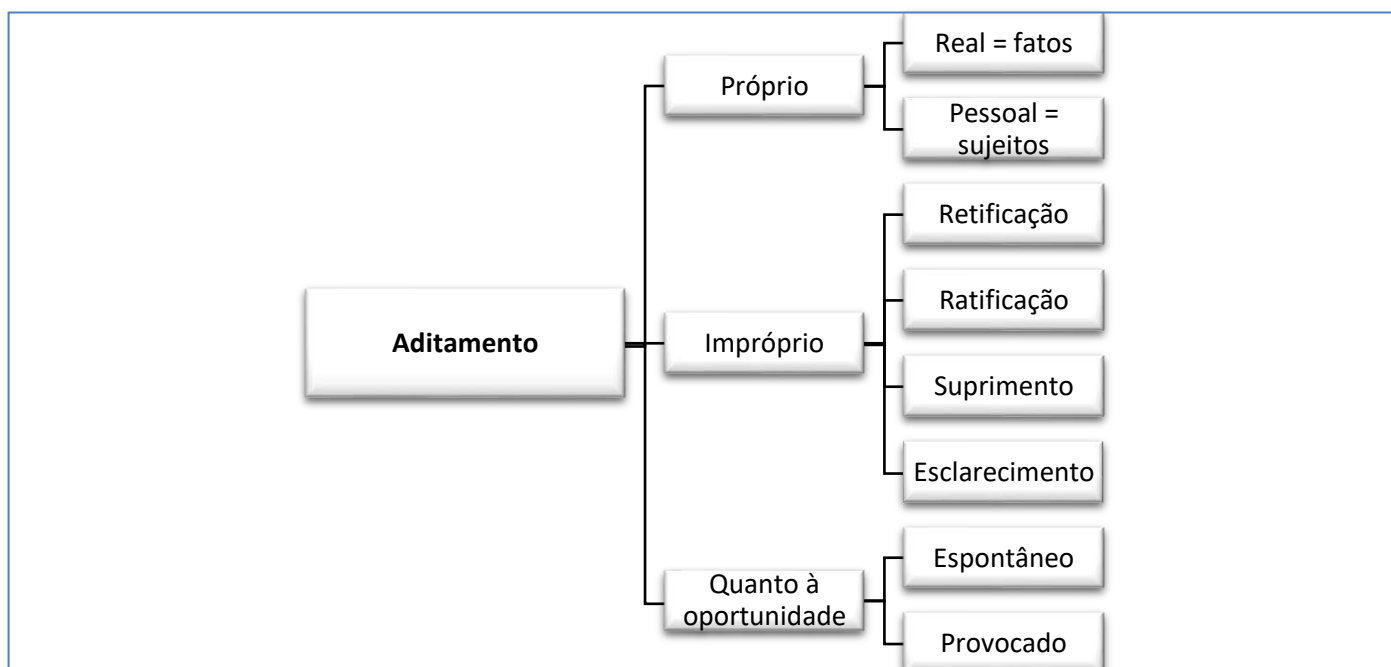
Contagem do prazo: o próprio artigo 46 supracitado estabelece uma forma específica para o seu início: o dia do recebimento dos autos de inquérito policial. Trata-se de detalhe interessante (e gerador de polêmicas), haja vista que foge à regra da contagem de prazos processuais expressa no art. 798, § 1º do CPP – pela qual se exclui o dia do começo: Art. 798. *Todos os prazos correrão em cartório e serão contínuos e peremptórios, não se interrompendo por férias, domingo ou dia feriado. § 1º Não se computará no prazo o dia do começo, incluindo-se, porém, o do vencimento.*

Prazo para oferecimento da queixa-crime: art. 38. Salvo disposição em contrário, o ofendido, ou seu representante legal, decairá no direito de queixa ou de representação, se não o exercer dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do art. 29, do dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia. Por tratar-se de prazo decadencial, ostenta natureza penal; portanto, sua contagem se dá de acordo com as disposições do art. 10 do CP: Art. 10 - O dia do começo inclui-se no cômputo do prazo. Contam-se os dias, os meses e os anos pelo calendário comum.

ADITAMENTO À DENÚNCIA

Em relação à denúncia (ou queixa), *aditar* significa acrescentar algo à imputação, algo que pode ser relativo aos fatos e/ou a pessoas.

CPP. Art. 569. As omissões da denúncia ou da queixa, da representação, ou, nos processos das contravenções penais, da portaria ou do auto de prisão em flagrante, poderão ser supridas a todo o tempo, antes da sentença final.



Aditamento próprio: é aquele onde, efetivamente, se acrescentam elementos novos à denúncia; *aditamento próprio objetivo* ou *real* – quando o acréscimo se referir aos fatos; *aditamento próprio subjetivo* ou *pessoal* – quando se trata da inclusão de um novo denunciado, seja na condição de coautor ou partícipe.

Aditamento impróprio: quando não se acrescenta nada novo, mas se busca a correção de alguma falha da denúncia ou a ratificação de atos, a última como no caso de declaração de incompetência (art. 108, § 1º, CPP).

Aditamento espontâneo: o *princípio da obrigatoriedade* (art. 28, CPP) ‘exige’ do Ministério Público a iniciativa em promover o aditamento da denúncia quando conhecidos novos elementos que deveriam tê-la integrado, mas, pela extemporaneidade da descoberta, não fizeram parte da acusação. É nesse sentido que a doutrina classifica o aditamento como espontâneo pois, diante da obrigatoriedade, não há necessidade de provocação do juiz, a iniciativa de aditar deve partir do Ministério Público.

Aditamento provocado: o aditamento provocado se personifica no ato do juiz que, verificando a necessidade de se acrescentar algo na denúncia – sem que o Ministério Público tenha tomado a iniciativa –, o ‘provoca’ a fazê-lo; encontra-se disciplinado, dentre outros, no § 1º do artigo 384 do CPP (*mutatio libelli*) e no art. 417 do mesmo diploma.

Recebimento do aditamento: nova análise acerca das condições da ação e abertura de nova oportunidade de oferecimento de defesa e indicação de testemunhas, novo interrogatório – oportunizando o contraditório e garantindo a ampla defesa.

Interrupção da prescrição: em se tratando de aditamento próprio real (objetivo) a decisão que o recebe interrompe a prescrição, pois, ao trazer fatos novos, se perfaz em ‘nova denúncia’, subjungando-se à intenção da norma do inciso I do art. 117 do Código Penal.

Recurso cabível no indeferimento: parte da doutrina entende que caberia apelação, mas a maioria, seguida pelo entendimento dos Tribunais Superiores, aponta o *recurso em sentido estrito*, como o recurso cabível em caso de indeferimento do aditamento.

Aditamento da queixa-crime: há se distinguir o ‘tipo’ de aditamento para se esclarecer sobre a possibilidade ou não de ser oferecido em caso de queixa-crime; cabe, sem maiores discussões, o aditamento impróprio; no que se refere ao aditamento próprio, entretanto, difere-se no que se refere ao Ministério Público ou ao querelante.

JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA

Jurisdição: manifestação de soberania e monopólio do Estado, que traduz a função (poder-dever de julgar) de aplicar o direito objetivo ao caso concreto. Etimologia: ação de ‘dizer o direito’.

Competência: é a medida da jurisdição. Apresenta-se como uma verdadeira limitação da jurisdição, definindo, por meio de um conjunto de normas, qual é o juiz que vai atuar nos mais variados casos. Concreta e objetivamente falando.

Princípios ou características da jurisdição: não há unanimidade quanto à nomenclatura, enquanto uns tratam como *características* outros denominam *princípios*.

Quanto à graduação: inferior ou superior; Quanto à matéria: penal, civil, eleitoral etc.; Quanto ao objeto: contenciosa ou voluntária; Quanto à competência: plena ou limitada / exclusiva ou cumulativa.

COMPETÊNCIA ABSOLUTA E RELATIVA

Absoluta: não pode ser flexibilizada; não admite prorrogação; ditada por critérios de ordem pública; vício decorrente não se convalida, podendo ser alegado a qualquer tempo; causa de nulidade absoluta; pode/deve ser reconhecida de ofício pelo juiz. Ex.: competência em razão da matéria, da pessoa (prerrogativa de função) e funcional.

Relativa: admite prorrogação; pode ser relativizada; voltada mais aos interesses das partes; vício se convalida se não alegado em momento oportuno; causa de nulidade relativa; pode ser reconhecida de ofício pelo juiz. Ex.: competência em razão do valor e do território (eleição de foro).

COMPETÊNCIA ABSOLUTA	COMPETÊNCIA RELATIVA
Regra de competência criada com base no interesse público.	Regra de competência criada com base no interesse preponderante das partes.
A regra de competência absoluta não pode ser modificada, ou seja, cuida-se de competência improrrogável ou imodificável. Nesse sentido: art. 62 do novo CPC.	A regra de competência relativa pode ser modificada, ou seja, cuida-se de competência prorrogável ou derogável.
Incompetência absoluta é causa de nulidade absoluta: a) pode ser arguida a qualquer momento, mesmo após o trânsito em julgado (após a formação da coisa julgada somente pode ser arguida em favor do acusado, por meio de revisão criminal ou <i>habeas corpus</i>); b) o prejuízo é presumido.	Incompetência relativa é causa de, no máximo, nulidade relativa: a) deve ser arguida no momento oportuno (resposta à acusação – CPP, art. 396-A), sob pena de preclusão; b) o prejuízo deve ser comprovado.
Pode ser reconhecida <i>ex officio</i> pelo magistrado, enquanto não esgotada sua jurisdição pela prolação da sentença.	Pode ser reconhecida <i>ex officio</i> pelo magistrado, porém somente até o início da instrução processual, em virtude da adoção do princípio da identidade física do juiz (CPP, art. 399, § 2º). Não se aplica ao processo penal a súmula nº 33 do STJ.
Pode ser arguida por meio de exceção de incompetência. Porém, como o magistrado pode conhecê-la de ofício, nada impede que	Pode ser arguida por meio de exceção de incompetência. Porém, como o magistrado pode

a parte aborde a incompetência absoluta de outra forma.	conhecê-la de ofício, nada impede que a parte aborde a incompetência relativa de outra forma.
Se a competência absoluta não admite modificações, a conexão e a continência, que são causas modificativas da competência, não podem alterar uma regra de competência absoluta.	Como a competência relativa admite modificações, a conexão e a continência podem funcionar como critérios modificativos da competência, tornando competente para o caso concreto juiz que não o seria sem elas. Nesse sentido: art. 54 do novo CPC.
Exemplos: <i>ratione materiae</i> , <i>ratione functionae</i> e competência funcional.	Exemplos: <i>ratione loci</i> , competência por distribuição, competência por prevenção (súmula nº 706 do STF), conexão e continência.

CLASSIFICAÇÃO DA COMPETÊNCIA

Ratione loci: competência de foro; leva em conta o lugar onde ocorreu a infração penal ou, supletivamente, o de residência do réu.

Ratione materiae: definida a partir da natureza ou espécie do crime praticado.

Ratione personae ou ratione functionae: foro por prerrogativa de função, de acordo com a função desempenhada pela pessoa, o cargo por ela ocupado.

Competência funcional: refere-se à distribuição de funções entre os juízes.

COMPETÊNCIA TERRITORIAL

Regra geral: lugar do crime; facilidade de prova; proximidade com os elementos do delito; regra baseada na *teoria do resultado*.

Crimes tentados: no caso de crimes tentados, será competente o foro em que foi realizado o último ato de execução.

Crimes à distância: art. 6º Código Penal; *teoria da ubiquidade* - que estaria reservada para as situações em que um crime se iniciou no estrangeiro e se findou no Brasil ou vice-versa.

Crimes plurilocais: competência firmada pelo foro do resultado.

Crimes formais: competente o lugar da ação ou omissão.

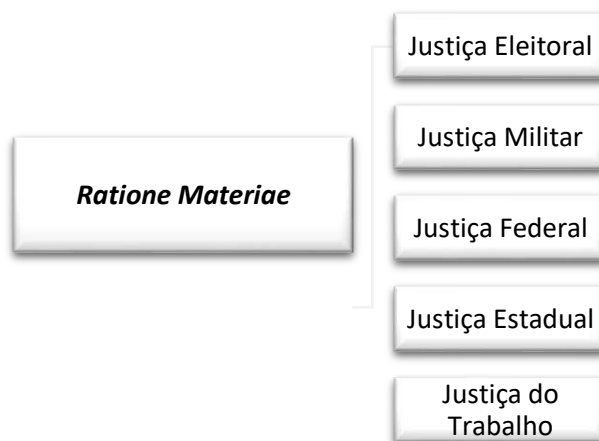
Crimes cometidos fora do território nacional (extraterritorialidade): *agente residia no Brasil antes do cometimento* – Justiça Estadual da Capital do Estado onde por último teve fixada sua residência; *agente jamais residiu no Brasil* – havendo interesse na aplicação da lei brasileira ao delito cometido no exterior (hipóteses do art. 7.º do CP), competente será a Justiça Estadual do foro da Capital da República.

Domicílio ou residência do réu como foro supletivo: art. 72, CPP. *Não sendo conhecido o lugar da infração, a competência regular-se-á pelo domicílio ou residência do réu.* **Domicílio**, na acepção

jurídica, tem significação mais estrita. Indica o centro ou sede de atividades de uma pessoa, o lugar em que mantém o seu estabelecimento ou fixa a sua residência com ânimo definitivo – gera uma situação de direito. **Residência** representa situação meramente de fato e traduz o local onde a pessoa vive, sem o caráter da definitividade ou de centro de atividades. Critério principal é o domicílio e, falhando este, como subsidiário, o da residência.

COMPETÊNCIA EM RAZÃO DA MATÉRIA

Aqui, importa saber qual a espécie de crime que é objeto da persecução penal, qual a sua natureza; enfim, para relacionar com o nome, qual a ‘matéria’ criminal. A partir disso, por correspondência, define-se qual será a ‘justiça’ competente para o processo e julgamento.



COMPETÊNCIA POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

Tendo em vista a relevância de determinados cargos ou funções públicas, cuidou o constituinte brasileiro de fixar foros privativos para o processo e julgamento de infrações penais praticadas pelos seus ocupantes, atentando-se para as graves implicações políticas que poderiam resultar das respectivas decisões judiciais.

Investigação policial e indiciamento: em Questão de Ordem suscitada no Inq. 2.411, o Plenário do Supremo Tribunal Federal passou a entender que, tratando-se de investigado titular de foro por prerrogativa de função, a autoridade policial não pode proceder ao indiciamento sem prévia autorização do Ministro-Relator, sendo que esta autorização também é necessária para a própria instauração do inquérito originário.

Duplo grau de jurisdição: tem-se como juízo *a quo* uma instância que, para os casos comuns, costuma ser a *ad quem*; ou seja, o processo inicia e é diretamente julgado por órgão que, via de regra, é a instância recursal. Dessa forma, não há ocasião ou oportunidade para reanálise da matéria fática por órgão diverso daquele que originariamente competente.

Período de exercício da função x prática do crime: a prerrogativa de função apenas pode ser concedida enquanto o autor da infração penal estiver no exercício do cargo, mandato ou da função que lhe confere a prerrogativa. Assim, não iniciado ou cessado o exercício funcional, não se fala em foro privilegiado por prerrogativa de função. E não importa quando foi praticado o ilícito penal, vale dizer, se antes ou durante o exercício do cargo, função ou mandato (Avena, 2015).

Local da infração: a regra do art. 70 do CPP é menosprezada em razão da prevalência do foro por prerrogativa. Tratando-se de competência por prerrogativa de função, portanto, pouco importa o local onde o crime foi cometido, recaindo a competência sobre o Tribunal ao qual se encontrar vinculada a respectiva autoridade.

Competência por prerrogativa de função x Tribunal do júri: Súmula Vinculante 45. A competência constitucional do Tribunal do Júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela constituição estadual.

Concurso de agentes: como regra geral, a competência por prerrogativa de função que um réu porventura detenha se estende aos demais coautores e partícipes, independentemente de ocuparem cargo ou função que lhes assegure foro especial. Súmula 704. *Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados.*

Princípio da simetria: por “simetria” ou “paralelismo”, entende-se que as disposições de constituições estaduais em relação a essa matéria devem ser harmônicas às fixadas na Constituição Federal. É dizer, não possuem os legisladores constituintes estaduais irrestrita liberdade para estabelecerem, como bem entenderem, foros diferenciados a qualquer função ou cargo dentro do âmbito estadual, ficando adstritos às previsões/limites da Constituição Federal.

COMPETÊNCIA DE JUÍZO

O art. 74 do CPP estabelece um critério para a fixação do juízo competente, qual seja, a natureza da infração. A competência pela natureza da infração será regulada pelas leis de organização judiciária, salvo a competência privativa do Tribunal do Júri.

Juizado de violência doméstica e familiar contra a mulher: a Lei nº 11.340/2006 (mais conhecida por “Lei Maria da Penha”). **Juízo colegiado em primeiro grau de jurisdição para julgamento de crimes praticados por organização criminosa:** a Lei 12.694/2012 dispõe sobre a formação de colegiados compostos por três juízes em primeiro grau de jurisdição para o processamento e julgamento de crime praticados por organizações criminosas, como forma de diluir a responsabilidade dos atos decisórios praticados entre todos os integrantes. **Juízo da Execução:** estabelece o art. 2º da Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal) acerca do exercício da jurisdição penal em relação aos processos de execução.

Competência por distribuição: Trata-se de mero critério para repartição, divisão de serviço dentre varas de mesma competência, utilizando-se da aleatoriedade dos sistemas de distribuição a fim de que não haja nenhum direcionamento indevido de processos. Art. 75. *A precedência da distribuição fixará a competência quando, na mesma circunscrição judiciária, houver mais de um juiz igualmente competente.*

Competência por prevenção: é a concentração, em um órgão jurisdicional, da competência que abstratamente pertencia a mais de um órgão, inclusive a ele próprio, por ter atuado, previamente no processo (Badaró, 2017).

MODIFICAÇÃO DE COMPETÊNCIA

Conexão: Art. 76. A competência será determinada pela conexão: I - se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias

pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra as outras; **II** - se, no mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas; **III** - quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração.

Continência: como o próprio nome está a indicar, uma causa está contida na outra, não sendo devida a cisão. Art. 56. Dá-se a continência entre 2 (duas) ou mais ações quando houver identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o pedido de uma, por ser mais amplo, abrange o das demais. Art. 77. A competência será determinada pela continência quando: **I** - duas ou mais pessoas forem acusadas pela mesma infração; **II** - no caso de infração cometida nas condições previstas nos arts. 51, § 1º, 53, segunda parte, e 54 do Código Penal.

Efeitos da conexão e da continência: Art. 79. CPP. *A conexão e a continência importarão unidade de processo e julgamento.* Essa reunião dos casos, com eventual *prorrogação de competência*, para que sejam processados e julgados conjuntamente, por um único juízo, é uma consequência natural e adequada às próprias razões da criação e da existência dos institutos – não é por outro motivo que a legislação concebe a conexão e a continência, senão para viabilizar o julgamento simultâneo (*simultaneus processus*).

Juízo prevalente: Art. 78. Na determinação da competência por conexão ou continência, serão observadas as seguintes regras: **I** - no concurso entre a competência do júri e a de outro órgão da jurisdição comum, prevalecerá a competência do júri; **II** - no concurso de jurisdições da mesma categoria; a) preponderará a do lugar da infração, à qual for cominada a pena mais grave; b) prevalecerá a do lugar em que houver ocorrido o maior número de infrações, se as respectivas penas forem de igual gravidade; c) firmar-se-á a competência pela prevenção, nos outros casos; **III** - no concurso de jurisdições de diversas categorias, predominará a de maior graduação; **IV** - no concurso entre a jurisdição comum e a especial, prevalecerá esta.

Separação de processos: Art. 79, I e II, CPP - no concurso entre a jurisdição comum e a militar; no concurso entre a jurisdição comum e a do juízo de menores. Art. 80, CPP - Será facultativa a separação dos processos quando as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes, ou, quando pelo excessivo número de acusados e para não lhes prolongar a prisão provisória, ou por outro motivo relevante, o juiz reputar conveniente a separação.

Prorrogação da competência: No sentido processual, *prorrogação de competência* é, assim, a *extensão* ou a *ampliação* da competência de um juiz, para que possa tomar conhecimento da questão trazida à presença dele, por circunstâncias especiais. E, embora, originariamente, *sem competência* para a conhecer, pela *prorrogação*, investe-se na competência, amplia-se seus poderes jurisdicionais, para que possa *continuar no exercício de suas atribuições*, e, sem solução de continuidade, *prossiga* no feito trazido ao seu conhecimento (Silva, 2005).

Perpetuação da competência: Perpetuação significa, vulgarmente, a ação e efeito de tornar as coisas imutáveis e eternas. O Código de Processo Penal não tem uma regra expressa quanto a isso; diferente do Código de Processo Civil que assim define. Art. 43. *Determina-se a competência no momento do registro ou da distribuição da petição inicial, sendo irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem órgão judiciário ou*

alterarem a competência absoluta. Na ausência de disposição específica no CPP, aplica-se subsidiariamente, as disposições do referido art. 43. Exceto: quando ocorrer a extinção do órgão judiciário, tal como ocorreu com os Tribunais de Alçada; quando a competência for alterada em razão da matéria: vide exemplo da Lei no 9.299/96, que transformou em crime comum o crime doloso; e, quando a competência for alterada em razão da hierarquia: imaginando-se, por exemplo, que determinado acusado seja diplomado deputado federal durante o curso de processo criminal.

PROVAS NO PROCESSO PENAL

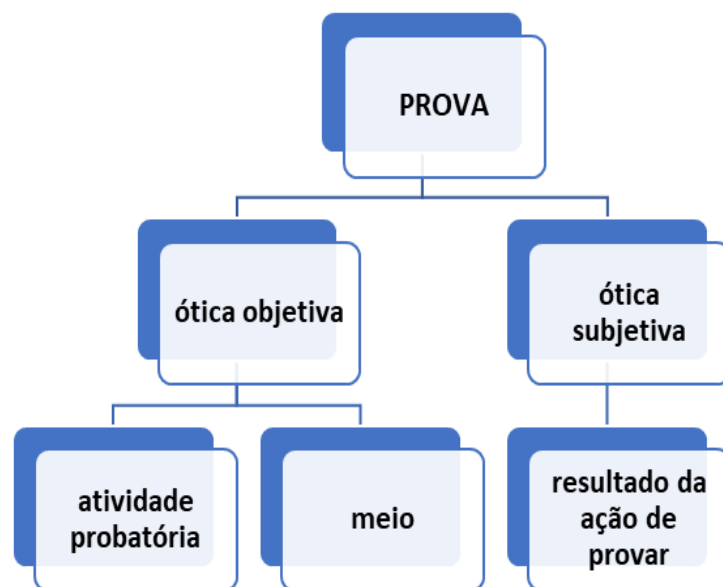
Definição de prova: Normalmente relacionada à ideia de reconstrução dos fatos pretéritos para viabilizar convicção do juiz. Noção criticada na atualidade, reconhecendo-se a impossibilidade de se recuperar o que já passou.

A palavra ‘prova’ normalmente tem 3 sentidos: atividade probatória, meio de prova e resultado, este a representar o convencimento.

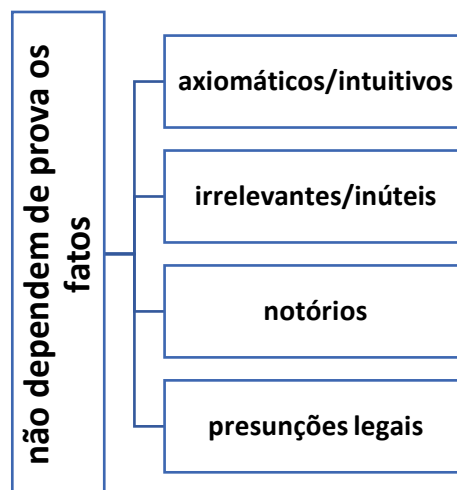
Finalidade da prova: Formar a convicção do juiz, mediante uma reconstituição histórica do fato criminoso (visão ortodoxa). Trabalha-se com uma verdade processual, cuja ‘certeza’ é de natureza jurídica – com materialização da

prova. A “função da prova é permitir o embasamento concreto das proposições formuladas, de forma a convencer o juiz de sua validade” - uma espécie de apoio à retórica. A finalidade da prova varia de acordo com a concepção que se tenha do processo.

Destinatários da prova: principal é o juiz; secundariamente a prova também se dirige às partes, que dela podem extrair convicções e consectários legais.



Objeto da prova: Se dá em relação a questões de fato surgidas no processo. São “os fatos, principais ou secundários, que reclamem uma apreciação judicial e exijam uma comprovação” – aqueles que as partes pretendem demonstrar. Objeto in concreto são os fatos relevantes para a decisão. Para corrente minoritária o objeto da prova são as afirmações e asserções das partes sobre fatos, em relação àquelas que interessam para a solução da causa. *Thema probandum* se constitui pela imputação constante da peça acusatória.



Elementos de prova: são os dados objetivos que confirmam ou negam uma asserção a respeito de um fato.

Instrução criminal: “O conjunto de atos processuais que têm por objeto recolher as provas com que deve ser decidido o litígio”. Fase própria, dentro do processo, para a produção das provas. A fase de instrução criminal, no processo, tem início com a apresentação de provas por parte do réu (o que normalmente ocorre com a resposta à acusação, art. 396-A do CPP) e vai até o encerramento da instrução complementar (eventualmente requerida com base no art. 402 do CPP).

Classificação e terminologia das provas: Direta: aquela que, por si e com uma única operação inferencial, demonstram o fato objeto da investigação. Indireta: não demonstra o fato diretamente, exige dedução, raciocínio lógico (ex. alibi). Plena: completa e convincente acerca dos fatos, permitindo juízo de certeza. Não plena: ou semiplena, é a prova mais tênue que gera juízo de probabilidade. Real: decorre de coisas materiais (ex. arma), com os sinais nelas deixados. Pessoal: decorre de pessoas (ex. interrogatório, testemunha) e suas impressões. Positiva: procura demonstrar a existência do fato. Negativa: visa demonstrar a inexistência do fato – é a contraprova.

PROVA TÍPICA: aquela que além de nominalmente prevista tem um procedimento estabelecido em lei; **ATÍPICA,** ao contrário, ou não tem previsão da própria prova, ou não tem um rito especificado para sua produção. A prova atípica é lícita diante da liberdade das provas no processo penal.

PROVA NOMINADA: aquela que é referida pela lei (*nomen iuris*), mesmo que sem procedimento regulamentado.

PROVA ANÔMALA: aquela que é produzida observando o procedimento legal; todavia, não aquele específico para a natureza da prova que se deveria produzir. Segue o modelo de outra prova e não aquele que seria apropriado. É uma prova desvirtuada que, por isso mesmo, carregaria nulidade.

PROVA IRRITUAL: é a prova típica que é produzida em desconformidade com o modelo previsto em lei; justamente por isso, também teria nulidade.

Emprestada: aquela que é produzida num determinado processo/procedimento e acaba sendo aproveitada em outro. Doutrina majoritária defende que ela tem o mesmo ‘valor’ da prova originária e que isso só seria possível em casos de procedimentos com as mesmas partes em que tenha havido contraditório. O art. 372 do Código de Processo Civil diz o seguinte: “O juiz poderá admitir a utilização

de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório”. Jurisprudência mais recente tem admitido o uso da prova emprestada mesmo entre casos sem identidades de partes (para não restringir demais sua utilização), com o contraditório diferido. MARINONI recomenda a observância dos direitos em jogo na admissão da prova emprestada.

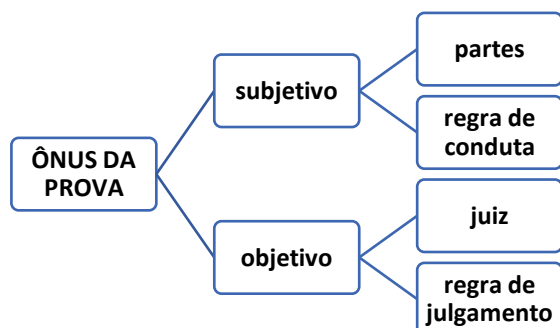
PROVAS	CAUTELARES	NÃO REPETÍVEIS	ANTECIPADAS
Modo de produção:	Acautelatório	oficioso	antecipado
Momento:	investigação/processo	investigação/processo	investigação/processo
Autorização judicial:	depende	não depende	depende
Repetição:	difícil, em tese viável	inviável	difícil, em tese viável
Contraditório:	diferido/postergado	diferido/postergado	real e temporâneo
Exemplo:	interceptação telef.	necropsia	depoimento urgente

ÔNUS DA PROVA

Ônus processual: é uma faculdade outorgada pela norma para que um sujeito de direito possa agir no sentido de alcançar uma situação favorável no processo.

Ônus da prova: posição ativa que confere ao sujeito processual uma faculdade em relação à prova que pode resultar em algum resultado favorável – imperativo de próprio interesse. O descumprimento não implica sanção (nem ilicitude), porque não é dever, apenas risco de um resultado desfavorável (que pode não acontecer).

OBRIGAÇÃO	ÔNUS
dever de praticar o ato	faculdade de praticar
descumprimento = ilicitude	descumprimento não é ilícito
corresponde sanção/pena	não implica sanção/pena
interesse/imperativo alheio	interesse/imperativo próprio



Subjetivo = regra de conduta, encargo de provas que pesa sobre as partes.

Objetivo = regra de julgamento a ser observada pelo juiz nos casos de dúvida. Não é para fixar quem deve produzir a prova, mas sim de quem assume o risco da sua falta.

Perfeito/absoluto = resultado do descumprimento é necessário e inevitável.

Imperfeito/relativo = resultado do descumprimento não é necessário e obrigatório (pode ocorrer, mas não necessariamente).

Distribuído: quanto ocorre distribuição da carga probatória entre as partes do processo (não fica para uma só), com base no art. 156 do CPP e disposições do Código de Processo Civil.

ACUSAÇÃO

existência do fato penalmente ilícito

autoria

relação de causalidade

culpa (stricto sensu - negligência, imprudência e imperícia); dolo é presumido

DEFESA

fatos impeditivos: exclusão da vontade e exclusão da culpa

fatos modificativos: exclusão da antijuridicidade, causas supralegais etc.

fatos extintivos: prescrição, decadência etc.

Exclusivo da acusação: (corrente minoritária) em razão da presunção de inocência e do *in dubio pro reo* o ônus da prova seria exclusivamente da acusação. Fazendo alusão ao art. 41 do CPP também sustentam que a acusação deve comprovar tipicidade, ilicitude e culpabilidade.

Nível de prova: para a acusação se exige prova acima de dúvida razoável; para a defesa basta que consiga lançar dúvida fundada a respeito de suas teses – *in dubio pro reo*.

INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ

O artigo 156 do CPP confere iniciativa probatória (de ofício) ao juiz tanto na fase de investigação quanto durante o curso do processo. Referido artigo trata dessa iniciativa em dois momentos:

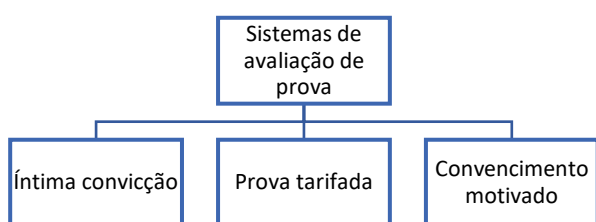
Na fase investigatória: trata-se do inciso I do art. 156 do CPP. Embora a leitura integral do artigo indique a possibilidade de o juiz ordenar, de ofício, a produção antecipada de prova urgente ou relevante, prevalece o entendimento doutrinário de que a referida atuação do juiz nunca pode se dar *ex officio*, mas apenas a partir do requerimento de uma ou ambas as partes. Para essa corrente doutrinária (majoritária), a atuação de ofício do juiz, nesse sentido e nessa fase da persecução penal, representa mácula à sua imparcialidade e não se coaduna com o sistema acusatório do processo penal pátrio nem com um Estado Democrático de Direito.

Durante o curso do processo: refere-se ao inciso II do art. 156 do CPP. A iniciativa probatória do juiz no processo deve apenas ser a título supletivo, complementar e subsidiário para dirimir dúvida sobre ponto relevante, não podendo ele (magistrado) se imiscuir na própria iniciativa da parte. Não se admite “iniciativa acusatória” do juiz; a sua atuação, neste ponto, cinge-se a elucidar o contexto probatório já produzido, e não a dirimir dúvida ocasionada justamente pela ausência de prova.

SISTEMAS DE AVALIAÇÃO DA PROVA

Sistemas: critérios delineadores da relação entre o julgador e as provas, mormente no que diz respeito ao método de sua apreciação e valoração.

Íntima convicção: também denominado de “sistema de livre convicção” ou “sistema da certeza moral do juiz”, é marcado pela ampla liberdade do julgador na análise e valoração das provas. Não há motivação ou fundamentação da decisão; a convicção é íntima e reservada. Admite-se, inclusive, a apreciação de provas estranhas ao processo. É o sistema adotado no Tribunal do Júri (e apenas aí); constituindo um corolário do princípio do sigilo das votações, inerente ao próprio Tribunal do Júri, que se encontra estampado no art. 5º, XXXVIII, b da Constituição Federal.



Prova tarifada: também conhecido por “sistema da prova legal”, “da certeza moral do legislador”, “da verdade legal” e “da verdade formal”, tem como traço característico a fixação antecipada e em abstrato, pelo próprio legislador, do valor e força probatória dos diversos tipos de provas. Nesse sistema, retira-se a liberdade apreciativa do juiz, que acaba ficando

incumbido apenas de conferir às provas o valor estabelecido pelo legislador quando da edição da norma. Não é o sistema adotado como regra no direito processual penal brasileiro, não obstante existam resquícios desse método em alguns dispositivos do CPP, como, por exemplo, o art. 158 (vinculação do juiz ao exame de corpo de delito em crimes que deixam vestígios) e art. 155, parágrafo único (prova do estado de pessoas apenas por certidão, e não por testemunhas).

Convencimento motivado ou persuasão racional do juiz: é o sistema adotado como regra no processo penal brasileiro, conforme se depreende do art. 155, *caput* do CPP e art. 93, IX da CF. Constitui um justo-meio entre os demais sistemas; nele é devolvida a liberdade de convicção ao magistrado, que tem autonomia para valorar racionalmente as provas a ele submetidas. A liberdade de convicção, contudo, não é absoluta e ilimitada. A uma, porque a devida fundamentação da decisão constitui requisito imprescindível ao *decisum*, sendo, inclusive, pressuposto de sua validade; a duas, porquanto não pode o magistrado se valer de elementos probatórios estranhos ao processo para formar sua convicção, estando ele atrelado às provas produzidas em seu bojo; a três, pois, conforme o próprio art. 155 do CPP, não pode o juiz fundar sua convicção exclusivamente nos elementos informativos amealhados em sede de investigação preliminar. Nesse sistema não há hierarquia entre as provas; são todas relativas e serão apreciadas e valoradas considerando-se as peculiaridades de cada caso.

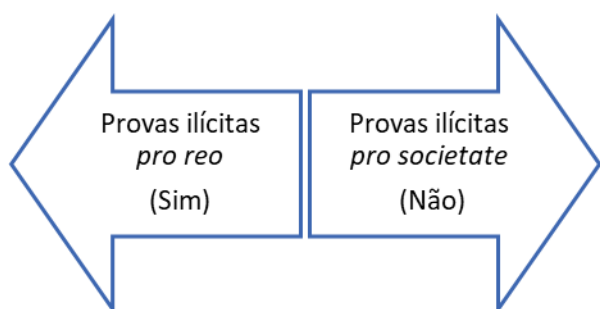
PRINCÍPIOS RELATIVOS À PROVA PENAL

São as diretrizes e balizas para a produção probatória no processo penal.

Proporcionalidade: nutre intrínseca relação com o “devido processo legal” ou *due process of law*. Apresenta-se sob duas facetas: formal (visão de um processo escorreito e devido, com a observância

das regras procedimentais e dos direitos e garantias do acusado) e substantial (impedem-se comportamentos desarrazoados e imoderados pelo Poder Público).

Proporcionalidade e as provas ilícitas pro reo: regra geral, são inadmissíveis no processo as provas ilícitas (art. 5º, LVI da CF). Entretanto, considerando o grau de importância dos interesses envolvidos no processo penal, mormente o *jus libertatis* do acusado, há consenso na doutrina no sentido de que, por meio de um juízo de proporcionalidade, poder-se-ia admitir como válida uma prova ilícita em seu favor, se porventura constitua ela o único meio de se provar sua inocência. Devem ser ponderados os interesses e direitos envolvidos caso a caso. Pode-se entender como razoável, por exemplo, a mitigação da inviolabilidade de correspondência para a obtenção da aludida prova; mas não a prática de tortura para esse fim.



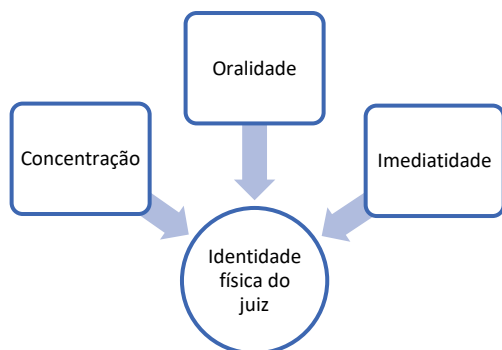
Proporcionalidade e as provas ilícitas pro societate: por essa visão (ou teoria), em situações extremas (prática de crimes considerados graves ou envolvimento de organizações criminosas e/ou grandes traficantes no contexto do delito), seria admitido ao Poder Público a utilização e valoração de provas ilícitas a favor da sociedade, ou seja, em desfavor do acusado, partindo-se de uma análise da proporcionalidade entre os

interesses envolvidos. Essa visão é fortemente refutada por boa parcela da doutrina, ante o perigo que esse precedente traria à subsistência do sistema de direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. É por essa razão, também, que os tribunais superiores pátrios vêm rechaçando essa possibilidade.

Comunhão das provas: uma vez produzida a prova, serve ela a todos no processo, indistintamente. Provas produzidas pela acusação podem ser utilizadas pela defesa e vice-versa. Igual sorte em relação às provas eventualmente determinadas *ex officio* pelo juiz.

Autorresponsabilidade das partes: as partes são responsáveis pelas suas ações ou omissões probatórias, assim como pelos seus equívocos. Cabe a cada parte a tarefa de se desincumbir do respectivo ônus probatório; caso contrário, arcarão com as eventuais consequências no mérito do processo.

Oralidade: dá-se preferência, tanto quanto possível, à palavra dita, em detrimento da palavra escrita. Grande parte da doutrina divide-a em dois subprincípios:



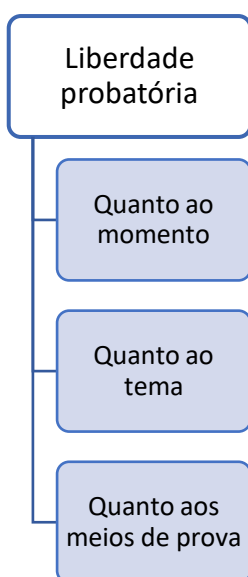
Concentração: os atos da instrução probatória devem ser concentrados em um único ato, uma única audiência, na medida do possível. Caso isso seja inviável, a instrução deve se desenvolver e findar no menor número de atos possível.

Imediatismo ou imediatidade: as provas são produzidas perante o juiz, em contato físico e direto com as partes. Excepcionalmente é admitida a produção probatória por videoconferência.

Identidade física do juiz: decorre do art. 399, § 2º do CPP. O juiz que instrui o processo é quem deve julgá-lo. Nutre intensa relação com o princípio da oralidade e seus subprincípios.

Liberdade probatória: às partes confere-se ampla liberdade probatória. Essa liberdade é limitada nas hipóteses de resquícios do sistema da prova tarifada e na inadmissibilidade das provas ilícitas. Além disso, existem algumas pontuais limitações em relação ao momento, tema e meios de prova.

Liberdade probatória quanto ao momento da prova: regra geral, conforme disposição do art. 231 do CPP, admite-se produção probatória a qualquer tempo durante o processo. Existem, contudo, limites a essa liberdade, como a preclusão do direito de arrolar testemunhas pela acusação e defesa quando não exercido no momento oportuno ou a impossibilidade de exibição de objeto ou leitura de documento, no Tribunal do Júri, que não tenha sido juntado ao processo com antecedência mínima de três dias, cientificada a outra parte (art. 479 do CPP).



Liberdade probatória quanto ao tema da prova: há também ampla liberdade quanto ao tema da prova, devendo as partes, contudo, limitarem-se às que sejam pertinentes e relevantes ao processo, sob pena de indeferimento com base no art. 400, § 1º do CPP.

Liberdade probatória quanto ao meio de prova: não há taxatividade probatória no processo penal, podendo as partes se valerem dos mais variados meios de prova para corroborarem suas alegações, mesmo que não tipificados em lei, mas desde que lícitos e moral/eticamente aceitos na sociedade. Há pontuais restrições em relação a alguns meios de prova no CPP, como nas já citadas hipóteses de remanescência do sistema da prova tarifada (situações nas quais a lei exige, necessariamente, determinado meio de prova para a comprovação de um fato; v.g., art. 155, parágrafo único do CPP), bem como nas proibições expressas de determinados meios em situações específicas (art. 207 do CPP – proibição de depor em virtude de sigilo profissional).

PROVA VEDADA/ILEGAL

Limites do direito à prova: a liberdade na produção probatória comporta exceções/limitações. A opção do Estado pela inadmissibilidade da prova ilícita, nasce como uma reação contra a ideia do “male captum bene retentum” (mal colhida, bem conservada). Como, ao longo da história, somente o sancionamento dos responsáveis não foi suficiente, o Estado e a nossa Constituição, resolveram estabelecer a impossibilidade de admissão, no processo, da prova obtida por meios ilícitos. Nisso se reconhece que a verdade não pode ser descoberta a qualquer custo (os fins não justificam os meios) e se estabelece uma restrição pedagógica para os agentes. Entre a busca da verdade e o respeito aos direitos e garantias individuais, optou o Estado pela tutela destes.

Prova ilícita: ideia originária da regra de exclusão (*exclusionary rule*) do processo penal americano (princípio da licitude aqui no Brasil), que visava prevenir o desrespeito às garantias constitucionais.

Nesse sentido, assim estabelece nossa Constituição Federal, no art. 5º: “LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos,”

O direito material a ensejar o reconhecimento da ilicitude da prova deve ser direito fundamental constitucionalmente protegido.

Provas ilícitas x provas ilegítimas: as primeiras constituem o resultado de uma violação do direito material, enquanto nas segundas o vício decorre da infringência de normas processuais. Outra

diferença entre elas decorre do momento em que se configura a ilegalidade: nas ilícitas, ela ocorre quando de sua obtenção; nas ilegítimas, na fase de produção. Também é diversa a consequência dos respectivos vícios: as ilícitas são inadmissíveis no processo (não podem ingressar e, se isso ocorrer,

devem ser desentranhadas); as ilegítimas são nulas e, por isso, a sua produção pode ser renovada, atendendo-se então às regras processuais pertinentes

Lei não faz essa distinção doutrinária (material x processual), conforme se vê no art. 157 do CPP: “Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

A regra é a não utilização da prova ilícita, mas existem exceções ou limitações, algumas somente do sistema norte-americano, outras ao nosso aplicáveis.

Exceção da boa-fé: a boa-fé e a crença razoável na legalidade da conduta (em situação de erro ou ignorância) permitiria o uso da prova ilícita; isso porque o “princípio da exclusão” foi destinado a prevenir (desencorajar) a conduta policial irregular mais do que punir. Não há registro de aplicação no Brasil pelos tribunais superiores.

Exceção de impugnação: aplicável só nos EUA, a prova ilícita poderia ser usada para demonstrar perjúrio (depoimento falso do réu).

Exceção de erro inócuo: aplicável para os casos de equívocos/erros, durante o procedimento, sem relevância prática, que não impliquem em lesão significativa aos direitos das partes. A ideia seria admitida pelo STF.

Exceção da prova ilícita ‘pro reo’: admite-se a utilização da prova ilícita em favor do acusado, para provar sua inocência e evitar a prisão. Por essa concepção, quando a prova for colhida pelo próprio imputado, seu agir (em tese ilícito) estaria acobertado por alguma causa excludente da antijuridicidade – legítima defesa e/ou estado de necessidade.

PROVAS ILÍCITAS



- violação regras de direito material
- violação na obtenção/coleta
- normalmente antes/fora do processo
- inadmissíveis no processo
- não podem ser refeitas/convalidadas

PROVAS ILEGÍTIMAS



- violação regras de direito processual
- violação na produção
- normalmente durante o processo
- carregam nulidade, podem ser admitidas
- podem ser refeitas/convalidadas

Exceção da visão ampla: reservada para os casos de busca e apreensão, permite a apreensão de provas que estejam na visão ampla do agente, mesmo que não sejam objeto do mandado. A ideia dessa exceção se aproxima da serendipidade.

Serendipidade – encontro fortuito de provas: essa teoria é usada “nos casos em que, no cumprimento de uma diligência relativa a um delito, a autoridade policial casualmente encontra provas pertinentes à outra infração penal, que não estavam na linha de desdobramento normal da investigação”. “Nesses casos, a validade da prova inesperadamente obtida está condicionada à forma como foi realizada a diligência: se houve desvio de finalidade, abuso de autoridade, a prova não deve ser considerada válida; se o encontro da prova foi casual, fortuito, a prova é válida”. Também tem sido usada em casos de interceptação telefônica.

Teoria dos campos abertos: a busca e apreensão feita na área fora da propriedade do suspeito (fora da expectativa de privacidade) não viola a sua garantia. A ideia é que “sempre que o particular puder realizar uma busca sem autorização judicial, também poderá o Estado realizá-la da mesma forma”.

Teoria do risco: busca outorgar validade para a prova obtida em possível violação ao direito à intimidade, quando da utilização de escutas telefônicas, filmagens e fotografias clandestinas. A ideia é a de que se o próprio sujeito não cuidou da sua privacidade ou intimidade, não pode reivindicar proteção dessas suas garantias para efeito de afastar provas.

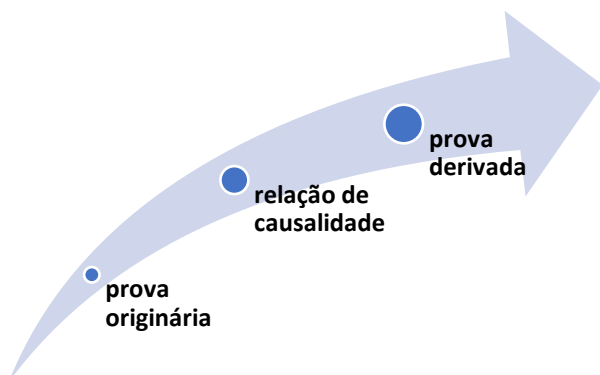
Limitação de renúncia do interessado: autorizaria o ingresso na residência sem ordem judicial que, lá nos EUA, é sempre necessária. Aqui, pela CF, o consentimento basta para o ingresso na residência.

Limitação da infração constitucional alheia: somente a pessoa titular da garantia desrespeitada é quem poderia reivindicar a inadmissibilidade da prova. “Assim, caso o direito fundamental violado quando da obtenção da prova refira-se à pessoa distinta do acusado, a prova deve ser considerada válida”. Não se aplica no Brasil.

Limitação da infração por particulares: no sistema norte-americano a prova somente não será admitida quando a ilicitude tiver sido praticada por agente do Estado (policial). A regra da exclusão estará afastada, portanto, quando a infração for realizada por pessoa comum/particular. “No Brasil, a vedação à admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos tem como objetivo precípuo a tutela dos direitos e garantias fundamentais. Portanto, no ordenamento pátrio, pouco importa quem tenha sido o agente responsável pela produção da prova ilícita - autoridade policial ou particular - em ambos os casos a prova deve ser considerada ilícita”.

Princípio da proporcionalidade: a doutrina e a jurisprudência majoritárias há longo tempo têm considerado possível a utilização das provas ilícitas em favor do réu quando se tratar da única forma de absolvê-lo ou de comprovar um fato importante à sua defesa. Do mesmo modo que tendem a não aceitar o princípio da proporcionalidade como fator capaz de justificar a utilização da prova ilícita em favor da sociedade, ainda que se trate do único elemento probatório carregado aos autos passível de conduzir à condenação do réu. “No Brasil, atualmente, a jurisprudência não aceita, ainda, a utilização de critérios de ponderação para o aproveitamento da prova ilícita, quando em desfavor do acusado. Nem como regra, o que é absolutamente correto, nem como – muito menos, na verdade – exceção”.

Prova ilícita por derivação: famosa ‘teoria dos frutos da árvore envenenada’. Teoria que surgiu no direito norte-americano e que estabelece que todas as provas que sejam derivadas (no sentido de provenientes, consequenciais) das ilícitas também não poderão ser aceitas/admitidas no processo. Incorporado no nosso sistema, inclusive pela lei que, no § 1º do art. 157, diz que “são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas”.



“Provas ilícitas por derivação são aquelas que, embora lícitas na própria essência, decorrem exclusivamente de uma outra prova, considerada ilícita, ou de uma situação de ilegalidade, restando, portanto, contaminadas”. Deve existir nexo de causalidade, relação de dependência.

Teoria da fonte independente: fonte de prova independente = prova não relacionada com os fatos que geraram a produção da prova contaminada. Segundo a lei, a prova derivada poderá ser admitida quando puder ser obtida por uma fonte independente da prova ilícita (art. 157, § 1º, CPP).

Teoria da descoberta inevitável: admite-se que “a segunda prova deriva da ilícita, porém se entende que não há razão para reputá-la nula ou ineficaz. Isso porque a descoberta por ela constatada ocorreria mais cedo ou mais tarde. A lógica do salvamento da segunda prova está em que não há motivo para retirar eficácia de uma prova, que trouxe uma descoberta que muito provavelmente seria obtida”. Doutrina aponta equívoco na definição legal:

Art. 157, § 2º. ~~Considera-se fonte independente~~ aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

Por essas teorias de poderia dizer “que nem todos os frutos da árvore venenosa são proibidos, pois alguns podem ser aproveitados”.

Teoria do nexo causal atenuado: “quando a ligação entre a prova ilícita e a que dela deriva for de tal maneira tênue, não há que se falar em derivação da prova ilícita”; reflete “situações em que o nexo seja tão distante entre a prova ilícita e a prova obtida que se poderia pensar em um afastamento (ao menos normativo) deste nexo”. A ideia é que uma ‘nódoa’ de ilegalidade inicial pode ser expurgada por um ‘ato independente interveniente’. Teoria teria sido positivada no § 1.º do art. 157, quando diz que é admissível a prova ilícita por derivação quando “não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras”.

“Na teoria da fonte independente, o nexo causal entre as provas é atenuado em razão da circunstância de a prova secundária possuir existência independente da prova primária. Na limitação da mancha purgada, o lapso temporal decorrido entre a prova primária e a secundária, as circunstâncias intervenientes na cadeia probatória, a menor relevância da ilegalidade ou a vontade do agente em colaborar com a persecução criminal atenuam a ilicitude originária, expurgando qualquer vício que possa recair sobre a prova secundária”.

Inutilização da prova ilícita: art. 157, § 3º. Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

EXAME DE CORPO DE DELITO E PERÍCIAS

Natureza jurídica: meio de prova ou até mais que isso (para parte da doutrina). Além da observação e declaração (inerentes à prova testemunhal), envolve avaliação, prospecção e 'perito' seria apreciador técnico da prova, auxiliar da justiça sujeito à disciplina judiciária. A prova técnica não é uma prova superior às demais (não há hierarquia) - é, sim, uma prova especial, quanto ao conteúdo de interpretação de um meio de prova. A prova pericial, por ser uma prova técnica e, nesse sentido, objetiva, possui maior possibilidade de convencer o juiz do que a prova testemunhal.

Definição e terminologia: perícia é o exame técnico feito em pessoa ou coisa para comprovação de fatos e realizado por alguém que tem determinados conhecimentos técnicos ou científicos adequados à comprovação.

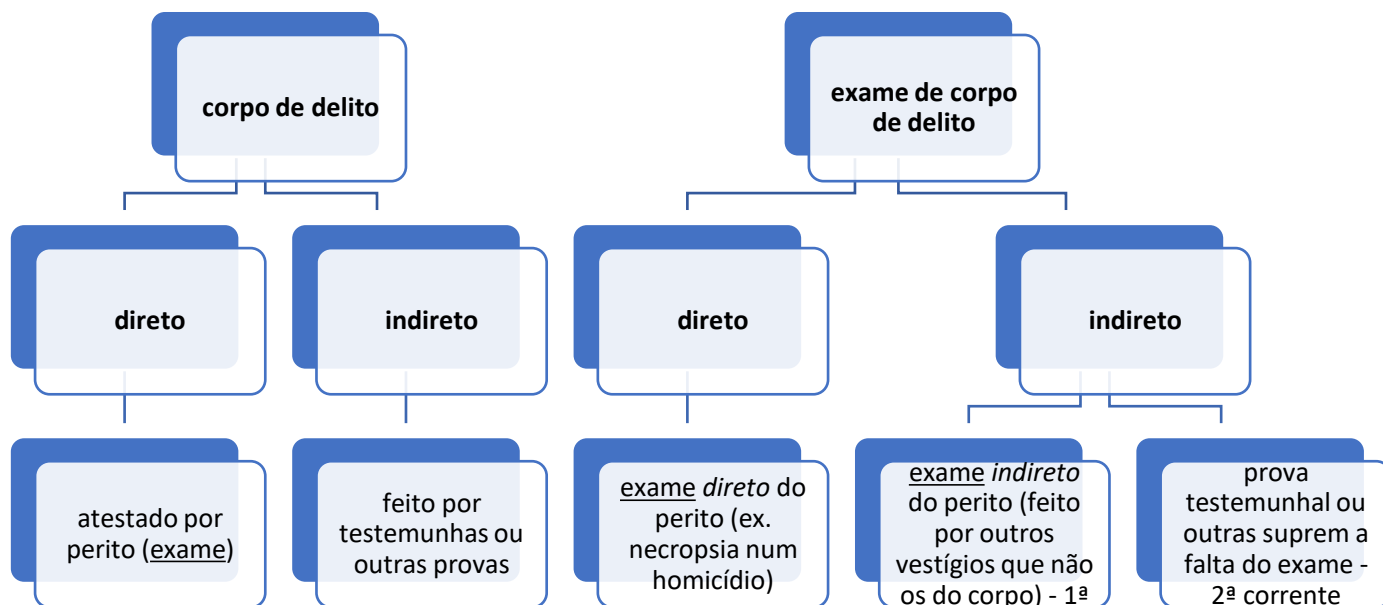
Corpo de delito: conjunto de vestígios materiais ou sensíveis deixados pela infração penal. O conceito é ligado à materialidade do crime. Ortodoxamente, é definido como tudo que representa a exteriorização material e a aparência física do delito – está nos meios materiais empregados e nos efeitos físicos produzidos. Os vestígios têm de estar ligados diretamente à consumação do crime para constituírem corpo de delito.

Exame de corpo de delito: nada mais é que uma perícia, a principal, a mais importante de todas as perícias, realizada sobre todos e cada um dos vestígios deixados pelo crime, destinada a comprovar materialidade. Parte da doutrina sustenta que não se pode falar em exame de corpo de delito quando ausente um vestígio em consequência da prática delituosa e que não se deveria falar, nesses casos, nem mesmo em materialidade.

Laudo pericial: manifestação que normalmente encerra o trabalho do perito, contendo a sua declaração técnica a respeito dos fatos e pontos examinados. É o documento que traduz o exame pericial realizado, formalizando-o. Prazo de elaboração de 10 dias e não há momento fixado em lei para a juntada, devendo isso acontecer o quanto antes, inclusive para viabilizar contraditório em audiência.

Sistema liberatório – CPP. Art. 182. O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte.

Obrigatoriedade: a regra é a obrigatoriedade da perícia como meio hábil à constatação dos sinais visíveis deixados pela infração penal. A falta dessa perícia importará em nulidade processual, salvo se motivada no desaparecimento do vestígio, caso em que a prova testemunhal poderá suprir-lhe a



falta (art. 158, 564, III, 'b' e 167 do CPP).

NUCCI: é próprio afirmar que toda infração penal possui corpo de delito, isto é, prova da sua existência, pois se exige materialidade para condenar qualquer pessoa, embora nem todas fixem o corpo de delito por vestígios materiais. Em relação a estes últimos é que se preocupou o art. 158 do CPP, exigindo que se faça a inspeção pericial, com a emissão de um laudo, para comprovar a materialidade”.

Perito: é órgão técnico e auxiliar do juízo na formação e colheita do material instrutório, submetido à disciplina judiciária. Tanto o perito oficial quanto o perito não oficial são considerados funcionários públicos para os fins do art. 327 do Código Penal.

CPP. Art. 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior.

§ 1º Na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame.

§ 2º Os peritos não oficiais prestarão o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo.

Art. 180. Se houver divergência entre os peritos, serão consignadas no auto do exame as declarações e respostas de um e de outro, ou cada um redigirá separadamente o seu laudo, e a autoridade nomeará um terceiro; se este divergir de ambos, a autoridade poderá mandar proceder a novo exame por outros peritos.

Atuação processual das partes:

CPP. Art. 159. § 3º Serão facultadas ao Ministério Público, ao assistente de acusação, ao ofendido, ao querelante e ao acusado a formulação de quesitos e indicação de assistente técnico.

§ 4º O assistente técnico atuará a partir de sua admissão pelo juiz e após a conclusão dos exames e elaboração do laudo pelos peritos oficiais, sendo as partes intimadas desta decisão.

§ 5º Durante o curso do processo judicial, é permitido às partes, quanto à perícia:

I – requerer a oitiva dos peritos para esclarecerem a prova ou para responderem a quesitos, desde que o mandado de intimação e os quesitos ou questões a serem esclarecidas sejam encaminhados com antecedência mínima de 10 (dez) dias, podendo apresentar as respostas em laudo complementar;

II – indicar assistentes técnicos que poderão apresentar pareceres em prazo a ser fixado pelo juiz ou ser inquiridos em audiência.

§ 6º Havendo requerimento das partes, o material probatório que serviu de base à perícia será disponibilizado no ambiente do órgão oficial, que manterá sempre sua guarda, e na presença de perito oficial, para exame pelos assistentes, salvo se for impossível a sua conservação.

Assistente técnico: deve ser compreendido como um auxiliar das partes, dotado de conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos, responsável por trazer ao processo informações especializadas pertinentes ao objeto da perícia. “A eles não se aplicam as causas de impedimento e de suspeição, e a sua nomeação ou destituição não fica na esfera de decisão do magistrado”. Estariam “sujeitos à disciplina judiciária, tendo compromisso com a verdade”. Não se admite assistente na fase investigatória.

CPP. Art. 184. Salvo o caso de exame de corpo de delito, o juiz ou a autoridade policial negará a perícia requerida pelas partes, quando não for necessária ao esclarecimento da verdade.

Necropsia/autópsia: exame interno do cadáver que tem por finalidade precípua a constatação da causa da morte, dentre outros vestígios relevantes.

Exumar: ato de desenterrar o cadáver da sua sepultura, normalmente para se realizar algum exame faltante ou complementar algum já existente.

Laudo complementar no crime de lesões corporais:

Art. 168. Em caso de lesões corporais, se o primeiro exame pericial tiver sido incompleto, proceder-se-á a exame complementar por determinação da autoridade policial ou judiciária, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, do ofendido ou do acusado, ou de seu defensor.

§ 1º No exame complementar, os peritos terão presente o auto de corpo de delito, a fim de supri-lo a deficiência ou retificá-lo.

§ 2º Se o exame tiver por fim precisar a classificação do delito no art. 129, § 1º, I, do Código Penal, deverá ser feito logo que decorra o prazo de 30 dias, contado da data do crime.

§ 3º A falta de exame complementar poderá ser suprida pela prova testemunhal.

Exame de local de crime:

Art. 169. Para o efeito de exame do local onde houver sido praticada a infração, a autoridade providenciará imediatamente para que não se altere o estado das coisas até a chegada dos peritos, que poderão instruir seus laudos com fotografias, desenhos ou esquemas elucidativos.

Parágrafo único. Os peritos registrarão, no laudo, as alterações do estado das coisas e discutirão, no relatório, as consequências dessas alterações na dinâmica dos fatos.

Exames laboratoriais:

Art. 170. Nas perícias de laboratório, os peritos guardarão material suficiente para a eventualidade de nova perícia. Sempre que conveniente, os laudos serão ilustrados com provas fotográficas, ou microfotográficas, desenhos ou esquemas.

Avaliação:

Art. 172. Proceder-se-á, quando necessário, à avaliação de coisas destruídas, deterioradas ou que constituam produto do crime.

Parágrafo único. Se impossível a avaliação direta, os peritos procederão à avaliação por meio dos elementos existentes nos autos e dos que resultarem de diligências.

Exame de local de incêndio:

Art. 173. No caso de incêndio, os peritos verificarão a causa e o lugar em que houver começado, o perigo que dele tiver resultado para a vida ou para o patrimônio alheio, a extensão do dano e o seu valor e as demais circunstâncias que interessarem à elucidação do fato.

Exame grafotécnico:

Art. 174. No exame para o reconhecimento de escritos, por comparação de letra, observar-se-á o seguinte:

I - a pessoa a quem se atribua ou se possa atribuir o escrito será intimada para o ato, se for encontrada;

II - para a comparação, poderão servir quaisquer documentos que a dita pessoa reconhecer ou já tiverem sido judicialmente reconhecidos como de seu punho, ou sobre cuja autenticidade não houver dúvida;

III - a autoridade, quando necessário, requisitará, para o exame, os documentos que existirem em arquivos ou estabelecimentos públicos, ou nestes realizará a diligência, se daí não puderem ser retirados;

IV - quando não houver escritos para a comparação ou forem insuficientes os exibidos, a autoridade mandará que a pessoa escreva o que lhe for ditado. Se estiver ausente a pessoa, mas em lugar certo, esta última diligência poderá ser feita por precatória, em que se consignarão as palavras que a pessoa será intimada a escrever.

Exame dos instrumentos do crime:

Art. 175. Serão sujeitos a exame os instrumentos empregados para a prática da infração, a fim de se lhes verificar a natureza e a eficiência.

Perícias não previstas em lei: a perícia existe regulamentada como meio de prova, o que não está regulamentado em lei é o procedimento técnico levado a cabo pelo perito. Procedimentos técnicos novos, desde que se traduzam em perícia, são típicos. A técnica desenvolvida pelo perito não integra a tipicidade processual. Existem posicionamentos contrários, exigindo previsão legal para a tipicidade (como, por exemplo, no exame de DNA).

Cadeia de custódia: cuida, essencialmente, da identificação da cronologia das evidências, ou seja, da identificação de quem manuseou a prova e quando. Assim, fica minimizada a possibilidade de manipulação indevida da prova. Não há no Brasil normatização geral sobre a cadeia de custódia.

INTERROGATÓRIO JUDICIAL

Conceito: é o ato por meio do qual o acusado será ouvido pela autoridade judiciária a respeito da sua pessoa e dos fatos a ele imputados.

Momento para realização do interrogatório: após a reforma processual penal de 2008, passou o art. 400 do CPP a prever o interrogatório como último ato da instrução criminal. O mesmo aconteceu em relação ao rito do Júri, conforme arts. 473 e 474 do CPP. Algumas legislações penais especiais (em grande parte anteriores à aludida reforma) ainda possuem previsão do interrogatório como primeiro ato da instrução, a exemplo da Lei 11.343/2006 (nova 'Lei de Drogas'), Lei 8.666/1993 (Lei de Licitações, em sua Seção IV) e o próprio Código de Processo Penal Militar. Não obstante tal fato, conforme atual orientação do STF, o interrogatório do acusado deve ser o último ato da instrução criminal em todo e qualquer procedimento previsto em leis penais esparsas.

Condução coercitiva: não há consenso na doutrina a respeito da possibilidade, ou não, de que se conduza um acusado ao seu interrogatório contrariamente à sua vontade. Embora o art. 260 do CPP expressamente preveja essa possibilidade, boa parcela da doutrina sustenta a incompatibilidade do dispositivo com a visão de que o interrogatório é (também) meio de defesa, constituindo expressão de autodefesa plenamente renunciável pelo acusado, não havendo qualquer sentido na determinação de sua condução para exercer direito do qual abriu mão. Ademais, os tribunais superiores têm entendido pela impossibilidade da condução coercitiva de réus para fins de interrogatório.

Foro competente: o interrogatório deve, em regra, ocorrer perante a autoridade judiciária que conduz e julgará o respectivo processo-crime. Tem-se admitido o interrogatório realizado perante juiz diverso nos casos de inviabilidade de comparecimento ao ato em razão da distância entre o domicílio do acusado e a sede do juízo perante o qual tramita o processo. O STJ já decidiu que o interrogatório via carta precatória não se choca com o princípio da identidade física do juiz.

Ausência de interrogatório: há se diferenciar duas situações sobre a ausência do interrogatório no processo. Se o interrogatório não ocorrer em razão da livre vontade do acusado nesse sentido, não há nulidade alguma. Por outro lado, se o interrogatório não é designado por vontade da própria autoridade judiciária, contrariamente aos anseios do acusado pela realização do ato, estar-se-á diante de nulidade (art. 564, III, e do CPP).

Características: Ato personalíssimo: apenas o acusado pode ser interrogado, não lhe cabendo outorgar essa posição a qualquer outra pessoa. Ato contraditório: as partes participam do interrogatório, podendo formular reperguntas após os questionamentos do magistrado (art. 188 do CPP). Ato assistido tecnicamente: o acusado deve estar, necessariamente, assistido por defensor técnico durante o interrogatório (art. 185, caput do CPP). Ainda, anteriormente ao ato, deve ser-lhe garantida entrevista reservada com dito defensor (art. 185, § 5º do CPP). Ato oral: o interrogatório é feito de forma oral, em regra. Em se tratando de acusado surdo, mudo ou surdo-mudo, o interrogatório será realizado nas formas previstas nos incisos I, II e III do art. 192 do CPP, respectivamente. Caso o acusado não fale ou não entenda a língua portuguesa, o interrogatório contará com a presença de intérprete (art. 193 do CPP). Ato individual: havendo mais de um acusado, os interrogatórios deverão ocorrer de forma separada, conforme art. 191 do CPP. Ato bifásico: conforme deixa explícito o art. 187 do CPP, o interrogatório é dividido em duas fases: uma sobre a pessoa do acusado, outra sobre os fatos a ele imputados. Ato público: como todo ato processual, o interrogatório é, em regra, público. Nas hipóteses excepcionais previstas no art. 792, § 1º do CPP, poderá haver restrição a essa publicidade.

Local de realização do interrogatório: réus soltos serão interrogados na sede do juízo ou tribunal (sala de audiências do Fórum, geralmente), conforme *caput* do art. 792 do CPP. Em se tratando de réus presos, existem três formas de realização do interrogatório: 1) no estabelecimento prisional, devendo ser observados os requisitos do art. 185, § 1º do CPP; 2) por videoconferência, em hipóteses excepcionalíssimas (art. 185, §§ 2º a 6º do CPP); e 3) na sala de audiências do Fórum, que é a forma mais comum (art. 185, § 7º do CPP).

Nomeação de curador: a antiga redação do art. 194 do CPP exigia a nomeação de curador para que acompanhasse o interrogatório dos acusados menores de 21 (vinte e um) anos. Com a entrada em vigor do Código de Civil de 2002, que expressamente consignou a cessação da menoridade civil aos 18 (dezoito) anos de idade completos (art. 5º do CC), o referido dispositivo perdeu sua efetividade, vindo a ser revogado em 2003. Assim, não há mais necessidade de se nomear curador para interrogatório de menores de 21 (vinte e um) anos de idade, nem para a tomada de declarações de indiciados em idêntica situação. Por outro lado, subsiste a necessidade de se nomear curador nas hipóteses de indígenas não integrados à sociedade e de doentes mentais incapazes de entender o caráter ilícito de seus atos e de se determinar por esse entendimento.

Interrogatório por videoconferência: o CPP prevê, em seu art. 185, §2º, que, excepcionalmente, será admitido o interrogatório do acusado por videoconferência, determinado ex officio ou a requerimento das partes, por decisão devidamente fundamentada e calcada em uma das finalidades previstas nos incisos do referido parágrafo. As partes devem ser intimadas da realização do ato com antecedência mínima de 10 (dez) dias (§ 3º). Ao acusado será permitido acompanhar todos os atos processuais anteriores ao seu interrogatório (§ 4º). O acusado contará com dois defensores, sendo que um ficará sala reservada dentro do estabelecimento prisional e o outro na sala de audiências do Fórum, garantindo-se, sempre, a sua comunicação telefônica, sem prejuízo de entrevista prévia e reservada com o interrogado (§ 5º). A sala reservada no presídio será alvo de fiscalização por parte dos corregedores, do juiz da causa, do Ministério Público e também da OAB (§ 6º).

(In)constitucionalidade do interrogatório por videoconferência: trata-se de questão intensamente debatida na doutrina. Para os adeptos de sua constitucionalidade e admissibilidade, essa modalidade de interrogatório representa importante avanço para o processo penal, evitando-se os custos e problemas inerentes ao deslocamento de presos dos presídios aos Fóruns, ao mesmo tempo em que imprime aos feitos maior celeridade no sentido da duração razoável do processo. Também se afirma que, do modo como foi concebido o interrogatório por videoconferência no CPP, há total observância aos direitos e garantias individuais do acusado, nos termos dos §§ 4º a 6º do art. 185 do CPP. Do outro lado, para a parcela doutrinária que entende pela inadmissibilidade dessa modalidade de interrogatório, a ânsia do legislador na busca pela celeridade, segurança e economia acabou por suplantar, temerariamente, a necessidade de observância aos direitos e garantias constitucionais do acusado, que ficaram ao relento. Ainda, argumenta-se que o interrogatório de um acusado por meio de uma tela acabaria por lhe subtrair valioso e substancial elemento inerente ao próprio ato, que é justamente o contato pessoal do réu com o julgador, o que confere um caráter mais humano e empático ao procedimento. Ao demais, já entendeu o STJ, em julgado recente, pela validade do interrogatório por videoconferência ocorrido após o advento da Lei 11.909/2009.

CONFISSÃO

Conceito: admissão, pelo acusado ou indiciado, de que as imputações que lhe são feitas correspondem com a verdade.

Características da confissão: a) ato personalíssimo: apenas e tão somente a pessoa acusado pode confessar; b) ato livre e espontâneo: para que a confissão seja realmente válida, é necessário que tenha advindo da própria vontade do acusado, livre de coações, torturas ou outros meios que maculem a sua manifestação volitiva; c) ato retratável: tendo confessado o crime, pode o acusado, posteriormente, retratar-se dessa confissão, tornando-a sem efeito. A retratabilidade está prevista no art. 200 do CPP; d) ato divisível: a confissão pode ser específica para determinado fato delituoso, sem prejuízo de que continue a negar a autoria referente às demais imputações. A divisibilidade também está prevista no art. 200 do CPP.

Valor probatório da confissão: atualmente, com a superação do sistema inquisitório como sistema processual e do sistema das provas tarifadas como método de avaliação das provas, a confissão, assim como os demais meios de prova, possui valor relativo. Destarte, como prevê o art. 197 do CPP, a confissão será analisada juntamente às demais provas amealhadas durante a persecução penal, podendo ser-lhe conferido maior ou menor valor probatório a depender da maior ou menor sintonia entre o seu conteúdo e todo o conjunto probatório.

DECLARAÇÕES DO OFENDIDO

Previsão legal: O artigo 201 do CPP estabelece que o ofendido deve ser ouvido sempre que possível, isso em primazia à busca pela verdade e esclarecimento dos fatos. Segundo o *caput* do artigo 201 do CPP, após a sua qualificação, o ofendido será perguntado sobre as *circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor e, ainda, sobre as provas que possa indicar.*

Características: O ofendido não presta o compromisso legal de dizer a verdade (art. 203, CPP); não comete o crime de falso testemunho (art. 342, CP); e, não deve ser computado no que se refere ao número máximo de testemunhas das partes (art. 398, CPP).

Se intimado para prestar declarações, no caso de não comparecimento de forma injustificada, pode ser conduzido coercitivamente (art. 201, § 1º, CPP).

Consequências: A não realização da oitiva é causa de nulidade relativa, devendo ser alegada pela parte em eventual prejuízo.

PROVA TESTEMUNHAL

Conceito: testemunha é a pessoa imparcial e desinteressada na causa que, em juízo, relata as suas percepções sensoriais a respeito de um fato (no caso, delituoso) que tenha presenciado ou do qual tenha tomado conhecimento.

Natureza jurídica: meio de prova que possui valor relativo.

Características:

a) Judicialidade: a testemunha presta o seu depoimento em juízo, perante o magistrado e sob o crivo do contraditório e ampla defesa. A oitiva realizada em sede inquisitorial deve ser reproduzida durante o processo para que o relato possa ser considerado prova testemunhal;

b) Oralidade: a inquirição da testemunha se dá de forma oral, como regra (art. 204 do CPP). Excepcionam-se a tal regra as autoridades máximas do Executivo (Presidente da República), Legislativo (Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal) e Judiciário (Presidente do Supremo Tribunal Federal), às quais é facultada a possibilidade de apresentar depoimento por escrito, nos termos do art. 221, § 1º do CPP. Também constitui lógica exceção à oralidade o depoimento de testemunha surda, muda ou surda-muda, situação na qual proceder-se-á à inquirição nos moldes do art. 192 do CPP, conforme preceitua o art. 223, parágrafo único do CPP;

c) Objetividade: a testemunha deverá narrar os fatos que tenha presenciado ou tomado conhecimento, por percepções sensoriais, de maneira objetiva, devendo abster-se de manifestar suas considerações pessoais ou subjetivas sobre o ocorrido, salvo se estas forem indissociáveis dos fatos (art. 213 do CPP).

d) Retrospectividade: só há testemunho a respeito de fatos pretéritos, nunca sobre algo que ainda não ocorreu ou terminou de ocorrer.

e) Individualidade: as testemunhas são inquiridas separadamente, de maneira a evitar tanto quanto possível qualquer influência do depoimento de uma sobre o da outra, conforme art. 210 do CPP.

Deveres das testemunhas: Dever de depor: regra geral, a testemunha não pode se eximir da obrigação de depor. No entanto, nas hipóteses do art. 206 do CPP (familiares dos envolvidos nos fatos) poderá ocorrer a recusa em prestar depoimento (art. 208 do CPP). Entretanto, não há impedimento à inquirição dessas pessoas caso elas assim desejem, caso em que não serão compromissadas nos termos do art. 203 do CPP. Por outro lado, nos casos do art. 207 do CPP

(basicamente casos de sigilo profissional etc.), há expressa proibição ao testemunho, que só pode ser elidido pela desobrigação manifestada pela parte interessada. Dever de comparecimento: a testemunha que for devidamente intimada tem o dever de comparecer em local, data e hora previamente determinados para que seja inquirida. A ausência injustificada enseja a aplicação de multa, pagamento de custas da diligência, possibilidade de condução coercitiva e até mesmo a instauração de processo criminal pelo crime de desobediência (arts. 218 e 219 do CPP). As testemunhas que estiverem impossibilitadas de comparecer em razão de velhice ou enfermidade poderão ser inquiridas onde estiverem (art. 220 do CPP). Dever de prestar o compromisso de dizer a verdade: regra geral, as testemunhas prestam o compromisso legal de dizer a verdade a que alude o art. 203 do CPP. Não haverá a prestação desse compromisso nas hipóteses elencadas no art. 208, ou seja, em relação às pessoas descritas no art. 203, aos menores de 14 (quatorze) anos, aos doentes e deficientes mentais e nem às pessoas a que se refere o art. 206 do CPP. A testemunha compromissada que fizer afirmação falsa, negar ou calar a verdade poderá ser responsabilizada pelo crime de falso testemunho – art. 342 do CP. Há duas posições acerca da possibilidade (ou não) dessa responsabilização criminal às pessoas que não prestaram o compromisso de dizer a verdade: 1) seria possível, na medida em que a tomada do compromisso legal não seria pressuposto do crime; 2) não seria possível, porquanto os informantes não possuem o dever de dizer a verdade e isso nem lhes poderia ser exigido em razão do vínculo que possuem com os envolvidos no fato. Dever de comunicar mudança de residência: após o testemunho, pelo período de 1 (um) ano, a testemunha deverá informar ao juízo eventual alteração de endereço, sob pena de se submeter às mesmas sanções que são impostas às testemunhas faltosas descritas no art. 219 do CPP (art. 224 do CPP).

Procedimento para oitiva de testemunhas: Momento para arrolar: O rol deve ser apresentado com a peça acusatória (art. 41, CPP), pelo Ministério Público, e quando da resposta à acusação, pela defesa (art. 396-A, CPP). O descumprimento gera preclusão do direito de produção da prova, não obstante o Juiz possa (faculdade/discrecionalidade) realizar a oitiva de ofício (arts. 156 e 209, CPP). Número máximo de testemunhas – por fato delituoso: Procedimento comum ordinário: 8 (oito) testemunhas (CPP, art. 401, *caput*); Procedimento comum sumário: 5 (cinco) testemunhas (CPP, art. 532); Procedimento sumaríssimo (Lei nº 9.099/95): 3 (três) testemunhas; Primeira fase do procedimento do júri: 8 (oito) testemunhas (CPP, art. 406, § 3º); Segunda fase do procedimento do júri: 5 (cinco) testemunhas (CPP, art. 422); Procedimento da Lei de drogas: 5 (cinco) testemunhas (Lei nº 11.343/06, art. 54, inciso III); Procedimento ordinário do CPPM: 6 (seis) testemunhas (CPPM, art. 77, alínea "h"). Não se computam nesse número: a pessoa que nada souber que interesse à decisão da causa (§ 2º, art. 209, CPP), as que não prestam compromisso e as referidas (§ 1º, art. 401, CPP).

Intimação das testemunhas: Forma: opera-se pessoalmente e por mandado, a teor do art. 370 c/c o art. 351 do CPP. Caso a audiência seja adiada/redesignada, as testemunhas que tiverem comparecido devem ser intimadas no próprio ato, consignando-se a ciência na assentada (art. 372, CPP). Não comparecimento: se, intimada, a testemunha não comparecer, pode ser conduzida coercitivamente, sem prejuízo de multa de 1 a 10 salários mínimos, responsabilização criminal por desobediência e pagamento das custas da condução (arts. 218 e 219, CPP). Regras específicas: os militares devem ser requisitados à autoridade superior (§ 2º, art. 221, CPP); no caso dos funcionários

públicos, após a intimação pessoal, deve haver a expedição de mandado ao chefe da repartição comunicando o dia e hora marcados para o depoimento (§ 3º, art. 221, CPP).

Substituição de testemunhas: Previsão legal: não há previsão legal no CPP, aplica-se, por analogia, as regras do Código de Processo Civil, permitindo-se a substituição da testemunha que falecer, da que, por enfermidade, não estiver em condições de depor e daquela que não for encontrada (art. 451, CPC).

Desistência da oitiva de testemunha: Possibilidade: partes têm a prerrogativa de não arrolar testemunhas ou, mesmo tendo arrolado, *desistir* da inquirição em tempo oportuno – antes de iniciado o depoimento (§ 2º, art. 451, CPP). Ressalvado o caso de o Juiz, de ofício, decidir ouvir testemunhas além daquelas indicadas pelas partes (art. 209, CPP). No procedimento do júri, antes do início da sessão de julgamento as partes podem desistir sem qualquer restrição; entretanto, iniciada a sessão, para a desistência, deve haver concordância do juiz-presidente e da parte contrária.

Incomunicabilidade das testemunhas: Previsão legal: o artigo 210 do CPP estabelece que as oitivas serão realizadas de forma separada, de modo que uma testemunha não ouça o depoimento da outra; prevê, ainda, que mesmo antes do ato as testemunhas devem aguardar separadas, para preservação da incomunicabilidade.

Retirada do acusado da sala de audiências: Possibilidade: caso a testemunha peça para ser ouvida sem a presença do réu o juiz, constatando que essa providência é realmente necessária, pode realizar a oitiva por videoconferência ou, na impossibilidade, determinará a retirada do réu da sala de audiências. A presença do defensor é indispensável. Qualquer das medidas deve constar do termo de audiências, com os motivos que a ordenaram (art. 217, CPP).

Compromisso de dizer a verdade: Obrigação legal: as testemunhas têm obrigação legal de depor (art. 206, CPP); prestam o compromisso legal de dizer a verdade sobre o que lhes for perguntado (art. 203, CPP), devendo o juiz advertir acerca das penas do crime de falso testemunho (art. 210, CPP). Exceções: não prestam compromisso os doentes mentais, os menores de 14 anos, o ascendente ou descendente, os afins em linha reta (sogro, sogra, enteado etc), o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado (arts. 206 e 208, CPP).

Qualificação da testemunha: Momento: a qualificação, para identificação da testemunha, deve ser feita antes do início do depoimento (art. 203, CPP) e, havendo dúvidas quanto à identidade, o juiz pode utilizar-se dos meios ao seu alcance para esclarecer, sem prejuízo da tomada imediata do depoimento (art. 205, CPP).

Contradita e arguição de parcialidade de testemunha: Objeto: na contradita a parte impugna o depoimento da testemunha quando esta é proibida de depor (art. 207 e 214, CPP); na alegação de parcialidade, se pretende a consignação, em ata, de circunstâncias que tornam a testemunha parcial ou indigna de fé (art. 214, CPP).

Colheita do depoimento: Procedimento: as partes perguntam diretamente à testemunha; a parte que arrolou começa perguntando, depois passa-se à reinquirição pela parte contrária; o juiz pode

indeferir perguntas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida (art. 212, CPP).

Inversão da ordem de inquirição: Ordem legal: quanto à oitiva das testemunhas, inicia-se pelas da acusação e, somente depois, ouve-se as de defesa. De regra, apenas após a oitiva de todas as testemunhas de acusação é que poderão ser ouvidas as de defesa; exceções: no caso de oitiva por carta precatória, onde a testemunha pode ser ouvida independentemente da ordem (art. 222, CPP); e, quando a testemunha tenha de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista (art. 225, CPP).

Direito ao confronto e produção de prova testemunhal incriminadora: Normativa: art. 6º, nº 3, alínea "d", da Convenção para a proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Convenção Europeia de Direitos Humanos), art. 14, nº 3, alínea "e", do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, e art. 8º, nº 2, alínea "f", do Pacto de São José da Costa Rica (Dec. 678/92). Conceito: é o direito fundamental do acusado a presenciar e participar da colheita da prova oral contra ele produzida em audiência pública. Por força do direito ao confronto, entende-se que o acusado tem o direito de confrontar quaisquer pessoas que prestem declarações testemunhais incriminadoras contra ele, ou seja, todo o saber testemunhal incriminador passível de valoração pelo juiz deve ser produzido de forma pública, oral, na presença do julgador e do acusado e submetido à inquirição deste último.

Desdobramentos: direitos do acusado à produção da prova testemunhal em audiência pública; a presenciar a produção da prova testemunhal; à produção da prova testemunhal na presença do julgador do mérito da causa; à imposição do compromisso de dizer a verdade às testemunhas; a conhecer a verdadeira identidade das fontes de prova testemunhal; a inquirir as fontes de prova testemunhal desfavoráveis, de forma contemporânea à produção da prova testemunhal; e de se comunicar de forma livre, reservada e ininterrupta com o seu defensor técnico, durante a inquirição das testemunhas.

RECONHECIMENTO DE PESSOAS E COISAS

Conceito: ato pelo qual um indivíduo descreve, verifica e identifica outra pessoa ou coisa que lhe é apresentada, como sendo aquela que viu no passado.

ACAREAÇÃO

Conceito: meio de prova através do qual se colocam frente a frente depoentes com relatos divergentes, para que expliquem essa dissonância sobre fatos relevantes ao deslinde do processo. Conforme art. 220 do CPP, admite-se acareação entre: a) acusados; b) acusado e testemunha; c) testemunhas; d) acusado e ofendido; e) testemunha e ofendido; f) ofendidos.

PROVA DOCUMENTAL

Conceito: documento em sentido amplo: todo objeto ou forma corporificada que represente a manifestação do pensamento humano e que possa comprovar a existência de determinado fato (fotos, pinturas, gravações, filmagens etc.). É a visão adotada atualmente para o termo “documento”. Documento em sentido estrito: são os escritos que se prestam a comprovar algo em juízo. Nos termos do art. 232 do CPP, são “quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares”.

Produção: conforme art. 231 do CPP, as partes podem apresentar documentos a qualquer momento durante o processo, ressalvados os casos expressos em lei. Como limitações a essa liberdade de apresentação de documentos, estão o art. 479 do CPP (que impõe o respeito ao intervalo mínimo de 3 dias da sessão de julgamento, cientificando-se a outra parte) e a própria inadmissibilidade das provas ilícitas e seus corolários (art. 5º, LVI da CF e art. 233 do CPP).

Restituição de documentos: conforme art. 238 do CPP, os documentos originais, ao fim do processo, poderão ser restituídos a quem de direito, contanto que não restem motivos relevantes que justifiquem a sua manutenção nos autos. Serão devolvidos à parte que os produziu mediante requerimento, ouvido o Ministério Público, ficando traslado no processo.

INDÍCIOS

Conceito: são circunstâncias conhecidas e provadas que permitam, por indução, concluir-se pela existência de outras circunstâncias (art. 239 do CPP).

Natureza jurídica: embora não seja unívoco na doutrina, os indícios são considerados meios de prova.

Valor probatório: como os demais meios de prova, os indícios apresentam valor probatório relativo. É dizer, a força probatória será proporcional à harmonia dos indícios com os demais elementos de prova coligidos no processo.

BUSCA E APREENSÃO

Conceito: embora comumente estejam ligados, busca e apreensão são conceitos distintos e até mesmo independentes. Busca é o ato de procurar algo ou alguém; apreensão é o ato de apossamento ou guarda de algo ou alguém. Pode haver busca sem apreensão e vice-versa.

Iniciativa ou decretação: a busca pessoal pode ser determinada tanto pela autoridade policial quanto judiciária. Nas hipóteses do art. 244 do CPP, independe de qualquer mandado judicial. Por outro lado, a busca domiciliar sempre dependerá de mandado judicial.

Espécies de busca: pode ser domiciliar ou pessoal. Busca domiciliar: guarda íntima relação com a inviolabilidade do domicílio/casa prevista no art. 5º, XI da CF: XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de

flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial. Poderia, pois, a busca ser realizada durante a noite com o consentimento do morador. Mas, em regra, será realizada durante o dia, em cumprimento ao mandado judicial. Da leitura do dispositivo algumas questões são relevantes: Conceito de “dia”: há pelo menos três posições sobre o conceito de “dia”: 1) das 6h às 20h; 2) das 6h às 18h; 3) da aurora ao crepúsculo, enquanto há iluminação solar; cada uma delas com ilustres adeptos. Parece prevalecer a posição de número 2, para a qual o “dia” compreende o período entre as 6h e 18h. Abrangência de “Casa”: o conceito de casa é extraído do Código Penal, art. 150, § 4º. Seriam abrangidos, pois: qualquer compartimento habitado; aposento ocupado de habitação coletiva ou compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade. Não são abrangidas, conforme § 5º do mesmo artigo, hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo a restrição do inciso II do parágrafo anterior; taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero. Escritórios de advocacia: conforme art. 7º, II do Estatuto da Advocacia, são invioláveis o escritório ou local de trabalho, os instrumentos de trabalho e as correspondências relacionadas ao exercício da profissão. A inviolabilidade não é absoluta, e conforme o § 6º do mesmo dispositivo, poderá haver a sua quebra por decisão judicial fundamentada, expedindo-se mandado de busca e apreensão específico e pormenorizados a ser cumprido na presença de representante da OAB. Busca e apreensão em repartições públicas: há quem entenda pela possibilidade da medida e quem entenda pela sua impossibilidade. Para a corrente que entende admissível, embora não constitua necessariamente um requisito de validade da busca e apreensão, é extremamente recomendável a requisição à respectiva repartição pública para que encaminhe o objeto que se entende necessário. Caso não seja o pleito atendido, a busca e apreensão deve ser executada normalmente.

Mandado de busca e apreensão: os requisitos do mandado constam do art. 243 do CPP. Deverá haver: a) a indicação da casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem; b) o motivo e os fins da diligência; c) subscrição pelo escrivão e assinatura da autoridade que o fizer expedir.

Descoberta fortuita de elementos probatórios referentes a outra infração: não há consenso nesse tema. Há doutrina no sentido de que, caso os executores da busca e apreensão se deparem com elementos probatórios referentes a crime ignorado, não deve ser procedida a sua apreensão, mas comunicado o fato ao juiz para que se obtenha mandado específico para tal. Por outro lado, há corrente doutrinária no sentido de que, em se tratando de flagrante delito (crimes permanentes), seria admissível a apreensão dos respectivos objetos envolvidos na prática delituosa que foram encontrados fortuitamente. Em sentido semelhante caminha a chamada *plain view doctrine*.

Busca pessoal: recai sobre a própria pessoa e seus pertences imediatos. Reforçando, é admissível nos casos descritos no art. 240, § 2º do CPP, ou seja, quando houver fundado receio de que a pessoa traga consigo: a) arma proibida; b) coisas achadas ou obtidas por meios criminosos; c) instrumentos de falsificação ou contrafação e objetos falsificados e contrafeitos; d) armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso; e) objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu; f) cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do

fato; g) qualquer outro elemento de convicção. Não dependerá de mandado judicial nas hipóteses do art. 244 do CPP; quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de *arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar*.

PRISÃO

Conceito: prisão é “privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere” (Nucci, 2018).

3 espécies de prisão:

- 1) extrapenal (civil, administrativa e militar);
- 2) penal/sanção/definitiva (ocorre para cumprimento de pena);
- 3) processual/cautelar/provisória (ocorre antes da condenação).

extrapenal	penal	processual
<ul style="list-style-type: none"> • civil • militar • administrativa 	<ul style="list-style-type: none"> • para cumprir sanção 	<ul style="list-style-type: none"> • medida cautelar • objeto do processo penal

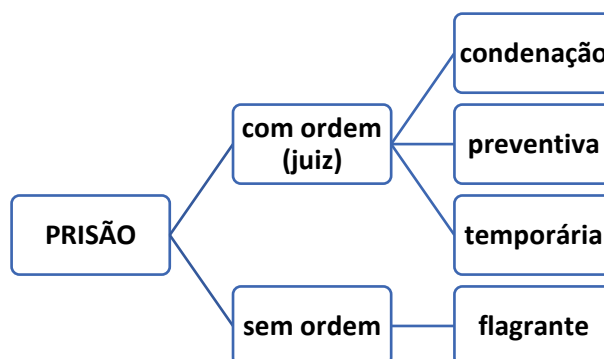
Axioma da liberdade: prerrogativa de liberdade do cidadão. No Brasil a regra é a liberdade e a exceção é a prisão. Constituição Federal, art. 5º:

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

À exceção das situações militares e aquelas excepcionais do Estado de Defesa (CF, 136, § 3º) e Estado de Sítio (CF, 139, II), as pessoas só podem ser presas porque estão em flagrante ou porque algum juiz (e nenhuma outra autoridade), de forma escrita e fundamentada, mandou prendê-las. Não existe outra forma legítima e constitucional.

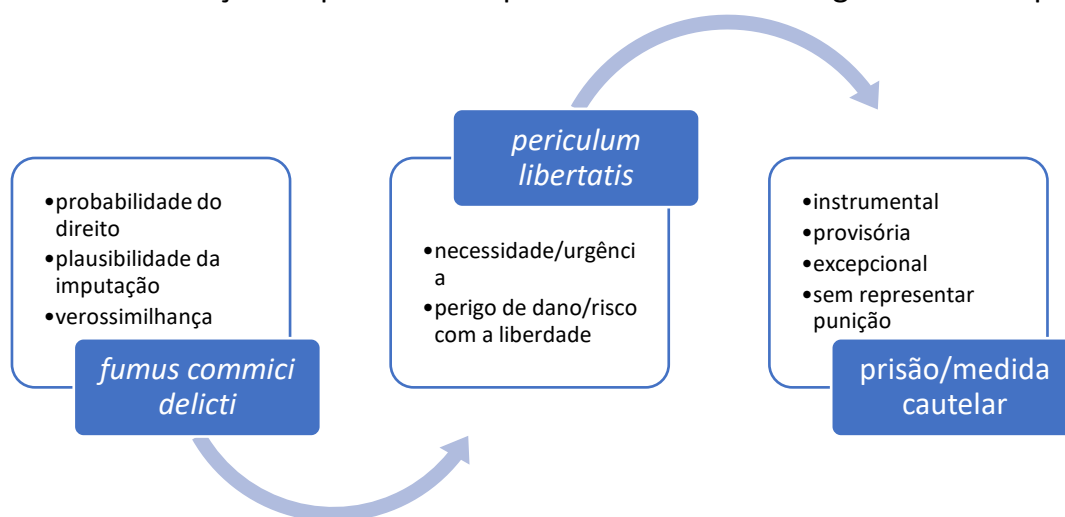
CPP. Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.



A jurisprudência não tem admitido prisões automáticas, decorrentes de lei e sem uma análise judicial concreta.

Poder de polícia: “atividade administrativa preordenada à proteção do todo social e de suas partes, mediante uma ação, ora de observação, ora de prevenção, ora de repressão contra os danos que a eles poderiam ocorrer em razão da atividade dos indivíduos”. O poder de polícia se manifesta tanto através de atos normativos de alcance geral (regulamentos, portarias etc.) como também através de injunções concretas (dissolução de reunião subversiva, guinchamento de veículo, apreensão de mercadorias etc.). Na última perspectiva é que se enquadra a atuação da Polícia, seja a Civil (judiciária) ou a Militar (administrativa). Breves restrições à liberdade, com abordagens e conduções, são exercício do poder de polícia e não prisão.

Prisão cautelar: observado o axioma da liberdade e a presunção de inocência, é assente o entendimento, tanto da doutrina quanto na jurisprudência, de que nenhuma prisão cautelar pode ser decretada com a intenção de penalizar ou punir o réu ou o investigado. Toda e qualquer prisão



cautelar deverá se pautar na necessidade ou na indispensabilidade da providência, a ser aferida em decisão fundamentada do juiz ou do tribunal, segundo determinada e relevante finalidade, tem de ser instrumental.

Direitos e garantias individuais do preso: CF, art. 5º, XLIX - *é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral*; CADH, art. 5º, 1. *Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.*

A pessoa presa resguarda todos os direitos e garantias constitucionais que tinha quando em liberdade, a não ser aqueles incompatíveis com a condição de custódia, como a liberdade de locomoção (art. 5º, XV), o livre exercício de profissão (art. 5º, XIII), a inviolabilidade domiciliar em relação à cela (art. 5º, XI) e o exercício dos direitos políticos (art. 15, III).

É dever do Estado e direito subjetivo do preso que a execução da pena se dê de forma humanizada, garantindo-se os direitos fundamentais do detento, e o de ter preservada a sua incolumidade física e moral (STF).

Uso de algemas: súmula vinculante nº 11 - Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

CPP. Art. 473, § 3º Não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes.

CPP. Art. 292. Se houver, ainda que por parte de terceiros, resistência à prisão em flagrante ou à determinada por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliarem poderão usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência, do que tudo se lavrará auto subscrito também por duas testemunhas. Parágrafo único. É vedado o uso de algemas em mulheres grávidas durante os atos médico-hospitalares preparatórios para a realização do parto e durante o trabalho de parto, bem como em mulheres durante o período de puerpério imediato.

Comunicação imediata da prisão: CPP. Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. § 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

São coisas distintas que se realizam em momentos diferenciados: 1ª) a comunicação da prisão, que deve ser 'imediata'; 2ª) o encaminhamento do auto de prisão em flagrante deve ocorrer no prazo de 24 horas contadas do primeiro momento, quando da captura.

comunicação da prisão
(imediata)

encaminhamento do auto (24h)

audiência de custódia ('sem
demora')

O CPP exige a comunicação imediata tanto do juiz quanto do Ministério Público; o CPP determina o encaminhamento do auto de prisão em flagrante para o juiz (em 24h); as leis orgânicas também acabam determinando o encaminhamento desses documentos para o Ministério Público.

Segundo o STJ: "O atraso - desde que não seja demasiado - na comunicação da prisão ao juiz competente, por si só, não gera a mácula do flagrante, se observados os demais requisitos legais".

Estrangeiro: STF - "a notificação consular [a respeito da prisão], considerada a sua específica destinação, constitui garantia essencial e indisponível que assiste a qualquer pessoa estrangeira submetida a prisão em território sujeito à soberania de qualquer outro Estado nacional".

Direito ao silêncio: CF. Art. 5º, LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado; CPP. Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de

permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

Assistência de advogado: CF, art. 5º, CF. LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

Defensoria pública deve receber cópia integral do auto de prisão em flagrante, caso o preso não informe sobre advogado (art. 306, § 1º, CPP), incumbindo ao órgão “acompanhar inquérito policial, inclusive com a comunicação imediata da prisão em flagrante pela autoridade policial, quando o preso não constituir advogado” (LC 132/2009, art. 4º, XIV).

Inquérito não é processo; traduz, sim, um procedimento informativo de natureza inquisitiva no qual a defesa técnica (presença de advogado) não é obrigatória, até porque nele não se exercerá o contraditório; embora o advogado tenha o direito de “assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento” (inc. XXI, art. 7º, Lei 8.906/1994).

Identificação dos responsáveis pela prisão: CF. Art. 5º. LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial; CPP. Art. 306, § 2º. No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas.

STJ: “O atraso na entrega da nota de culpa ao investigado preso em flagrante, embora constitua irregularidade, não determina a nulidade do ato processual regularmente válido”.

Relaxamento da prisão ilegal: CF. Art. 5º. LXV, CF. A prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária. O ‘remédio’ para a ilegalidade da prisão (seja formal ou material) é a desconstituição do título prisional (o relaxamento) e não a concessão de liberdade provisória.

Audiência de custódia: esse foi o nome dado para um ato da persecução penal (nem sempre do processo) que se constitui na apresentação do preso provisório (flagrante, preventiva e temporária) ao juiz, sem demora, logo depois de ter sido colocado em custódia, que tem duas finalidades principais: verificar a legalidade da prisão, inclusive se houve alguma arbitrariedade e avaliar sobre a necessidade e adequação de medidas cautelares (dentre elas a prisão). Previsão em convenções:

Artigo 9º. 3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. [...]

Artigo 7º. Direito à liberdade pessoal. 5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

PRISÃO EM FLAGRANTE

Conceito: flagrante é o estado ou efeito da prática delituosa atual e evidente, que está ocorrendo ou acabou de ocorrer. Prisão em flagrante é a captura efetuada sobre o agente que se encontra em um dos estados de flagrância previstos no art. 302 do CPP.

Funções: a doutrina aponta algumas funções ou efeitos da prisão em flagrante, quais sejam: a) evitar a fuga do agente; b) evitar a consumação do delito; c) auxiliar na colheita de elementos de informação; d) proteger o agente da exasperação popular; e) advertir a sociedade, como forma de prevenção geral, sobre as consequências de práticas criminosas.

Natureza jurídica: a natureza jurídica da prisão em flagrante é objeto de discussão doutrinária. Podem-se elencar algumas visões sobre o assunto: 1) trata-se de ato administrativo; 2) trata-se de espécie de medida acautelatória; 3) trata-se de medida de natureza precautelar; 4) trata-se de ato complexo, inicialmente administrativo e, ao final, judicial. Prevalece, contudo, o entendimento de que a prisão em flagrante é modalidade de prisão cautelar, ao lado da prisão preventiva e temporária.

Sujeito ativo: é o sujeito que efetua a prisão de outro que se encontre em estado de flagrância. Conforme art. 301 do CPP, qualquer do povo pode e as autoridades policiais e seus agentes devem efetuar a prisão em flagrante quando constatadas as hipóteses do art. 302 do CPP. Trata-se, respectivamente, do flagrante facultativo e flagrante obrigatório. As demais autoridades (que não as policiais) se sujeitam à faculdade da efetuação da prisão em flagrante.

Sujeito passivo: regra geral, qualquer pessoa pode ser presa em flagrante delito. Existem algumas exceções: a) Presidente da República: prisão apenas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art. 86, § 3º da CF); b) Diplomatas estrangeiros: a depender de previsão em convenções e tratados internacionais, poderão estar imunes à prisão em flagrante (art. 1º, I do CPP); c) Membros do Congresso Nacional: após a expedição do diploma, apenas poderão ser presos em flagrante por crimes inafiançáveis. Nesses casos, a respectiva Casa deliberará sobre a manutenção ou cessação da custódia (art. 53, § 2º da CF). Deputados estaduais dispõem da mesma prerrogativa (art. 27, § 1º c/c 53, 1º da CF); vereadores não desfrutam dessa imunidade; d) Magistrados: admissível a prisão apenas por crimes inafiançáveis (art. 33, II da LOMAN); e) Membros do MP: possuem prerrogativa simétrica (art. 40, III da LONMP). Membros do MPU possuem a mesma prerrogativa (art. 18, II, d da LC 75/1993); f) Advogados: admite-se a prisão em flagrante por crimes relacionados ao exercício da profissão desde que inafiançáveis. Nesses casos deverá haver a presença de representante da OAB durante a lavratura do ato, sob pena de nulidade. Nos crimes comuns, deverá haver apenas a comunicação à OAB sobre o fato (art. 7º, IV e § 3º da Lei 8.906/94 – Estatuto da Advocacia); g) Menores de 18 (dezoito) anos: são penalmente inimputáveis (art. 228 da CF e 27 do CP), sendo incabível a prisão em flagrante nesses casos. Submetem-se às disposições do ECA, o qual permite, em seu art. 106, a apreensão em flagrante por ato infracional; h) Motorista que presta pronto e integral socorro à vítima: o condutor de veículo automotor envolvido em acidente com vítima que prestar integral e pronto socorro a esta não poderá ser preso em flagrante (art. 301 do CTB).

Espécies de flagrante: as espécies de flagrante estão previstas nos incisos do art. 302 do CPP, que apresenta rol taxativo, ou seja, que não admite extensão das suas hipóteses. a) Flagrante próprio: também chamado de flagrante real, perfeito ou verdadeiro, diz respeito às hipóteses dos incisos I e II do art. 302 do CPP; ou seja, ocorre quando o agente é surpreendido cometendo a infração penal ou quando acaba de cometê-la; b) Flagrante impróprio: também denominado de flagrante irreal, imperfeito ou quase-flagrante, ocorre na hipótese do inciso III do art. 302: o agente é perseguido, logo após a prática da infração, em situação que se faça presumir ser ele o autor do ilícito. Para os efeitos legais, considera-se perseguição as diligências descritas no art. 290, § 1º, a e b do CPP. A perseguição deve ocorrer “logo após” a prática delituosa, mas pode durar horas e até mesmo dias sem que se desnature o estado de flagrância imprópria, desde que essa perseguição seja ininterrupta; c) Flagrante presumido ou ficto: trata-se da figura elencada no inciso IV do art. 302 do CPP. Ocorre quando o agente é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração. A lei não exige perseguição nesse caso, apenas que seja o agente encontrado na situação descrita no dispositivo. Tem prevalecido na doutrina e jurisprudência que a expressão logo depois empregada no inciso IV é cronologicamente mais elástica que a expressão logo após do inciso III, de modo que indicaria maior espaço de tempo entre a prática do crime e a captura; d) Flagrante preparado: também denominado flagrante provocado, crime de ensaio, delito de experiência ou delito putativo por obra do agente provocador. Verifica-se quando o agente é insidiosamente levado a praticar uma infração penal, ao mesmo tempo em que são tomadas as devidas precauções para que o crime não se consuma. Não é admitido no ordenamento jurídico, ensejando a consideração do fato como sendo crime impossível, pela impossibilidade de sua consumação (art. 17 do CP). Nesse sentido, aliás, é a Súmula 145 do STF; e) Flagrante esperado: a autoridade policial/particular aguarda em tocaia ou campana a prática delituosa para, aí sim, efetuar a prisão em flagrante. Diferencia-se do flagrante preparado pelo fato de não haver, por parte do sujeito ativo, qualquer atitude para que ocorra a prática do crime. É admitido no ordenamento jurídico brasileiro; f) Flagrante prorrogado: também chamado de flagrante retardado ou diferido, consiste no retardamento da efetuação da prisão em flagrante até o momento de máxima oportunidade e eficiência. A ação controlada prevista nos arts. 8º e 9º da Lei 12.850/2013 (Lei de Organizações Criminosas) é exemplo de flagrante prorrogado. Parte da doutrina entende constituir outro exemplo desse flagrante a não-atuação policial prevista no art. 53, II da Lei 11.343/2006; g) Flagrante forjado: ou flagrante maquinado, urdido. Verifica-se quando particulares e/ou policiais arquitetam uma situação artificial de (suposto) flagrante de crime falso/inexistente a fim de imputá-lo a terceiro sabidamente inocente para legitimar a sua prisão em flagrante. Os sujeitos que forjarem esse flagrante estarão sujeitos a responsabilização criminal, que poderá consistir na prática do crime de abuso de autoridade ou denúncia caluniosa, por exemplo, a depender do caso.

Prisão em flagrante nas várias espécies de crime:

Crimes permanentes: crime permanente é aquele cuja consumação se protraí no tempo. Exemplos: sequestro e cárcere privado (art. 148 do CP); extorsão mediante sequestro (art. 159, caput e parágrafos do CP); associação para o tráfico de drogas (art. 35 da Lei 11.343/2006); ocultação de cadáver (art. 221, caput do CP), dentre outros. Conforme art. 303 do CPP, considera-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência, de modo que a qualquer tempo durante essa indefinida permanência poderá ocorrer a prisão em flagrante.

Crimes habituais: crime que se configura apenas com a reiteração de atos, com a repetição costumeira da atividade. Exemplos: curandeirismo (art. 284 do CP); manutenção de estabelecimento em que ocorra exploração sexual (art. 229 do CP), dentre outros. A possibilidade ou não da prisão em flagrante nessa espécie de crime é objeto de discussão doutrinária. Para os que entendem ser admissível a prisão, as “ações isoladas” dos crimes habituais integram o próprio iter criminis, possibilitando a prisão em flagrante. Também há entendimento no sentido de que a prisão seria possível quando comprovada, no ato, a reiteração da prática delituosa pelo agente. Por fim, para a parcela da doutrina que considera inadmissível a custódia nesses casos, a prisão em flagrante, caso efetuada, apenas retrataria o ato isolado que, por si só, não constitui infração penal, desnaturando qualquer espectro de flagrância.

Crimes de ação penal privada e crimes de ação penal pública condicionada: o art. 301 do CPP permite a prisão em flagrante de “quem quer que seja encontrado em flagrante delito”. A lei em nenhum momento fez ressalva à possibilidade da prisão a depender da natureza da respectiva ação penal, de modo que nada obsta a prisão em flagrante delito pela prática de crimes cuja ação penal é de iniciativa privada ou pública condicionada. Entretanto, para a formalização do auto de prisão em flagrante, é necessária a manifestação de vontade do ofendido ou legitimado. Isso ocorre porque o auto de prisão em flagrante é uma das formas de instauração do inquérito policial, e o inquérito, por expressa previsão legal (art. 5º, §§ 4º e 5º do CPP), não pode ser iniciado sem a representação ou o requerimento do ofendido/representante legal.

Crime continuado: a continuidade delitiva ocorre quando há a prática de diversos crimes da mesma espécie que guardam, entre si, uma relação de continuidade, apresentando semelhanças quanto ao tempo, lugar e modo de execução. A figura do crime continuado é uma ficção jurídica, por meio da qual os crimes subsequentes são havidos como continuação do primeiro (art. 71 do CP). Como cada uma das condutas típicas pode ser considerada, mesmo que isoladamente, uma infração penal, é cabível a prisão em flagrante toda vez que o delito seja cometido.

Prisão em flagrante e apresentação espontânea: grande parcela da doutrina entende pela impossibilidade da prisão em flagrante de agente que se entregue voluntariamente à autoridade policial. Isso decorreria do fato de que a apresentação espontânea não se encaixa em qualquer uma das hipóteses de flagrância elencadas no art. 302 do CPP, não havendo, pois, se falar em prisão. Outro motivo para essa impossibilidade provém da própria dicção do art. 304 do CPP (que estabelece o procedimento da lavratura do auto), dispositivo esse que utiliza a expressão “apresentado o preso à autoridade competente”, que confere a ideia de ter sido ele necessariamente apresentado por alguém, não havendo menção à hipótese em que o próprio preso se apresenta à autoridade. Parte da doutrina entende pela necessidade de se verificar, caso a caso, as circunstâncias fáticas do delito, para que se averigue a possibilidade ou não da prisão em flagrante. Para essa corrente de entendimento, mais parcimoniosa, a apresentação espontânea pode evitar a prisão em flagrante, mas nem sempre isso ocorrerá.

Lavratura do auto de prisão em flagrante delito: realizada a prisão em flagrante, deve ser ela formalizada e documentada, observando-se os procedimentos legais para tanto (art. 304 do CPP). Também, por evidente, devem ser observados os direitos e garantias constitucionais do preso

durante a lavratura do auto. A não observância das regras constitucionais e infraconstitucionais dará ensejo à nulidade do ato e à ilegalidade da prisão em flagrante, que deverá, pois, ser relaxada.

Autoridade e atuação: o auto de prisão em flagrante deve ser lavrado pela autoridade policial da respectiva circunscrição em que tenha ocorrido a captura. Como a autoridade policial não detém nem exerce jurisdição e, portanto, não possui “competência”, a não observância dessa norma administrativa não tem o condão de gerar nulidade por incompetência *ratione loci*. A lavratura do auto de prisão em flagrante de crime de competência da Justiça Federal por autoridade policial estadual, segundo parte doutrina, também não acarreta nulidade que macule o auto; trata-se, contudo, de matéria não pacificada. Outrossim, apresentado o preso à autoridade policial, deverá ela informar e providenciar ao conduzido a observância dos seus direitos fundamentais, mormente os previstos nos incisos LXII a LXIV do art. 5º da CF. Nos casos em que o crime for cometido na presença ou contra a própria autoridade, no exercício de suas funções, deverão ser observadas as disposições do art. 307 do CPP.

Condutor e testemunhas: na sequência, serão tomadas as declarações do condutor (pessoa que deu voz de prisão ao agente do fato criminoso). Prestado o depoimento, deverá o condutor assinar o respectivo termo, sendo-lhe entregue cópia deste, bem como de recibo de entrega do preso. Logo após o condutor, deverão ser ouvidas as testemunhas que presenciaram o fato criminoso. O art. 304 do CPP fala em “testemunhas”, de maneira que a doutrina entende pela necessidade de, no mínimo, duas para o devido cumprimento da formalidade. Tem-se admitido que o próprio condutor figure como testemunha, caso tenha ele, também, presenciado o fato criminoso.

Interrogatório do preso: em seguida deverá ocorrer o interrogatório do conduzido. O preso, contudo, não é obrigado a responder aos questionamentos da autoridade policial, podendo fazer uso do seu direito constitucional ao silêncio (art. 5º, LXIII). É imprescindível, de qualquer forma, que a autoridade policial confira ao preso a possibilidade de ser interrogado, para que seja dado fiel cumprimento ao art. 304 do CPP. É admitida a presença de defensor durante toda a formalização do auto, haja vista que a assistência por advogado é direito constitucionalmente assegurado ao preso (art. 5º, LXIII da CF). Situações externas que porventura impeçam a oitiva do conduzido nesse momento procedimental (hospitalização, por exemplo) não acarretam a ilegalidade da prisão. Por fim, conforme art. 304, § 4º do CPP, deverão ser colhidas informações a respeito da existência de filhos do preso, suas condições pessoais e os dados de eventuais responsáveis pelos seus cuidados.

Lavratura e encerramento do auto ou relaxamento da prisão pela autoridade: ouvidos condutor, testemunhas e (possivelmente) o conduzido, a autoridade policial poderá: i) recolher o agente à prisão, caso se convença de que são fundadas as suspeitas que recaem contra ele, determinando a lavratura e encerramento do auto de prisão em flagrante; ou ii) relaxar (ou não ratificar) a prisão em flagrante, caso não se convença de que o fato apresentado a autoriza, não procedendo à autuação do conduzido. Ao demais, mesmo que a autoridade se convença das fundadas suspeitas contra o preso, deverá colocá-lo em liberdade nos casos em que seja admitida a concessão, pela própria autoridade, de liberdade provisória com a prestação de fiança (crimes cuja pena máxima não ultrapasse 4 (quatro) anos – art. 322 do CPP).

Remessa do auto à autoridade judiciária: a autoridade policial tem o prazo de 24h para promover a remessa do auto de prisão em flagrante à autoridade judiciária, com toda a documentação colhida e produzida, conforme art. 306, § 1º do CPP.

Nota de Culpa: documento entregue ao conduzido, por meio do qual se lhe comunica o motivo da prisão, nome do condutor e das testemunhas (art. 306, § 2º do CPP). A autoridade possui o prazo de 24h para que entregue a nota de culpa ao preso. Caso não haja essa entrega, estar-se-á diante de ilegalidade, apta da tornar nulo o auto e ilegal a prisão, que deverá ser relaxada.

Convalidação judicial da prisão em flagrante: remetido o auto de prisão em flagrante à autoridade judiciária, deverá esta agir na forma do art. 310 do CPP: 1) relaxará a prisão ilegal; ou 2) converterá a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos dos artigos 312 (e 313) do CPP e quando insuficientes ou inadequadas as medidas cautelares diversas da prisão; ou 3) concederá liberdade provisória, com ou sem fiança. É imprescindível que a autoridade judiciária adote uma dessas medidas, porquanto a prisão em flagrante, ato precário e frágil, deve subsistir pelo menor tempo possível.

Relaxamento da prisão em flagrante ilegal (art. 310, I do CPP): a prisão será ilegal quando não forem observados os requisitos materiais (situação de flagrância do art. 302 do CPP) ou os requisitos formais (formalidades legais da prisão e da lavratura do auto, bem como a observância dos direitos e garantias constitucionais do preso). O relaxamento da prisão em flagrante ilegal não obsta a decretação da prisão preventiva ou temporária, contanto que presentes os requisitos legais para a custódia cautelar.

Conversão da prisão em flagrante em preventiva ou temporária (art. 310, II do CPP): entendendo o magistrado pela imprescindibilidade da manutenção da prisão do conduzido, converterá a prisão em flagrante em prisão preventiva, desde que (novamente) presentes os requisitos do artigo 312 e 313 do CPP. A prisão preventiva é medida extrema, somente devendo ser decretada quando absolutamente inviável, insuficiente e inadequada a concessão de liberdade provisória com ou sem a imposição de medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do CPP. Ademais, não pode ela ser decretada, nesse momento procedimental, ex officio pelo magistrado. Deve, pois, haver prévio requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial nesse sentido. Parte da doutrina também entende pela possibilidade de conversão da prisão em flagrante em prisão temporária, desde presentes os requisitos que autorizem essa espécie de custódia cautelar.

Concessão de liberdade provisória (art. 310, III do CPP): ausentes os requisitos que autorizem a decretação da prisão preventiva, deverá o magistrado conceder a liberdade provisória ao preso, “com ou sem fiança”, como dispõe o referido inciso III. Embora o dispositivo se limite a tratar da liberdade provisória com ou sem fiança, é imperioso que se faça a sua análise em conjunto com as disposições dos artigos 319 e 321 do CPP, que evidenciam a ampliação da liberdade provisória para além desse instituto. Assim, demonstrando-se suficiente e adequada a medida, o magistrado concederá a liberdade provisória ao preso, impondo-lhe, se for o caso, e ainda que cumulativamente, as medidas cautelares diversas da prisão elencadas no artigo 319 do CPP. Imperioso lembrar que a liberdade provisória, como regra de tratamento (a ser excepcionada apenas em situações extraordinárias), decorre de norma constitucional, conforme art. 5º, LXVI da Carta Magna.

NOÇÕES GERAIS DE MEDIDAS CAUTELARES

Previsão legal: art. 282, CPP traz diretrizes, condições/requisitos, que devem ser observados quando da aplicação das medidas cautelares; art. 319 e 320, CPP trazem medidas cautelares em espécie.

Características das medidas cautelares: instrumentalidade – não são um fim em si mesmas; acessoriedade – dependem de um procedimento principal; provisoriedade – têm vigência limitada no tempo; sumariedade – sua análise não envolve uma cognição profunda/exauriente; variabilidade/substituibilidade/revogabilidade – possibilidade de variação, mudança ou substituição; homogeneidade – devem ter simetria com o provimento final (pena em perspectiva), não podendo ser mais gravosas; jurisdicionalidade - as medidas cautelares podem ser impostas somente pela autoridade jurisdicional, com exceção da fiança em crimes menos graves; excepcionalidade - as medidas cautelares “devem ser aplicadas em hipóteses emergenciais, com o objetivo de superar situações de perigo à sociedade, ao resultado prático do processo ou à execução da pena; cumulatividade – podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

Pressupostos genéricos: Fumus comissi delicti - seria a ‘fumaça do cometimento de um delito’, a análise sobre a plausibilidade da imputação, exigindo, nos mais variados casos concretos, o convencimento sobre a existência de um crime praticado por um provável e determinado agente. Periculum Libertatis - representa a urgência e a necessidade para evitar perigo a algum bem jurídico relevante. Traduz-se pelo risco de ineficácia, risco de dano irreparável.

Medidas cautelares em espécie: conforme anteriormente explicitado, encontram-se encartadas nos artigos 319 e 320 do CPP, sendo elas: previstas no art. 319, I - *comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades*; II - *proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações*; III - *proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante*; IV - *proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução*; V - *recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos*; VI - *suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais*; VII - *internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração*; VIII - *fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial*; IX - *monitoração eletrônica*. Prevista no art. 320, a *proibição de ausentar-se do País*.

Princípio da necessidade: podemos compreender que o ‘princípio’ prega que as medidas cautelares (não só a prisão), de um modo geral, só podem ser aplicadas quando houver necessidade, quando a tutela e a interferência do Estado for, na situação concreta, imprescindível para resguardar bem ou interesses de relevância. Na exata medida em que a liberdade plena é a regra, qualquer restrição a

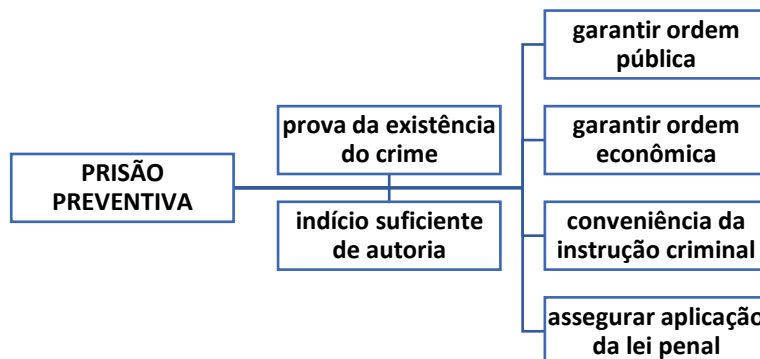
ela deve ser interpretada como extraordinária e provisória. Observar a ‘necessidade’ impõe que o juiz só decrete prisão se realmente ela for imprescindível e, na sistemática de hoje, se nenhuma outra medida cautelar for suficiente para a tutela que se pretende – última *ratio*. As medidas cautelares diversas são *preferíveis*, em relação à prisão.

PRISÃO PREVENTIVA

Natureza: medida cautelar de natureza pessoal, com caráter instrumental, que não pode traduzir punição antecipada, balizada pelos direitos e garantias individuais previstos na Constituição. O acusado ou indiciado, na prisão preventiva, não pode ser visto como objeto de satisfação do desejo generalizado de punição da sociedade. Ao contrário, é a prisão preventiva que serve à persecução penal efetiva, e, no proveito desta aquela se justifica, nas hipóteses e de acordo com requisitos legais, sempre observada a dignidade da pessoa humana com os direitos e garantias individuais que lhe são inerentes.

Pressupostos:

- Prova da existência do crime - a prova da existência do crime, exigida pelo artigo 312 do CPP, não deve se contentar com mera tipicidade, deve dar um passo além, sem antecipar culpa, na busca de elementos fáticos que, naquele caso concreto, realmente demonstrem a existência de um crime e não apontem nenhuma excludente de ilicitude (art. 314, CPP). É a convicção sumária de que um crime tenha ocorrido.



- Indício suficiente de autoria – é a ‘suspeita jurídica’ da responsabilidade do acusado, traduzida em indícios veementes de que o sujeito passivo seja autor do crime – juízo de probabilidade. A averiguação da autoria na prisão preventiva não exige a certeza plena nem se contenta com a suspeita ocasional lançada por algum indício isolado e inconsistente.

Requisitos:

- Conveniência da instrução criminal - A prisão preventiva decretada com base nesse requisito visa salvaguardar a instrução do inquérito ou do processo que, diante da liberdade do agente, está ameaçada ou corre o risco objetivo de ser desvirtuada. A necessidade da prisão está no fato de que o agente, ou alguém por ele, está impedindo ou atrapalhando a escorreita produção de provas.

- Asseguramento de aplicação da lei penal - Por esse requisito, a prisão preventiva deve ser decretada para assegurar que, ao final e com o desfecho do processo, a lei penal tenha efetividade – essencialmente fazendo com que o imputado se submeta à eventual sanção que lhe seja imposta em futura decisão condenatória. É a prisão servindo como uma espécie de "garantia" ao cumprimento da pena e de submissão do réu ou indiciado ao que a lei penal lhe reserva diante do processo e do crime que, aparentemente, cometeu.

- **Garantia da ordem pública** – Requisito de locução jurídica aberta e imprecisa, que pode gerar insegurança jurídica, mas permite maleabilidade para decretação da preventiva nos mais variados casos quando ela for necessária. Parâmetros de constatação mais conhecidos: repercussão negativa do crime; recorrência do agente criminoso; periculosidade do agente; gravidade do crime.
- **Garantia da ordem econômica** – o conceito de ordem econômica se insere no de ordem pública, é uma especialização. Atentados contra a ordem econômica serão, em suma, aqueles tendentes a atingir qualquer dos princípios indicados no art. 170 da CF. A magnitude da lesão causada pelo crime é um bom parâmetro.

Fundamentação: a fundamentação da prisão preventiva, exigida pela norma constitucional (art. 93, inc. IX, CF) e infraconstitucional (art. 315, CPP), deve ser concreta, empírica, não servindo para essa finalidade a mera referência a termos legais. Deve o juiz, no específico caso, traduzir concretamente os pressupostos e requisitos da prisão preventiva. Admite-se motivação por referência. Não é possível, depois de prolatada a decisão (que tenha gerado efeitos), suprir eventuais defeitos da fundamentação.

Provisoriedade: CPP, art. 316. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. Cláusula *rebus sic stantibus*.

Prazo: a prisão preventiva não tem prazo previsto em lei; sua duração deve ser avaliada de acordo com a razoabilidade, acolhendo parâmetros legais outros, dentro da complexidade do feito. Conta-se o tempo de prisão a partir da captura.

Cessaçãõ: o CPP não prevê momentos para extinção ou cessação da prisão preventiva ou de medidas cautelares. Exige-se pronunciamento judicial, que de ser feito à luz da necessidade e da instrumentalidade das cautelares.

Mudança de paradigma: a prisão preventiva passou a constituir a ‘ultima ratio’ ou ‘extrema ratio’ das medidas de coação, apenas se podendo aplicar quando se demonstre que todas e cada uma das restantes medidas cautelares se revelam inadequadas ou insuficientes a cumprir os fins a que se destina.

Novas diretrizes: o binômio necessidade-adequação, de lei, foi concebido como vetor de aplicação de todas as medidas cautelares, dentre elas a prisão preventiva – princípio da proporcionalidade.

Subsidiariedade: orientação de política processual penal de que a prisão é a última opção após falharem as demais medidas cautelares. Parágrafos 4º e 6º do art. 282 do CPP dizem que a prisão preventiva será decretada em último caso (quando do descumprimento de outras medidas cautelares) e que será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar.

Se noutros tempos a prisão preventiva já foi obrigatória, a única medida cautelar pessoal, agora ela é absolutamente residual e sua avaliação é feita pelo juiz que deve considerar, a par dos princípios constitucionais, as diretrizes das medidas cautelares (art. 282, incisos I e II, Código de Processo Penal), as hipóteses de sua admissibilidade (art. 313), seus pressupostos e requisitos (art. 312) e, ainda, se nenhuma outra medida cautelar já não bastaria para a tutela que se pretende.

Admissibilidade: para que uma prisão preventiva possa ser decretada, antes de mais nada a lei tem de admiti-la para aquela situação/crime. Só se a lei admitir é que se dará um segundo passo na análise, para verificar se a prisão é necessária e preenche os pressupostos e requisitos do art. 312 do CPP. As hipóteses de admissibilidade da prisão preventiva estão principalmente (mas não exclusivamente) no art. 313 do CPP. Também encontramos hipóteses de cabimento da prisão preventiva em leis esparsas e nos parágrafos únicos dos arts. 312 e 313 do Código.

Inadmissibilidade: ordinariamente não se permite a prisão preventiva para os crimes culposos (art. 313, inc. I, CPP); para os crimes com pena máxima igual ou inferior a 4 (quatro) anos e, evidentemente, para as infrações não sujeitas a pena privativa de liberdade (§ 1º, art. 283, CPP); quando o juiz verificar alguma excludente de ilicitude (art. 314, Código de Processo Penal).

Insubstância do flagrante: nos termos do art. 310 do CPP, a prisão em flagrante passa a ter uma vigência muito limitada, e não pode mais sustentar a prisão cautelar de ninguém durante o processo. Se for o caso de prender, o juiz tem de converter em preventiva.

Correlação do flagrante com a preventiva: a preventiva, no caso de conversão, vai servir para transformar uma prisão administrativa (flagrante), que não deve ter subsistência, em prisão que seja decretada por escrito, de forma fundamentada, por autoridade judiciária competente – conforme estabelece o inc. LXI do art. 5.º da Constituição Federal. Assim, flagrante e preventiva estão umbilicalmente relacionados. Os pressupostos da prisão preventiva (prova da existência do crime e indício suficiente de autoria) deverão estar presentes no auto de prisão em flagrante, assim como o juiz deverá avaliar sobre a necessidade da prisão preventiva, sobre o seu caráter subsidiário e seus fundamentos, pelas peças que integrarem ou acompanharem esse auto. Eventual nulidade da prisão em flagrante tem consequências restritas à manutenção do imputado preso. Não contamina o processo penal condenatório subsequente. A jurisprudência frequentemente reconhece a legitimidade da substituição da prisão em flagrante pela prisão preventiva.

Prisão domiciliar: prevista nos arts. 317 e 318, serve para substituir a preventiva diante de situações peculiares estabelecidas em lei.

Contraditório: fica diferido na prisão preventiva, diante da urgência inata dessa medida.

Legitimidade: querelante e assistente de acusação, além do Ministério Público e da autoridade policial podem pleitear a prisão preventiva.

Preventiva na sentença: a partir da Lei 11.719/2008 deixou de existir a figura da prisão decorrente de sentença condenatória e a prisão decorrente de pronúncia; desde então, se for o caso, o juiz deve impor prisão preventiva (§ 1º do art. 387, CPP).

PRISÃO TEMPORÁRIA

Previsão legal: Lei nº 7.960/1989.

Conceito: modalidade de prisão provisória, de caráter cautelar (segundo alguns doutrinadores), com finalidade de obter informações para investigação em curso, em caso de apuração de infrações penais graves.

Cabimento: *rol dos crimes constante do inciso III do art. 1º da Lei nº 7.960/1989:* homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º); sequestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º); roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º); extorsão mediante sequestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); atentado violento ao pudor (art. 214, caput, c/c o art. 223, caput, e parágrafo único); rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único); epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º); envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285); quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal; genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889/1956), em qualquer de suas formas típicas; tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976); crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986); crimes previstos na Lei de Terrorismo; além disso, a Lei 8.072/1990, no § 4º do art. 2º, estende o cabimento da prisão temporária para os crimes hediondos e equiparados.

Pressupostos/requisitos: trazidos nos incisos I, II e III do art. 1º, quando imprescindível para as investigações do inquérito policial (I); quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade (II); quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes (III) [...]. Necessidade de presença, para decretação, em todos os casos, do requisito do inciso III, acompanhado de, pelo menos, um dos outros (I ou II).

Procedimento: A prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade (art. 2º, Lei 7.960/1989). Somente pode ser decretada pelo Juiz, mediante requisição da autoridade policial ou do Ministério Público. Caso o requerimento venha da autoridade policial, indispensável a oitiva prévia do Ministério Público (§1º, art. 2º). A decisão que decretar deve ser fundamentada (§ 2º e art. 93, IX, da Constituição Federal). Por se tratar de medida e urgência, prazo de 24 horas para decidir contadas do recebimento do pedido; a lei estabelece, inclusive, que deverá existir plantão permanente no Poder Judiciário para apreciação dos pedidos de temporária (art. 5º). Após a decisão, para cumprimento, deve haver a expedição do mandado de prisão (§§ 4º e 5º, art. 2º). O preso temporário também deve ser informado a respeito dos seus direitos (§ 6º). Na prisão, devem ser mantidos separados dos demais presos (art. 3º, Lei 7.960/89).

Prazo: fixado em lei, em 5 dias, prorrogável – apenas uma vez - por igual período (art. 2º); decorrido o prazo o preso deve ser liberado (§ 7º, art. 2º). O prazo de 5 dias, prorrogável, é o máximo, mas nada impede que o juiz fixe prazo menor, de acordo com a necessidade. Nos crimes hediondos e equiparados, a prisão temporária pode ter duração de 30 dias, prorrogável por igual período (§ 4º, art. 2º, Lei 8.072/90).

Conversão em preventiva: o § 7º do art. 2º da Lei 7.960/89, prevê a possibilidade de conversão da prisão temporária em preventiva; não se trata propriamente de conversão, porquanto para decretação da preventiva deverão ser observados os requisitos daquela. Havendo a decretação da preventiva, eventual *habeas corpus* impetrado em relação à temporária, perde seu objeto.

LIBERDADE PROVISÓRIA

Conceito: é o instituto por meio do qual se possibilita ao agente de um fato tido como delituoso que aguarde o trâmite do processo em liberdade, mediante ou não o cumprimento de determinadas condições.

Natureza jurídica: com o advento da Lei nº 12.403/2011, a liberdade provisória passou a constituir uma contracautela à prisão em flagrante (art. 310, III do CPP) e, também, uma medida cautelar autônoma diversa da prisão (art. 319, VIII do CPP).

Espécies: a forma de classificação da liberdade provisória pode divergir entre as doutrinas. Em suma, pode-se classificá-la com base nos seguintes critérios: a) quanto à fiança: 1) liberdade provisória sem fiança (arts. 310, parágrafo único e 350 do CPP); 2) liberdade provisória com fiança (arts. 322 a 349 do CPP); b) quanto à possibilidade de concessão: 1) liberdade provisória obrigatória; 2) liberdade provisória proibida; c) quanto ao cumprimento de obrigações: 1) liberdade provisória com vinculação; 2) liberdade provisória sem vinculação.

Liberdade provisória sem fiança

Liberdade provisória nas hipóteses de discriminantes: conforme art. 310, parágrafo único do CPP, o juiz concederá liberdade provisória, sem fiança, quando verificar ter o agente praticado o fato enquanto amparado por uma das excludentes de ilicitude elencadas no art. 23 do CP (legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito). Além disso, há entendimento doutrinário no sentido de que, com exceção da inimizabilidade penal (art. 26 do CP), as causas excludentes de culpabilidade também poderiam ensejar a aplicação do parágrafo único do art. 310 do CPP, permitindo ao agente a liberdade provisória sem recolhimento de fiança.

Liberdade provisória sem fiança em razão da situação financeira: como forma de evitar que as más condições econômicas do agente obstaculizem a restauração do seu estado de liberdade, o art. 350 do CPP permite ao juiz conceder liberdade provisória ao agente, nesses casos, sem recolhimento de fiança. Embora não preste a garantia, o indivíduo estará sujeito às mesmas obrigações inerentes àqueles que prestam fiança (arts. 327 e 328 do CPP), que, em síntese, compreendem: a) comparecimento perante a autoridade (policial ou judicial) sempre que intimado para tanto; b) prévia comunicação de mudança de residência ou do lugar em que poderá ser encontrado quando necessitar ausentar-se da residência por mais de 8 (oito) dias.

Liberdade provisória com fiança

Fiança – noções gerais: fiança é a garantia real prestada ao Estado, mediante depósito de valores ou bens, para assegurar o direito de permanecer em liberdade durante o trâmite do processo penal. Além disso, a fiança também se presta ao pagamento das custas processuais, multa, prestação pecuniária e indenização decorrente de dano, nos casos de condenação (art. 336 do CPP). Assim como a figura da “liberdade provisória”, com o advento da Lei nº 12.403/2011, a fiança também passou a constituir uma contracautela à prisão em flagrante (art. 310, III do CPP) e uma medida cautelar autônoma diversa da prisão (art. 319, VIII do CPP). Conforme art. 330 do CPP, pode consistir

em dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública ou hipoteca inscrita em primeiro lugar. Poderá ser concedida pela autoridade policial nas infrações cuja pena privativa de liberdade máxima não ultrapasse 4 (quatro) anos (art. 322 do CPP). Nos demais casos, como evidencia o parágrafo único desse mesmo artigo, a fiança será requerida ao juiz, inclusive na hipótese de a autoridade policial se recusar ou retardar a sua concessão (art. 335 do CPP).

Valor da fiança: o valor a ser fixado a título de fiança pela autoridade policial ou judiciária deverá obedecer aos parâmetros e critérios legais estipulados no CPP. Quando se tratar de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos, o valor será de 1 (um) a 100 (cem) salários mínimos (art. 325, I do CPP). Quando superior a 4 (anos), de 10 (dez) a 200 salários mínimos (art. 325, II do CPP). Conforme parágrafo primeiro do art. 325, a depender da situação econômica do preso, a fiança pode ser: dispensada (na forma do art. 350 do CPP – somente pela autoridade judiciária); reduzida em até 2/3 (dois terços) ou aumentada em até 1.000 (mil) vezes. Além disso, para a fixação do valor, a autoridade deverá levar em consideração os critérios indicados no art. 326 do CPP, quais sejam: a natureza da infração, as condições pessoais de fortuna e vida pregressa do acusado, as circunstâncias indicativas de sua periculosidade, bem como a importância provável das custas do processo. Por fim, cabe ressaltar que o Código de Defesa do Consumidor apresenta valor e critérios próprios para a concessão da fiança, conforme seu art. 79, regras essas somente aplicáveis às infrações tipificadas no mesmo código.

Infrações inafiançáveis: no processo penal brasileiro, a análise dos delitos afiançáveis se dá a *contrario sensu*, porquanto o legislador optou por positivar as infrações e situações que não admitem a concessão de fiança. Os crimes inafiançáveis estão previstos no art. 5º, XLII a XLIV da Constituição Federal, cuja ideia é reproduzida pelo art. 323 do CPP. São, portanto, inafiançáveis: a) prática de racismo (Lei nº 7.716/89); b) crime de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes, terrorismo e hediondos: essas infrações estão, respectivamente, previstas nas Leis nº 9.455/97; nº 11.343/06; nº 13.260/16 e nº 8.072/90; e c) ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático: crimes esses que são elencados na Lei nº 7.170/83. A vedação constitucional e legal da concessão de fiança para esses crimes não apresenta óbice à concessão de liberdade provisória, mesmo sem fiança. Além disso, conforme art. 324 do CPP, não será concedida fiança nas hipóteses de: a) anterior quebraimento da fiança ou descumprimento das condições dos arts. 327 e 328 do CPP; b) nos casos de prisão civil ou militar; e c) quando presentes os requisitos que autorizem a decretação de prisão preventiva.

Incidentes relativos à fiança

Quebraimento da fiança: a fiança será julgada quebrada quando o acusado praticar um dos atos descritos no art. 341 do CPP. Julgada quebrada a fiança, surtirão os efeitos constantes do art. 324, I do CPP (impossibilidade de concessão de nova fiança no mesmo processo) e do art. 343 do CPP (perda da metade do valor prestado; possibilidade de imposição de outras medidas cautelares ou a decretação de prisão preventiva, se presentes os requisitos para tanto). O quebraimento sempre será determinado pelo juiz; nunca pela autoridade policial. Contra a decisão que julgue quebrada a fiança caberá recurso em sentido estrito (art. 581, VII do CPP), que apenas terá o condão de suspender o efeito da perda da metade do valor (art. 584, § 3º do CPP).

Perda da fiança: a perda da fiança abrange a totalidade do valor prestado como garantia. Ocorrerá na hipótese descrita no art. 344 do CPP, ou seja, quando o acusado (apenado) não se apresentar para dar início ao cumprimento da pena, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O valor referente à fiança que foi perdida, após deduzidos os encargos a que o acusado estiver obrigado, será revertido ao fundo penitenciário (art. 345 do CPP). Contra a decisão que decreta a perda da fiança, segundo o art. 581, VII do CPP, cabe recurso em sentido estrito. Entretanto, como a hipótese da perda da fiança somente pode ocorrer após o trânsito em julgado da sentença condenatória, é extremamente provável que seja ela decretada pelo juízo da execução. Dessa forma, o recurso cabível, em sede de execução penal, é o agravo em execução (art. 197 da Lei de Execução Penal).

Cassação da fiança: conforme arts. 338 e 339 do CPP, a fiança será cassada (julgada sem efeito) quando concedida fora das hipóteses legais, ou quando houver modificação da classificação do delito para outro que não admita concessão de fiança. A decisão que cassar ou julgar inidônea a fiança é impugnável via recurso em sentido estrito, com fundamento no art. 581, V do CPP. Caso a decisão relativa à cassação conste do bojo de sentença condenatória recorrível, será cabível apelação (art. 593, § 4º do CPP).

Reforço da fiança: quando o valor prestado a título de fiança for insuficiente, poderá ser exigido o seu reforço. O art. 340 do CPP elenca as hipóteses em que isso pode acontecer (engano da autoridade que tomou fiança em valor insuficiente; depreciação material ou perecimento dos bens prestados; inovação da classificação do delito). O parágrafo único do citado artigo elenca o julgamento da fiança sem efeito e o recolhimento do réu à prisão como consequências do não reforço da fiança, quando assim exigido. Contudo, a doutrina adverte no sentido de que a prisão preventiva, também nesse caso, só poderá ser decretada se presentes todos os seus requisitos legais; não o poderá ser como simples consequência automática do não atendimento à exigência de reforço. Ao demais, poderá ser o reforço dispensado pelo magistrado na hipótese de impossibilidade financeira do acusado em complementar o valor prestado; afinal, se é admitida a dispensa do valor integral na hipótese do art. 350 (que trata da mesma condição econômica), também deve ser admitida a dispensa do complemento. Contra a decisão que julgue sem efeito a fiança não reforçada caberá recurso em sentido estrito (art. 581, V do CPP).

Destinação da fiança: dependerá do resultado do processo e dos eventos que porventura aconteçam durante o seu trâmite. Vejamos os casos: a) condenação do acusado: na hipótese de o acusado ter prestado fiança, ser condenado definitivamente e se apresentar para dar início ao cumprimento da pena, o valor prestado a título de fiança, em primeiro lugar, será utilizado para o cumprimento dos encargos de que trata o art. 336 do CPP (custas processuais, multa, prestação pecuniária e indenização por dano). Eventual remanescente, caso não tenha sido decretada a perda da fiança anteriormente, será restituído a quem a tenha prestado (art. 347 do CPP – restituição parcial); b) fiança declarada sem efeito; c) absolvição; e d) extinção da punibilidade: conforme art. 337 do CPP, nesses casos haverá a restituição integral do valor pago. Contudo, eventual reconhecimento de prescrição da pretensão executória poderá fazer com que a fiança seja destinada ao pagamento dos encargos a que se refere o art. 336 do CPP, por expressa previsão legal (art. 337, in fine do CPP).

Liberdade provisória obrigatória: trata-se de espécie de liberdade provisória cuja concessão é incondicional e inegável ao acusado. Exemplo de liberdade provisória obrigatória consta do art. 69 da Lei nº 9.099/95, segundo o qual, em se tratando de crimes aos quais não seja aplicável pena restritiva de liberdade e de infrações de menor potencial ofensivo, caso o agente assuma o compromisso de comparecer ou mesmo compareça imediatamente ao juizado após a lavratura do termo, deverá ele permanecer em liberdade provisória obrigatória. Outras duas hipóteses dessa espécie de liberdade provisória estão previstas no art. 301 do CTB e art. 48, §§ 2º e 3º da Lei nº 11.343/2006.

Liberdade provisória proibida: é cediço que a própria Constituição Federal, nos incisos XLII a XLIV do art. 5º, reputou como inafiançáveis os crimes de racismo, tortura, terrorismo, tráfico de entorpecentes, os crimes hediondos e as ações de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. Como já exposto anteriormente, isso apenas significa a impossibilidade de concessão de liberdade provisória mediante recolhimento de fiança, mas não impede a liberdade provisória sem essa garantia. Contudo, por várias vezes houve tentativa, por parte do legislador ordinário, em vedar a concessão de liberdade provisória como um todo (com ou sem fiança) para determinadas infrações. Atualmente não mais se admite isso; vedar-se a liberdade provisória a uma determinada infração penal de maneira genérica e abstrata representa patente lesão aos princípios constitucionais de presunção de inocência e individualização da pena, bem como à regra constitucional e infraconstitucional no sentido de a liberdade constituir a regra; e a prisão, a exceção (art. 5º, LXVI da CF).

Liberdade provisória com vinculação: o acusado é colocado em liberdade, mediante prestação de fiança ou não, ficando vinculado a uma série de obrigações processuais. Hipóteses: a) liberdade provisória sem fiança em razão da situação financeira do agente (art. 350 do CPP): o acusado, em virtude de sua situação financeira, é colocado em liberdade sem prestar fiança; contudo, fica vinculado às mesmas obrigações de quem a tenha prestado (arts. 327 e 328 do CPP); b) liberdade provisória com fiança: o acusado, liberado após prestar fiança, fica vinculado aos deveres previstos nos arts. 327 e 328 do CPP já mencionados; c) liberdade provisória sem fiança prevista na atual redação do art. 310, parágrafo único do CPP: constatado pelo juiz que o agente praticou o fato enquanto amparado por uma das excludentes de ilicitude previstas no art. 23 do CP, poderá conceder-lhe liberdade provisória sem fiança, vinculando-o, todavia, à obrigação de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação. A doutrina aponta para o fato de, mesmo que o agente não cumpra essa obrigação de comparecimento, não é admissível a decretação de prisão preventiva, por expressa vedação legal (art. 314 do CPP).

Liberdade provisória sem vinculação: não há dever processual que vincule o acusado após a concessão da liberdade provisória. Diz respeito à antiga redação do art. 321 do CPP, que elencava hipóteses nas quais o acusado “se livraria solto”.

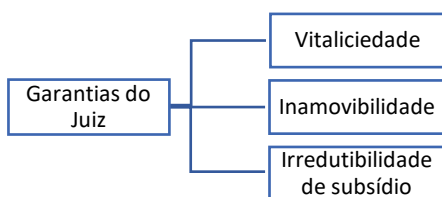
Liberdade provisória e recursos: da decisão que concede liberdade provisória caberá recurso em sentido estrito, com fundamento no art. 581, V do CPP. Da decisão que indefere pedido de liberdade provisória cabe habeas corpus, com fundamento no art. 648, I do CPP.

SUJEITOS DO PROCESSO

Os sujeitos do processo são todas as pessoas que atuam no processo, de forma direta ou indireta. Principais: o juiz, o acusador – Ministério Público ou querelante – e o acusado. Secundários: assistentes de acusação e terceiros interessados.

Juiz: responsável por resolver a lide, trazendo resultado justo ao processo.

Funções do juiz: a) **de ordem jurisdicional**: relativas à condução do processo, abrangem os poderes de instrução, disciplina e impulso; b) **de ordem administrativa**: poderes de polícia do juiz, exercidos para garantir o desenvolvimento regular do processo, evitando manifestações das partes ou de terceiros que venham a perturbar a tramitação do feito; c) **anômalas**.



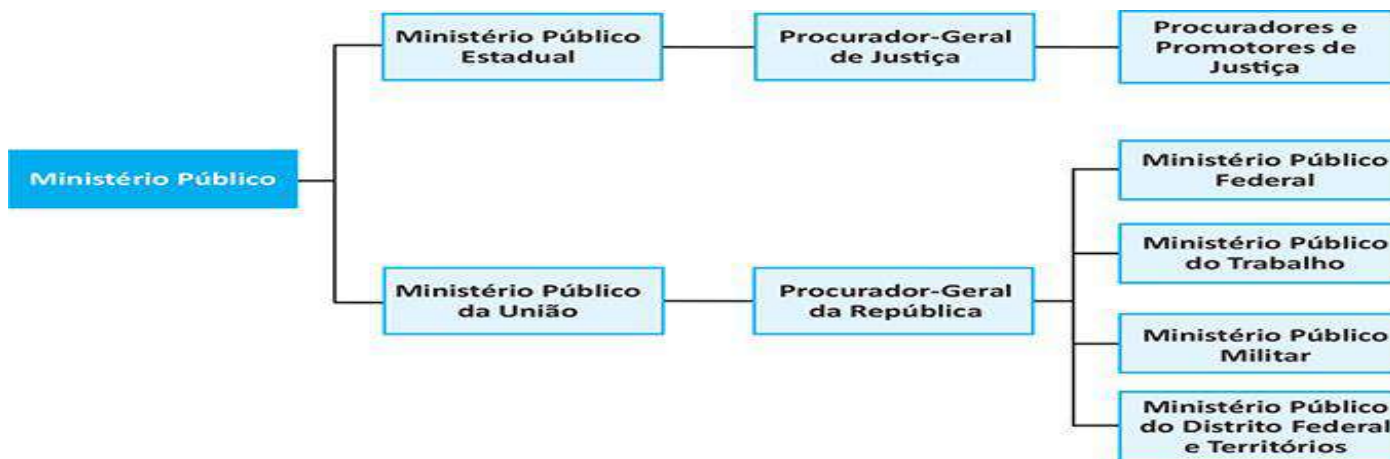
Imparcialidade do Juiz: a) **causas de impedimento** – art. 252 e 253, CPP; b) **causas de suspeição** – art. 254, CPP.

Ministério Público: órgão responsável pela defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses

sociais e individuais indisponíveis.

Dentro do direito processual penal, compete privativamente ao *Parquet* a promoção da ação penal pública e, nesses e nos demais casos, deverá atuar como fiscal da lei, garantindo que sejam respeitados os preceitos da Constituição Federal e das leis infraconstitucionais.

Imparcialidade do Ministério Público: divergência doutrinária sobre a imparcialidade do MP nos casos de ação penal pública.



Princípios institucionais do Ministério Público: a) unidade; b) indivisibilidade; e, c) independência funcional.

Garantias: vitaliciedade; inamovibilidade; e, irredutibilidade de subsídio.

Impedimentos e suspeição: art. 258, CPP.

Ofendido: é a vítima. Aquele contra quem foi praticado o ilícito. Atua como querelante, nas ações penais privadas. Possibilidade de ser assistente de acusação.

Acusado: é a pessoa que praticou a infração penal, contra quem está sendo movida a ação penal.

Capacidade para ser acusado – hipóteses de vedação: a) menores de 18 anos; b) animais, mortos e seres inanimados; c) imunidade diplomática; e, d) imunidade parlamentar.

Autodefesa: acusado pode decidir se irá se utilizar da autodefesa, podendo optar por não participar dos atos processuais.

Contumácia do acusado: ausência do réu nos atos instrutórios.; acarreta decretação da revelia.

Defensor: profissional habilitado, com capacidade postulatória para atuar no processo, apresentando defesa técnica em favor do acusado, visando a garantia dos interesses do réu.

Espécies de defensor: a) defensor constituído; b) defensor Público; c) defensor dativo; d) defensor *ad hoc*; e, e) defensor curador.

Defensoria Pública: instituição pública, criada para, de forma integral e gratuita, defender exclusivamente as pessoas que comprovarem não possuir condições para a contratação de advogado.

Defesa técnica plena: obrigatoriedade de que as peças processuais defensivas apresentadas ao longo da persecução processual sejam devidamente fundamentadas, sendo vedada a apresentação de peças genéricas.

QUESTÕES E PROCESSOS INCIDENTES

Noções gerais: questões e processos incidentes são, portanto, questões/procedimentos secundários que surgem ao longo do processo e que devem ser solucionados antes da decisão final. Subdividem-se em: i) questões prejudiciais; ii) processos incidentes propriamente ditos (ou em sentido estrito).

Questões Prejudiciais: questões que devem ser avaliadas pelo juiz com valoração penal ou extrapenal e que devem ser decididas antes do mérito da ação principal. Tem natureza jurídica de espécie de conexão (compreensão majoritária).

Características: anterioridade; essencialidade/necessariedade/interdependência; autonomia.

Classificações: i) quanto à natureza: a) homogênea/comum/imperfeita; b) heterogênea/perfeita/jurisdicional/incomum; ii) quanto à competência: a) não devolutivas; b) devolutivas; b.1) absolutas/obrigatórias; b.2) relativas/facultativas; iii) quanto aos efeitos: a) obrigatórias/necessárias/em sentido estrito; b) facultativas/em sentido amplo; iv) quanto ao grau de influência da questão prejudicial sobre a prejudicada: a) total; b) parcial.

Sistemas de solução: a) sistema da cognição incidental ou do predomínio da jurisdição penal; b) sistema da prejudicialidade obrigatória, da separação jurisdicional absoluta ou da prejudicialidade civil absoluta; c) sistema eclético ou misto.

Questões prejudiciais obrigatórias: Pressupostos: a) prejudicial relacionada ao mérito; b) controvérsia séria e fundada; c) prejudicial relacionada ao estado civil das pessoas. Consequências:

a) suspensão do processo e do prazo prescricional; b) produção de provas urgentes; c) promoção ou intervenção do Ministério Público no processo cível.

Questões prejudiciais facultativas: Pressupostos: a) prejudicial relacionada ao mérito; b) prejudicial não relacionada ao estado civil das pessoas; c) ação cível em curso; d) questão de difícil solução; e) ausência de limitações quanto à prova na lei civil. Consequências: a) suspensão do processo e do prazo prescricional; b) intervenção do Ministério Público.

Recursos: a) da decisão que suspende o processo, cabe recurso em sentido estrito; b) da decisão que indefere o pedido de suspensão, não cabe recurso, o que não inviabiliza que a matéria seja questionada em preliminar de apelação, *habeas corpus*, mandado de segurança ou até mesmo em correição parcial.

Exceções: sob o ponto de vista material, *guarda relação com a própria pretensão deduzida em juízo, funcionando como um direito que o demandado tem de se opor à pretensão de modo a neutralizar sua eficácia*. A partir do aspecto formal, é concebido como o meio pelo qual o demandado se defende em juízo, representando, em última análise, o exercício concreto do direito de defesa. Nesse sentido, o termo exceção se confunde com a própria defesa (Lima, 2017). Têm natureza jurídica de direito público subjetivo, decorrência da ampla defesa.

Classificação: i) quanto à natureza: a) processuais; b) substanciais/materiais; b.1) diretas; b.2) indiretas; ii) quanto aos efeitos: a) dilatórias; b) peremptórias; iii) quanto à forma de processamento: a) internas; b) instrumentais.

Exceção de suspeição (impedimento ou incompatibilidade)

O juiz deve reconhecer de ofício. Se não o fizer, a exceção pode ser manejada pelos legitimados. Segundo a lei, a exceção de suspeição deve preceder as demais, salvo quando fundada em motivo superveniente. As partes poderão argui-la em petição escrita assinada pela própria parte ou por procurador com poderes especiais, acompanhada de prova documental e do rol de testemunhas (de três por fato, para alguns; de número ilimitado, para outros). Existe controvérsia quanto à legitimidade do assistente de acusação. É possível a oposição da exceção antes mesmo do início do processo.

Se o juiz acolher, suspenderá o andamento do feito e o encaminhará ao substituto.

Se o juiz discordar, determinará a autuação em apartado e oferecerá resposta em três (3) dias, juntando documentos e indicando testemunhas. O incidente, então, subirá ao Tribunal em vinte e quatro (24) horas. O relator poderá rejeitar a exceção de plano se manifestamente improcedente. Do contrário, será designada data para ouvir testemunhas e intimadas as partes (excepto e excipiente).

Caso procedente a exceção, os atos do processo serão considerados nulos e o juiz deverá pagar as custas do incidente. Do contrário e se restar evidenciada a malícia do excipiente, ele suportará multa e, por força do art. 804 do Código de Processo Penal, também as custas.

Recursos: não cabe recurso do reconhecimento espontâneo da suspeição. *Somente é passível de correição parcial, por tumultuar a tramitação do feito* (Capez, 2012). Além disso, não há previsão legal para a decisão do Tribunal que julga a exceção de suspeição, o que não significa dizer que não

possa ser impugnável por recurso especial ou extraordinário (se preenchidos os requisitos), *habeas corpus* ou mandado de segurança.

Membros de Tribunais: também devem se declarar suspeitos de ofício ou, se for o caso, acolher a arguição de suspeição apresentada pelas partes. Seu substituto dependerá das disposições do regimento interno do respectivo Tribunal.

Membros do Ministério Público: os membros do Ministério Público, assim como os magistrados, também devem se declarar suspeitos espontaneamente. Caso isso não ocorra, a parte poderá arguir sua suspeição por escrito, indicando as provas que pretende produzir; salvo no Júri, oportunidade em que a arguição será oral. O Promotor ou Procurador, então, será ouvido. Reconhecendo a suspeição, o processo será encaminhado a seu substituto. Havendo discordância, o ente ministerial apresentará resposta em três (3) dias, juntando documentos e indicando testemunhas. Na sequência, produzidas eventuais provas, decidirá o juiz (art. 104, CPP), sem possibilidade de recurso. Há quem julgue não recepcionado o art. 104 do Código de Processo Penal

Serventuários, funcionários da justiça, peritos e intérpretes: de acordo com o art. 105 do Código de Processo Penal, as partes poderão também arguir de suspeitos os peritos, os intérpretes e os serventuários ou funcionários de justiça, decidindo o juiz de plano e sem recurso, à vista da matéria alegada e prova imediata.

Jurados: segundo o art. 106 do Código de Processo Penal, a suspeição dos jurados deverá ser arguida oralmente, decidindo de plano o presidente do Tribunal do Júri, que a rejeitará se, negada pelo recusado, não for imediatamente comprovada, o que tudo constará em ata.

Autoridade policial: por força do art. 107 do Código de Processo Penal, a autoridade policial não está sujeito à arguição de suspeição no inquérito. Entretanto, esse mesmo dispositivo determina que o Delegado se declare suspeito quando houver motivo.

Exceção de incompetência

O juiz pode reconhecer de ofício tanto a incompetência absoluta quanto a relativa. Tem natureza dilatória e pode ser oposta verbalmente ou por escrito. Tramitará em apartado e não suspenderá o processo. Tanto a defesa quanto o Ministério Público (em princípio, apenas na qualidade de *custus legis*) têm legitimidade para aventá-la. Há controvérsia quanto à legitimidade do assistente de acusação. Antes do julgamento, o *parquet* será ouvido se não tiver sido o responsável pelo incidente.

A exceção de incompetência relativa deve ser oposta na primeira oportunidade possível, sob pena de preclusão. A de incompetência absoluta, por sua vez, pode ser arguida a qualquer tempo.

Se acolhida a exceção, o processo será remetido ao juízo competente, onde, confirmados os atos anteriores, o feito seguirá seu curso.

Se rejeitada a exceção, o processo prosseguirá normalmente no juízo onde já tramitava (art. 108, §1º, CPP).

Recursos: se o juiz reconhecer sua incompetência de ofício, caberá recurso em sentido estrito (art. 581, II, CPP). Caso o magistrado acolha a exceção de incompetência, também caberá recurso em sentido estrito (com fundamento no art. 581, III, CPP). Finalmente, se julgada improcedente a

exceção de incompetência, não há recurso. Possível, contudo, a impetração de *habeas corpus*, mandado de segurança ou, ainda, arguição dessa matéria em preliminar de apelação.

Exceção de ilegitimidade

O juiz deve analisar se as partes são legítimas. Se, a despeito da ausência de legitimidade, *não ocorrer a rejeição da peça acusatória, surge para a parte a possibilidade de oposição da exceção de ilegitimidade, nos termos do art. 95, inciso III, do CPP* (Lima, 2017).

Deve ser processada como a exceção de incompetência do juízo e, como ela, não suspenderá o processo. Tramitará em apartado e o juiz decidirá após ouvir o Ministério Público (se não tiver sido o responsável pelo incidente).

Recursos: se o juiz rejeitar a peça acusatória por conta da ilegitimidade, caberá recurso em sentido estrito (art. 581, II, CPP). Caso o magistrado acolha a exceção de ilegitimidade, também caberá recurso em sentido estrito (com fundamento no art. 581, III, CPP). Finalmente, se julgada improcedente a exceção de incompetência, não há recurso. Possível, contudo, a impetração de *habeas corpus*, mandado de segurança ou, ainda, arguição dessa matéria em preliminar de apelação.

Exceção de litispendência

Cuida-se de uma exceção de natureza peremptória, oponível quando houver ações penais idênticas em curso. No processo penal, basta que acusado e imputação sejam semelhantes nos dois processos.

A exceção deve ser oposta pela defesa no prazo da resposta à acusação (art. 396-A, CPP) e não suspende o andamento da ação penal. Ouvido o Ministério Público, o juiz decidirá. O procedimento é semelhante ao da exceção de incompetência.

Se rejeitada, o feito segue seu curso. Se acolhida, um dos processos será extinto. *De modo a se estabelecer qual processo deve ser mantido e qual deve ser extinto em face da litispendência, são levados em consideração critérios de prevenção ou de distribuição* (Lima, 2017).

Recursos: se o juiz reconhecer a litispendência de ofício, caberá apelação (art. 593, II, CPP). Caso o magistrado acolha a exceção de litispendência, caberá recurso em sentido estrito (com fundamento no art. 581, III, CPP). Finalmente, se julgada improcedente a exceção de litispendência, não há recurso. Possível, contudo, a impetração de *habeas corpus*, mandado de segurança ou, ainda, arguição dessa matéria em preliminar de apelação.

Exceção de coisa julgada

Trata-se de uma exceção de natureza peremptória. Fundamenta-se no fato de que ninguém pode ser punido mais de uma vez pelo mesmo crime. Será oponível quando uma ação estiver tramitando em razão de fato já decidido noutro processo por sentença transitada em julgado.

O rito é o mesmo da exceção de incompetência (art. 110, CPP). Pode ser arguida verbalmente ou por escrito, em qualquer fase do processo. Há se ter em mente que a exceção de coisa julgada *não está sujeita à preclusão. Destarte, pode ser arguida em qualquer tempo pelos interessados desde que antes da sentença* (Avena, 2015). Essa exceção, que tramitará em apartado, não suspende o andamento da ação penal. Ouvido o Ministério Público, o juiz decidirá. Se rejeitada, o feito segue seu curso. Se acolhida, o processo será extinto.

Se o juiz reconhecer a coisa julgada de ofício, caberá apelação (art. 593, II, CPP). Caso o magistrado acolha a exceção de coisa julgada, caberá recurso em sentido estrito (com fundamento no art. 581, III, CPP). Finalmente, se julgada improcedente a exceção de litispendência, não há recurso. Possível, contudo, a impetração de *habeas corpus*, mandado de segurança ou, ainda, arguição dessa matéria em preliminar de apelação.

Conflito de competência

O conflito de jurisdição surge quando dois ou mais magistrados pretendem ou não officiar num mesmo processo. Quando ambos se consideram competentes, o conflito é denominado positivo; quando se consideram incompetentes, será negativo.

Legitimidade: pode ser suscitado pelas partes interessadas (aqui incluído, para muitos, o assistente de acusação), pelo órgão do Ministério Público e também pelos próprios juízes ou tribunais envolvidos.

O requerimento/representação deve ser endereçado ao Presidente do Tribunal competente que, se não for competente para apreciá-lo, o distribuirá. Se o conflito for positivo, o relator poderá determinar a suspensão (art. 116, 2º, CPP). Após serem prestadas as informações requeridas às autoridades envolvidas, no prazo assinalado pelo relator (art. 116, § 3º, CPP), o feito será encaminhado ao Ministério Público e, após sua manifestação, se não houver diligência instrutória necessária (art. 116, §§ 4º e 5º, CPP), julgado.

Competência: 1. Conflitos entre o Superior Tribunal de Justiça e outros tribunais (salvo STF) serão decididos pelo Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, 'o', CF). 2. Conflitos entre Tribunais Superiores (salvo STF) serão resolvidos pelo Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, 'o', CF). 3. Conflitos entre tribunais que não os supramencionados serão decididos pelo Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, 'd', CF). 4. Conflitos entre tribunais e juízes a eles não vinculados serão resolvidos pelo Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, 'd', CF). 5. Conflitos entre juízes vinculados a tribunais diversos serão decididos pelo Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, 'd', CF). 6. Conflitos entre juízes federais e seus respectivos tribunais serão resolvidos pelo Tribunal Regional Federal (art. 108, I, 'e', CF). 7. Conflitos entre juiz federal e juiz estadual investido na função federal serão decididos pelo Tribunal Regional Federal (art. 108, I, 'e', CF). 8. Conflitos entre juízes estaduais vinculados ao mesmo Tribunal de Justiça serão decididos pelo próprio Tribunal de Justiça (art. 101, Lei Complementar nº 35/1979). 9. Conflitos entre juízes do juízo comum e do juizado especial criminal serão resolvidos pelo Tribunal de Justiça no âmbito dos Estados e pelo Tribunal Regional Federal no âmbito da Justiça Federal. 10. Conflitos entre juízes eleitorais do mesmo estado serão dirimidos pelos Tribunais Regionais Eleitorais (art. 29, I, 'b', Código Eleitoral). 11. Conflitos entre Tribunais Regionais Eleitorais de Estados diferentes serão resolvidos pelo Tribunal Superior Eleitoral (art. 22, I, 'b', Código Eleitoral). 12. Conflitos entre juízes eleitorais de Estados diferentes serão resolvidos pelo Tribunal Superior Eleitoral (art. 22, I, 'b', Código Eleitoral). 13. Impasses entre o Supremo Tribunal Federal e qualquer outro Tribunal não geram conflito. A questão se resolve pela advocatária (art. 117, CPP).

Conflito de atribuições do Ministério Público

Competência: 1. Conflito entre promotores de Justiça de um mesmo Estado será dirimido pelo Procurador-Geral de Justiça (art. 10, X, Lei nº 8625/93). 2. Conflito entre membros do Ministério

Público Federal deverá ser resolvido pela Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (art. 49, VIII e 62, VII da Lei Complementar nº 75/93). 3. Conflito entre membros do Ministério Público Militar será solucionado pela Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Militar (art. 136, VI c/c art. 124, VI da Lei Complementar nº 75/93). 4. Conflito entre membros de diferentes ramos do Ministério Público da União deverá ser dirimido pelo Procurador-Geral da República (art. 26, VII, Lei Complementar nº 75/93). 5. Conflito entre membros do Ministério Público Federal e de membros do Ministério Público dos Estados será solucionado, segundo o Supremo Tribunal Federal, pelo Procurador-Geral da República. 6. A competência para dirimir conflito entre órgãos do Ministério Público de Estados diferentes não está bem definida. O Supremo Tribunal Federal já entendeu que essa competência lhe pertence (STF, Pet 3631, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 06/12/2007). Mais recentemente, no julgamento da Ação Cível Originária 924 (STF, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 19/05/2016), cujo trecho da ementa foi supratranscrito, os Ministros, embora não tenham deliberado em definitivo, chegaram a tangenciar que a “competência” para solucionar esse conflito pertenceria, em verdade, ao Procurador-Geral da República.

Restituição de coisas apreendidas

A restituição não será possível nas seguintes hipóteses: a) enquanto os bens interessarem ao processo (art. 118, CPP); b) se as coisas forem instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito (art. 119 do CPP c/c art. 91, II, ‘a’ do CP); c) bens ou valores que constituam proveito auferido pela prática de fato delituoso (art. 119, CPP c/c art. 92, II, ‘b’, CP); d) se houver dúvida quanto ao direito do requerente (art. 120, CPP), caso em que será instaurado processo incidente para solucionar a controvérsia; e) na hipótese de não comparecimento pessoal do acusado nas infrações previstas nas Leis nº 9613/98 e 11343/06 (Lavagem de Capitais e Tráfico de Drogas).

Pedido de restituição pode ser formulado no inquérito ou no processo e será deferido pela autoridade policial ou pelo juiz, respectivamente, desde que a coisa reivindicada não mais interesse à persecução, não se trate de objeto cuja restituição a lei veda e a propriedade seja indiscutível. Havendo dúvida quanto ao direito do reivindicante ou na hipótese de as coisas terem sido apreendidas em poder de terceiro de boa-fé, a devolução deve ser processada em um incidente denominado restituição de coisas apreendidas. Ouvido o Ministério Público, o incidente será instruído, respeitando a ampla defesa e o contraditório. Posteriormente, será decidido. Se o juiz estiver convencido sobre o direito do reclamante, deferirá o pedido de restituição. Entretanto, remanescendo dúvida, remeterá as partes ao juízo cível.

Recursos: da decisão de deferimento ou indeferimento do pedido de restituição pela autoridade policial, não cabe recurso. No primeiro caso, possível que o Ministério Público represente novamente pela apreensão do objeto ou impetre mandado de segurança; no segundo, cabível mandado de segurança perante o juiz de primeira instância. Prevalece o entendimento de que contra a decisão proferida pelo juiz no incidente de restituição é cabível apelação (art. 593, II, CPP).

Medidas assecuratórias: Além de garantir os interesses da União (no confisco) e do ofendido (na reparação do dano), servem de meio de combate à movimentação financeira derivada de infrações penais (lavagem de capitais, por exemplo). Só podem ser determinadas pelo juiz e, para parte da

doutrina, dependem de contraditório prévio, exceto se isso puder comprometer a eficácia da cautelar.

Pressupostos: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

Sequestro

Em resumo, é medida assecuratória que se destina à constrição de bens imóveis (art. 125, CPP) ou móveis (art. 132, CPP) adquiridos com o produto do crime, *ainda que em poder de terceiros* [...] Entretanto, *na hipótese de o produto ou proveito do crime não ser encontrado ou se localizar no exterior, também poderá recair sobre bens ou valores equivalentes de origem lícita* (Lima, 2017).

Pressupostos: indícios veementes da proveniência ilícita dos bens e *periculum in mora*.

Legitimidade: o juiz decreta o sequestro, a pedido do Ministério Público, da vítima (de seus representantes, se incapaz; de seus herdeiros, se morta), da autoridade policial, ou, ainda, de ofício.

O pedido é autuado em apartado (art. 129, CPP) e pode ser formulado tanto na fase investigatória como na judicial. Com a decretação, o juiz determina a expedição de mandado. Nos casos de bens imóveis, o sequestro deve ser inscrito no cartório de registro de imóveis em que o bem esteja registrado (art. 128, CPP; art. 239 da Lei nº 6015/73).

Os embargos podem ser opostos pelo acusado, pelo terceiro estranho à ação penal e pelo terceiro que adquiriu o bem do acusado de boa-fé.

Hipóteses de levantamento do sequestro: a) ação penal não intentada em sessenta (60) dias da efetivação da medida (art. 131, I, CPP); b) caução prestada por terceiro que assegure a aplicação do disposto no art. 91, II, b, segunda parte, do Código Penal (art. 131, II, CPP); c) extinção da punibilidade ou absolvição do réu por sentença transitada em julgado (art. 131, III, CPP); d) procedência dos embargos.

Segundo o art. 133 do Código de Processo Penal, com o trânsito em julgado, o juiz determinará a avaliação e a venda em leilão. O dinheiro obtido será utilizado na reparação do dano, no pagamento das despesas processuais e das penas pecuniárias (art. 140, CPP). O remanescente será confiscado e recolhido aos cofres da União (Tesouro Nacional).

Especialização da hipoteca legal

A hipoteca consiste em direito real de garantia que, no âmbito penal, incide sobre bens imóveis lícitos do acusado. Adverte AVENA *que existe entendimento no sentido de que é possível a especialização do patrimônio do terceiro, se este se constituir em corresponsável civil* (Avena, 2015).

A hipoteca deriva da lei. O que o CPP disciplina é sua especialização, que pode ser requerida em qualquer fase do processo.

Obs. Não há se falar em especialização da hipoteca legal para garantir o pagamento da multa ou das penas pecuniárias. A lei prevê a possibilidade apenas em benefício do ofendido.

Pressupostos: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

Legitimidade: segundo o art. 134 do Código de Processo Penal, a especialização da hipoteca legal pode ser requerida pelo ofendido (seu representante legal, se incapaz; seus herdeiros, no caso de

morte da vítima), pelo Ministério Público (quando, não havendo Defensoria Pública, a vítima for pobre e requerer, formalmente, que o *parquet* promova a especialização em seu nome ou quando houver interesse da Fazenda Pública). *Ao contrário do que ocorre em relação ao sequestro, na hipoteca legal é vedado ao juiz decretar a medida ex officio, também não sendo facultado ao delegado de polícia, na fase do inquérito, oferecer representação visando a esse fim* (Avena, 2015).

O pedido é formulado em petição fundamentada dirigida ao juízo penal e autuado em apartado. Nele o requerente demonstra a presença dos pressupostos, indica os bens que devem servir de garantia e estima os valores do dano e dos bens por ele arrolados, indicando o meio pelo qual chegou a esses valores. E mais. Deve instruir o pedido com documentos que comprovem o domínio do réu sobre tais bens e sobre outros que possua. Na sequência, presentes os pressupostos, o juiz nomeará perito para realizara a avaliação do valor da responsabilidade e dos imóveis indicados. Sobre o laudo, as partes (e o Ministério Público, se não for o requerente) se manifestarão no prazo comum de dois (2) dias, oportunidade em que poderão impugnar as avaliações. Posteriormente, o juiz decidirá. Se o magistrado deferir, determinará a inscrição da hipoteca no registro imobiliário; dessa decisão, cabe apelação (art. 593, II, CPP), que não tem efeito suspensivo.

No caso de absolvição ou extinção da punibilidade, a hipoteca deve ser cancelada (art. 141, CPP). No caso de condenação transitada em julgado, os autos serão redistribuídos a uma Vara Cível, onde aguardará a execução da sentença penal transitada em julgado por parte do ofendido.

Meios de defesa: a) embargos de terceiro estranho à infração penal; b) substituição da hipoteca legal por caução; c) oitiva das partes no curso do procedimento de especialização e registro da hipoteca legal.

Arresto prévio

É uma medida de natureza pré-cautelar. Objetiva tornar os bens do acusado inalienáveis durante o requerimento de especialização da hipoteca legal. Pode ser manejado por qualquer um dos legitimados para a especialização da hipoteca legal quando houver *possibilidade premente de o réu desfazer-se de seu patrimônio* (Avena, 2015).

O requerimento de indisponibilidade deve ser apresentado perante o juízo criminal, oportunidade em que o pleiteante deve demonstrar o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* (atos concretos que indiquem que o acusado está tentando transferir seus bens), descrevendo os bens a serem arrestados e comprovando que pertencem ao réu.

O juiz então, se presentes os pressupostos, deferirá o pedido e determinará o arresto preventivo e sua inscrição no registro de imóveis. Contudo, se não for promovido o processo de especialização da hipoteca legal dentro de quinze (15) dias da efetivação, o arresto será revogado (art. 136, CPP).

Do arresto subsidiário

Assemelha-se à hipoteca legal, com a diferença de que incide apenas sobre bens móveis de origem lícita pertencentes ao acusado. Está condicionado aos mesmos pressupostos, às mesmas condições de legitimidade e de oportunidade, bem como ao mesmo procedimento que a especialização da hipoteca legal.

Particularidades: a) residual em relação à hipoteca legal; b) bens arrestados ficam em regime de depósito. Podem permanecer com o réu ou com terceiros nomeados pelo juiz. Havendo órgão registral próprio (Detran, por exemplo), a ele a imposição do ônus será comunicada; c) devem ser suscetíveis à penhora; d) *Das rendas dos bens móveis poderão ser fornecidos recursos arbitrados pelo juiz para a manutenção do indiciado e de sua família* (art. 137, §2º, CPP); e) embora o Código de Processo Penal nada esclareça, possível utilizar o arresto prévio como medida pré-cautelares para o arresto.

Venda antecipada de bens

O art. 144-A do Código de Processo Penal viabiliza a alienação antecipada para preservação do valor dos bens sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua manutenção.

Pressupostos: a) bem sujeito à deterioração ou depreciação; b) dificuldade para manutenção do bem constrito.

Legitimidade: a) acusado; b) terceiro interessado; c) ofendido ou assistente de acusação; d) juiz, de ofício; e) Ministério Público ou querelante.

Petição é dirigida ao juiz penal, autuada em apartado. Nela, deve constar a individualização dos bens que, na concepção do requerente, devem ser alienados antecipadamente. A parte adversa será ouvida a respeito. O juiz determinará, então, a avaliação, que ainda poderá ser impugnada pelas partes. Da decisão que homologa a avaliação, cabe apelação (art. 593, II, CPP), que não tem efeito suspensivo.

O bem será vendido em leilão (preferencialmente eletrônico) pelo valor da avaliação ou por valor maior; entretanto, se o valor da avaliação não for atingido, *será realizado novo leilão, em até 10 (dez) dias contados da realização do primeiro, podendo os bens ser alienados por valor não inferior a 80% (oitenta por cento) do estipulado na avaliação judicial* (art. 144-A, § 2º, CPP).

O valor da venda deverá permanecer vinculado ao juízo até a decisão final do processo. *O produto da alienação ficará depositado em conta vinculada ao juízo até a decisão final do processo, procedendo-se à sua conversão em renda para a União, Estado ou Distrito Federal, no caso de condenação, ou, no caso de absolvição, à sua devolução ao acusado* (art. 144, § 3º, CPP). Nesse ponto, contudo, adverte BRASILEIRO: *na hipótese de condenação, nem sempre os valores devem ser incorporados ao patrimônio da União ou dos Estados, sob pena de se admitir que os interesses da vítima e do terceiro de boa-fé sejam colocados em segundo plano* (Lima, 2017).

Incidente de falsidade

Procedimento que objetiva verificar a autenticidade de um documento anexado no processo criminal. Pode ser instaurado exclusivamente na fase judicial, cujo andamento não se suspende. A doutrina defende a tese de que pode ser instaurado a qualquer tempo, mas não há unanimidade.

Legitimidade: o Ministério Público, o querelante, o acusado, seu defensor e o ofendido (aqui abrangido o assistente de acusação). O próprio juiz, de ofício, pode determinar a instauração do incidente. Note-se: *o juiz poderá, de ofício, proceder à verificação da falsidade* (art. 147, CPP).

Havendo indícios de falsidade, cabe à parte arguir a falsidade por escrito. A parte deverá assinar a petição em conjunto com o procurador ou a ele outorgar procuração com poderes específicos.

O juiz analisará o requerimento e, reconhecendo a presença dos indícios de falsidade, determinará a autuação do incidente em apartado, o que não suspenderá o processo. Instaurado o incidente, a parte adversa poderá se manifestar no prazo de quarenta e oito (48) horas de sua intimação. Na sequência, se não for parte, o Ministério Público será instado a se manifestar. Posteriormente, cada parte poderá apresentar as provas que pretenda produzir no prazo sucessivo de três (3) dias. O juiz, então, determinará a produção das provas que reputar pertinentes.

Se rejeitada a impugnação, o documento será mantido no processo principal. Se acolhida, com a preclusão da decisão, o documento será desentranhado do feito e encaminhado junto com o incidente ao Ministério Público.

Obs. De acordo com o art. 148 do Código de Processo Penal, *qualquer que seja a decisão, não fará coisa julgada em prejuízo de ulterior processo penal ou civil.*

Incidente de insanidade mental

Terá espaço quando houver dúvida (à época do fato delituoso ou no momento do inquérito ou processo) sobre a integridade mental do acusado.

Da decisão que determina a realização da perícia não cabe recurso, o que não impede, eventualmente, a impetração de mandado de segurança. Da decisão que indefere o pedido, cabível *habeas corpus* se houver risco à liberdade de locomoção.

A realização do exame será determinada no feito principal, mas sua tramitação ocorrerá em apartado. Quando instaurar o incidente, o juiz deverá nomear curador ao acusado (que poderá ser seu defensor no processo principal) e suspender o processo. Não há se falar em suspensão, contudo, em relação às diligências urgentes, tampouco no que diz respeito a procedimentos investigativos (p.ex. inquérito). Como a lei nada esclarece a esse respeito, o prazo prescricional não é interrompido ou suspenso durante o incidente.

O juiz deve, também, intimar as partes (Ministério Público, assistente de acusação, ofendido, querelante e acusado) para, querendo, apresentar quesitos e indicar assistente técnico. Com a apresentação do laudo, as partes serão intimadas e poderão apresentar quesitos suplementares ou, ainda, requerer a oitiva do perito para esclarecimentos. O juiz poderá determinar que o perito complemente ou esclareça o laudo e, ainda, a realização de novo exame por outros peritos. Se regular o laudo, o juiz o homologará e o feito principal retomará seu curso.

De acordo com o art. 150, § 1º do Código de Processo Penal, o exame não durará mais de quarenta e cinco dias, salvo se os peritos demonstrarem a necessidade de maior prazo.

Resultado: 1) Durante o processo: a) ausência de doença mental: segue o feito, sem necessidade do curador. Ao final, será condenado ou absolvido, não havendo possibilidade de imposição de medida de segurança; b) doença mental à época do fato. O feito prossegue com o curador. b.1) se, não obstante a doença mental, o acusado estiver acobertado por causa excludente da tipicidade, ilicitude ou da própria culpabilidade (que não a imputabilidade): o juiz reconhece a causa excludente e não impõe medida de segurança; b.2) supressão completa da capacidade de entendimento ou

autodeterminação: juiz profere sentença absolutória imprópria e submete o acusado a medida de segurança (internação ou tratamento ambulatorial).Obs. O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado (Súmula 527, STJ). b.3) diminuição da capacidade de entendimento ou autodeterminação (semi-imputabilidade): se o acusado for responsável pela infração será condenado, mas terá a pena diminuída na forma do art. 26, parágrafo único do Código Penal. Entretanto, havendo necessidade, a pena poderá ser convertida em medida de segurança; c) doença mental durante a persecução penal. Nesse caso, de acordo com o art. 152 do Código de Processo Penal, *o processo continuará suspenso até que o acusado se restabeleça*, salvo quando às diligências que possam ser prejudicadas pelo adiamento. O prazo prescricional, contudo, continua a correr normalmente, isso em razão da ausência de previsão legal em sentido diverso.

2) Durante as investigações: Se o incidente, instaurado e concluído durante as investigações, concluir pela capacidade do indivíduo na época do fato e do exame, o inquérito será remetido ao Ministério Público que, por sua vez, poderá adotar qualquer providência (oferecimento de denúncia, arquivamento etc.), como se o investigado capaz fosse. Caso o laudo ateste a inimputabilidade na data dos fatos, o Ministério Público, se houver justa causa, oferecerá denúncia e o feito prosseguirá, isso porque somente por meio do processo será possível, eventualmente, impor medida de segurança. Na hipótese de o laudo concluir pela capacidade plena na época do fato e pela incapacidade no momento do exame, *o juiz receberá a denúncia ou a queixa, determinando, contudo, a paralisação do processo agora instaurado até que se restabeleça o imputado (art. 152 do CPP) ou até que, por qualquer modo, ocorra a extinção da punibilidade (Avena, 2015).*

3) Durante a execução: a) se houver chance de recuperação: transferência do condenado para hospital ou estabelecimento psiquiátrico. Quando recuperado, o apenado volta a cumprir a pena; o tempo de internação, nesse caso, será computado como tempo de cumprimento. b) se improvável a recuperação, o remanescente da pena será convertido em medida de segurança. Recuperado, a medida será extinta e o condenado, desinternado; nesse caso, não retornará à prisão. Segundo AVENA, *existe entendimento jurisprudencial consolidado no sentido de que essa medida não pode perdurar por mais tempo do que o correspondente à pena substituída (Avena, 2015).*

COMUNICAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS

Os meios de comunicação de atos processuais previstos no Código de Processo Penal são a *citação*, a *intimação*, e a *notificação*.

Citação: é o principal meio de comunicação processual, pois é *através da citação que o réu terá conhecimento acerca da existência da ação penal*; a CADH traz dentre as *garantias judiciais*, o direito de ser o acusado comunicado prévia e pormenorizadamente da acusação formulada (art. 8º, nº 2, b). O art. 363 do CPP prevê que o *processo* tem completada a sua formação com a *citação*. O conceito é extraído do CPC, segundo o qual *citação é o ato pelo qual o réu [...] é convocado para integrar a relação processual*. A falta de citação válida é causa de nulidade absoluta do processo (art. 564, III, e do CPP).

- **Citação pessoal ou real:** de regra, a citação deve ser realizada pessoalmente, através de oficial de justiça. O único legitimado a receber a citação é o próprio acusado. Entretanto, comparecimento espontâneo, através da juntada de procuração nos autos, supre a falta de citação, demonstrando que o acusado tem conhecimento acerca do processo, tendo sido, portanto, atingida a finalidade do ato – dar conhecimento a ele sobre a acusação. É vedada a citação por meio eletrônico (art. 6º da lei nº 11.419/06).
- **por mandado:** quando o réu estiver em território sujeito à jurisdição do juiz que ordenar a citação, deve ser citado por mandado cumprido por oficial de justiça (art. 351, CPP). **Conteúdo indispensável do mandado**, chamados de **requisitos intrínsecos de validade do mandado** (art. 352, CPP): nome do juiz (I); nome do querelante nas ações iniciadas por queixa (II); nome do réu ou, se for desconhecido, seus sinais característicos (III); residência/endereço do réu, se conhecido (IV); a finalidade da citação (V); o juízo e o lugar (VI); a subscrição do escrivão e a rubrica do juiz (VII). O inciso VI do referido artigo, além do *juízo e o lugar* especifica o *dia e hora em que o réu deverá comparecer*, porquanto tratava-se da redação original do artigo. Após as modificações de 2008, que modificaram o procedimento, tornando o interrogatório o último ato da instrução, tal inciso ficou deslocado, pois, é evidente que o mandado deve conter a informação do juízo (local) aonde tramita o feito, mas não mais o lugar, dia e hora para comparecimento. Ainda, quanto à forma de cumprimento, ou os **requisitos extrínsecos de validade** (art. 357, CPP), temos: o mandado deve ser lido pelo oficial de justiça ao citando, com a entrega da contrafé, na qual devem ser mencionados o dia e a hora da citação (I); a certidão de cumprimento deve ter declaração do oficial de justiça acerca da entrega da contrafé, bem como a informação sobre sua aceitação ou recusa (II). **Cumprimento:** a citação pode ser realizada em qualquer local, horário e dia da semana (art. 797, CPP), observada, evidentemente, a inviolabilidade de domicílio (art. 5º, XI, CF).
- **por carta precatória:** quando o réu estiver fora da jurisdição do juízo processante, deve ser citado através de carta precatória (art. 353, CPP). **Requisitos para a citação:** deve estar em **local certo e sabido, fora do juízo processante**. **Requisitos da carta precatória** (art. 354, CPP): deve indicar o juiz deprecado e o juiz deprecante (I); a sede da jurisdição de um e de outro (II); a finalidade da citação, com todas as suas especificações (III); o juízo do lugar, o dia e a hora em que o réu deverá comparecer (IV) – quanto a esse último requisito, também inócua após as modificações operadas em 2008. **Procedimento** (art.355, CPP): após o recebimento e autuação da carta precatória pelo juízo deprecado, é o mesmo da citação por mandado; cumprida a precatória, ou seja, realizada a citação, a carta é devolvida ao juízo deprecante (art. 355); **Carta Precatória Itinerante:** caso o juiz deprecado constate que o réu está em outra Comarca, que não pertence à sua jurisdição, pode encaminhar diretamente àquela a carta precatória para cumprimento, sem necessidade de devolver ao juízo deprecante com a informação para que o juiz originário remeta nova carta; caso o juízo deprecado constate que o acusado está se ocultando para não ser citado, após a certificação dessa informação pelo oficial de justiça, devolverá a carta precatória para o fim do art. 362 (citação por hora certa) (§ 2º, art. 355, CPP); em caso de **urgência**, a precatória pode ser expedida por meio telegráfico (art. 356, CPP, ou seja, atualmente, por meio eletrônico ou qualquer meio de comunicação eficaz e que tenha credibilidade).

- por carta rogatória: a citação por carta rogatória é realizada quando o acusado estiver no estrangeiro, em local certo e sabido (art. 368, CPP), ou, ainda, quando a citação tenha de ser realizada em legações estrangeiras (consulados, embaixadas) desde que o citando não goze de imunidade diplomática (art. 369, CPP). Não cabe citação por carta rogatória nos Juizados Especiais Criminais, devendo o processo ser encaminhado ao juízo comum caso o acusado esteja no estrangeiro.

- por carta de ordem: “quando o órgão jurisdicional que a solicita e aquele a quem se solicita estão no mesmo grau de jurisdição, trata-se de carta precatória; quando o órgão jurisdicional que solicita o cumprimento é de grau superior, fala-se em carta de ordem” (Lima, 2018).

- citação do Militar: a citação do Militar deve ser feita através de seu superior hierárquico, mediante o encaminhamento de ofício, com cópia da denúncia ou queixa, comunicando a prática de crime pelo acusado (art. 358, CPP). O próprio comandante efetuará a citação do acusado, evitando – inclusive por questões de segurança - o trânsito de oficial de justiça pelas dependências militares.

- citação de funcionário público: a citação é realizada de forma pessoal, através de mandado cumprido por oficial de justiça, ou através de carta precatória se for o caso. A única particularidade diz respeito à necessidade de comunicação ao chefe da repartição acerca da data em que o funcionário precisará comparecer em juízo (art. 359, CPP).

- citação de acusado preso: deve ser feita sempre pessoalmente (art. 360, CPP).

• **Citação ficta ou presumida**: é aquela na qual o ato de citação acaba sendo presumido, porquanto não se tem ‘certeza’ acerca do conhecimento da imputação por parte do acusado citado.

- por edital: quando o réu não for encontrado para ser citado – após frustradas todas as tentativas de localização -, ou seja, quando este encontra-se em local incerto e não sabido, será feita a sua citação por edital (art. 361 e § 1º do art. 363, ambos do CPP). **Súmulas STF**: Súmula 351: *É nula a citação por edital de réu preso na mesma unidade da federação em que o juiz exerce a sua jurisdição*; Súmula 366: *Não é nula a citação por edital que indica o dispositivo da lei penal, embora não transcreva a denúncia ou queixa, ou não resuma os fatos em que se baseia.*

Requisitos do edital (art. 365, CPP): deve conter o nome do juiz que a determinar (I); o nome do réu ou, se não for conhecido, os seus sinais característicos, bem como sua residência e profissão, se constarem do processo (II); a finalidade da citação (III); o juízo e o dia, a hora e o lugar em que o réu deverá comparecer (IV) – impertinente após 2008; o prazo, que será contado do dia da publicação do edital na imprensa, se houver, ou da sua afixação (V); o edital deve ser fixado no fórum onde tramita o processo e, se tiver, órgão de imprensa oficial, publicado (parágrafo único). Não cabe citação por edital nos Juizados Especiais Criminais, devendo o processo ser remetido ao juízo comum (art. 538 do CPP e art. 66, Lei 9.099/95), onde seguirá o rito do procedimento sumário. **Citação por edital e art. 366 do CPP**: *Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.* Quando o réu, citado por edital,

deixar de apresentar defesa no prazo legal (comparecer), o processo e o curso do prazo prescricional serão suspensos, podendo ser determinada a produção antecipada de provas urgentes e, inclusive, ser decretada a prisão preventiva do acusado. Sobre o período de suspensão do processo e do prazo prescricional, o entendimento da jurisprudência, a princípio, está consolidado na súmula nº 415 do STJ, de que *o período de suspensão do prazo prescricional é regulado pelo máximo da pena cominada*. A qualquer tempo, comparecendo o acusado, pessoalmente ou através da nomeação de defensor, revogar-se-á a suspensão do processo, prosseguindo o seu trâmite normal (§ 4º, art. 363, CPP). Para a decretação da preventiva devem estar presentes os requisitos autorizadores do artigo 312 do CPP. Também, a antecipação da produção das provas depende da demonstração de urgência e da real necessidade. As disposições do artigo 366 do CPP não se aplicam aos crimes previstos na Lei de Lavagem de Dinheiro (art. 2º, § 2º, Lei nº 9.613/98), nem no âmbito da Justiça Militar (arts. 292 e 412 da Lei nº 1.002/69 – Código de Processo Penal Militar). **Recurso cabível:** divergência doutrinária – “trata-se, pois, de um caso típico de adoção do chamado *princípio da fungibilidade*, previsto no art. 579 do CPP, a permitir o conhecimento de recurso erroneamente interposto, desde que não tenha havido má-fé e, acrescentamos, erro grosseiro em seu manejo. Tem prevalecido, porém, o entendimento de que é o recurso em sentido estrito o adequado para atacar decisões que se refiram ao dispositivo em análise, conforme decisões do STJ” [...] (Cunha, et al., 2018).

- por hora certa: verificando que o réu se oculta para não ser citado, o oficial de justiça certificará a ocorrência e procederá à citação com hora certa (art. 362, CPP). **Procedimento** (arts. 252 e ss. CPP): quando, por duas vezes, o oficial de justiça houver procurado o réu em seu domicílio ou residência, sem o encontrar, deverá, havendo suspeita de ocultação, intimar a qualquer pessoa da família, ou, em sua falta, qualquer vizinho, que, no dia útil imediato, voltará a fim de efetuar a citação, na hora que designar. Se o citando não estiver presente, o oficial de justiça procurará informar-se das razões da ausência, dando por feita a citação, ainda que o citando tenha se ocultado em outra comarca. Da certidão de ocorrência, o oficial de justiça deixará contrafé com a pessoa da família ou com qualquer vizinho, conforme o caso, declarando-lhe o nome. **Requisitos:** ser o acusado procurado por duas vezes em seu endereço, sem ser encontrado, e haja suspeita de ocultação. Realizada a citação por hora certa, nos termos acima delineados, caso o réu não compareça – nem constitua advogado, ser-lhe-á nomeado defensor dativo e o processo prosseguirá normalmente (art. 362, parágrafo único, CPP). Não há suspensão do processo e/ou do prazo prescricional.

Intimação ou notificação: conceito trazido, mais uma vez, do CPC, que esclarece ser a intimação o *ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e dos termos do processo*. Parte da doutrina (predominante) entende que intimação e notificação são sinônimos, compreendendo o mesmo instituto.

Procedimento: as intimações/notificações devem seguir os ‘moldes’ das citações, evidentemente, como ressalva a lei, no que for aplicável, ou seja, devem ser intimados pessoalmente, por mandado (art. 370 a 372, CPP). Não cabe, evidentemente, intimação de peritos, testemunhas, assistentes, via edital.

Sujeitos/partes: **Defensor constituído, advogado do querelante e assistente** - de regra, a intimação se dará através de publicação no Diário da Justiça, devendo constar o nome do acusado, sob pena de nulidade (art. 370, § 1º, CPP); em caso de inexistência de órgão de imprensa oficial na Comarca, a intimação far-se-á diretamente pelo escrivão, por mandado, ou via postal com comprovante de recebimento, ou por qualquer outro meio idôneo (§ 2º). Conseqüentemente, a realização da intimação pessoal dispensa a publicação (§ 3º). **Ministério Público** – intimação pessoal (§4º do art. 370, CPP e inc. IV do art. 41 da Lei 8.625/93); **Defensores dativos/nomeados** – intimação pessoal (§ 4º); **Defensores Públicos da União, DF e Territórios** – intimação pessoal (art. 44, I, LC 80/94).

Situações específicas: quando a designação dos atos (redesignação, fixação de prazos etc.) for **realizada em audiência**, a intimação pode se dar no próprio ato (art. 372, CPP); se a **decisão for proferida na audiência**, o prazo recursal começa a fluir desse ato, se as partes estiverem presentes; no âmbito do **Tribunal do Júri**, como a sentença é publicada em plenário, estando presentes o acusado e seu defensor, assim como o órgão do Ministério Público, o termo inicial do prazo recursal será a data da sessão de julgamento; se, no entanto, o acusado optar por não estar presente à sessão de julgamento, o prazo recursal para ele somente começará a fluir a partir do momento em que for intimado da sentença; no âmbito da **Justiça Militar**, o estatuto processual penal militar autoriza que a decisão seja lida no mesmo dia da sessão de julgamento, ou em até (oito) dias, em audiência pública. Portanto, para fins de aferição da (in) tempestividade do recurso interposto no âmbito processual penal militar, há de se entender que a mera proclamação do resultado do julgamento não caracteriza, por si só, a publicação da sentença, sobretudo quando o magistrado não faz a leitura de seu conteúdo e determina a realização de uma audiência posterior para essa finalidade. Em síntese, o termo inicial do prazo para a interposição da apelação deve ser considerado como sendo a data em que a sentença for lida para as partes, o que poderá acontecer tanto na proclamação do resultado do julgamento quanto em audiência posterior; **Lei Maria da Penha**, assegura à mulher o direito de ser notificada de todos os atos processuais relativos ao agressor, especialmente dos pertinentes ao ingresso e à saída da prisão (art. 21). A Lei nº 11.690/08 estendeu tal previsão aos demais procedimentos do processo penal, determinando "a comunicação ao ofendido dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, bem como da designação de audiência, da sentença e dos acórdãos (CPP, art. 201, § 2º). Essa comunicação poderá ser feita por meio eletrônico, se assim o desejar o ofendido (CPP, art. 201, § 3º)"; **Intimação por hora certa**, ao tratar das intimações no Capítulo II do Título X ("Das citações e intimações"), o art. 370, *caput*, do CPP, dispõe que, nas intimações dos acusados, das testemunhas e demais pessoas que devam tomar conhecimento de qualquer ato, será observado, no que for aplicável, o disposto no capítulo anterior. Ora, considerando que o *capítulo anterior* a que se refere este dispositivo passou a prever a citação por hora certa, é de se concluir que também passa a ser possível a realização da intimação por hora certa (Lima, 2017); **Intimação de testemunha por carta rogatória**, é possível a intimação de testemunhas através de carta rogatória, desde que demonstre a *imprescindibilidade* e, ainda, com o *pagamento dos custos de envio pela parte requerente* (art. 222-A, CPP).

PROCESSO E PROCEDIMENTO

Noções gerais: embora intrinsecamente relacionados, “processo” e “procedimento” não se confundem. O processo abrange todas as ideias de procedimento; é a consolidação dos atos processuais praticados do início, com o oferecimento da peça acusatória, ao fim, com a prolação de sentença. Por sua vez, procedimento é o caminho por meio do qual o processo se desenvolve, a forma pela qual ele tramita.

Classificação do procedimento: conforme art. 394 do CPP, têm-se dois grandes grupos de procedimentos: comum e especial. O procedimento especial está relacionado a determinadas espécies de infrações, podendo estar previsto tanto em legislações penais especiais (como o rito da Lei de Drogas – Lei nº 11.343/2006) quanto no próprio CPP (como o rito do Tribunal do Júri – arts. 406 a 497 do CPP). Por sua vez, o procedimento comum é o rito padrão, aplicável a todas as infrações de forma subsidiária, quando não houver disposição legal em sentido diverso (art. 394, § 2º do CPP). O procedimento comum é subdividido em *ordinário* (crimes cuja sanção máxima cominada for igual ou superior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade – art. 394, § 1º, I do CPP); *sumário* (sanção máxima inferior a 4 (quatro) anos – inciso II); e *sumaríssimo* (para as infrações penais de menor potencial ofensivo - contravenções penais e crimes cuja sanção máxima não seja superior a 2 (dois) anos).

Imposição e vedação legais a determinados procedimentos: **a)** às infrações previstas no Estatuto do Idoso com pena máxima não superior a 4 (quatro) anos de prisão será aplicado o procedimento sumaríssimo (art. 94 do Estatuto do Idoso); **b)** aos crimes com violência doméstica e familiar contra a mulher não será aplicado o rito sumaríssimo, por expressa vedação do art. 41 da Lei 11.340/2006. Nesses casos, a depender do *quantum* máximo de pena prevista e a sua natureza, poderão ser adotados os procedimentos comum ordinário e sumário ou mesmo um procedimento especial; **c)** aos crimes falimentares será aplicado o procedimento sumário (art. 185 da Lei nº 11.101/2005).

Institutos a serem considerados para aferição do procedimento: **a)** qualificadoras, causas de aumento e diminuição de pena são considerados na forma mais gravosa possível ao réu; **b)** agravantes e atenuantes de pena não são consideradas, porquanto não alteram a pena máxima prevista para o crime; **c)** concursos de crime são considerados, aplicando-se a respectiva somatória, exasperação e acréscimo nos termos dos arts. 69 a 71 do CP. Havendo conexão ou continência entre infrações com procedimentos distintos, deverá prevalecer o rito mais abrangente, que melhor possibilite o exercício do direito de defesa do acusado; se um dos ritos for o ordinário, deverá este prevalecer, porquanto considerado o mais abrangente dentre todos.

Procedimento comum ordinário

Oferecimento da peça acusatória: a denúncia ou queixa deve cumprir os requisitos do art. 41 do CPP, ou seja, conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas. Para além desses elementos, a doutrina tem adicionado o endereçamento da peça acusatória, redação em vernáculo, citação das razões de convicção,

subscrição da peça pelo representante do *Parquet* ou pelo advogado do querelante – neste último caso são necessários, ainda, o recolhimento de custas e a procuração com poderes especiais.

Juízo de admissibilidade da peça acusatória: oferecida a peça, será submetida ao magistrado para apreciação, podendo rejeitar ou recebê-la. A rejeição será de rigor quando constatada uma das causas do art. 395 do CPP (peça inepta; falta de pressuposto processual ou condição da ação; falta de justa causa). Não havendo causa de rejeição, a peça acusatória será recebida.

Momento do juízo de admissibilidade: tanto o art. 396 quanto o art. 399 do CPP dispõem sobre recebimento da peça acusatória, e em momentos procedimentais distintos, inclusive. Segundo o art. 396, há o recebimento da peça acusatória após o seu oferecimento; conforme art. 399, há recebimento após apresentada a resposta à acusação. De todo modo, prevalece o entendimento de que há apenas um verdadeiro recebimento da peça acusatória: o disposto no art. 396 do CPP, ou seja, após o oferecimento da denúncia ou queixa-crime.

Rejeição da peça acusatória: Inépcia da peça acusatória (art. 395, I do CPP): será inepta a denúncia ou queixa quando não forem observados, em seu bojo, os requisitos do art. 41 do CPP. Entretanto, nem sempre a falta de um requisito ensejará, de plano, a rejeição da peça (v.g. o rol de testemunhas pode ser desnecessário em determinado caso; uma classificação incorreta do crime pode ser objeto de posterior *emendatio libelli* etc.). Para que a peça seja rejeitada por esse inciso, é necessário que a ausência dos requisitos seja manifesta, evidente, indubitável. Falta de pressuposto processual ou condição da ação penal (inciso II): existem pressupostos de existência (denúncia ou queixa; juiz investido de jurisdição e partes); e pressupostos de validade (competência do juízo, ausência de suspeição, litispendência, coisa julgada e de ilegitimidade *ad processum*) da relação jurídica. Ausentes os pressupostos, deverá a peça acusatória ser rejeitada. Por sua vez, em relação às condições da ação, frisa-se que tanto as condições *gerais* quanto as *específicas* podem ensejar a rejeição da inicial acusatória (v.g. falta de interesse de agir; falta de legitimidade para agir; ausência de representação do ofendido em ação penal pública condicionada à representação; ausência do exame pericial tratado pelo art. 525 do CPP etc.).

Falta de justa causa para o exercício da ação penal (inciso III): *a priori*, a ideia de justa causa já estaria contida no inciso II do art. 395, em virtude de ser uma condição da ação. De qualquer forma, por *justa causa* entende-se a soma da prova da materialidade e dos indícios de autoria; é o suporte probatório mínimo necessário à deflagração do processo penal. Eventual rejeição da peça acusatória em razão da ausência de justa causa não faz coisa julgada material, podendo a ação penal ser intentada novamente.

Rejeição parcial da peça acusatória: tem-se admitido o recebimento (ou rejeição) parcial da peça acusatória a depender das peculiaridades do caso. Por exemplo, em havendo duas imputações criminais a um sujeito, mas com justa causa apenas em uma delas, poderá haver o recebimento da denúncia apenas em relação à imputação dotada do suporte probatório mínimo.

Recurso cabível contra a rejeição da peça acusatória: da decisão que rejeita a denúncia ou queixa caberá recurso em sentido estrito (art. 581, I do CPP). No âmbito dos Juizados Especiais Criminais, será cabível apelação contra tal decisão (art. 82 da Lei nº 9.099/95).

Recebimento da peça acusatória: não sendo caso de rejeição, o magistrado receberá a denúncia ou queixa na forma do art. 396 do CPP. Para o STF, a decisão que recebe a peça acusatória prescinde da motivação a que alude o art. 93, IX da CF, porquanto não detém caráter decisório.

Citação do acusado: com o recebimento da peça, o magistrado ordenará a citação do acusado a respeito das imputações feitas. Em regra, a citação será pessoal, via mandado a ser cumprido por oficial de justiça (art. 351 do CPP). O acusado que não for encontrado poderá ser citado via *edital* (art. 351 do CPP); nesse caso, decorrido o prazo do edital sem haver o comparecimento do acusado, a apresentação de sua defesa ou a constituição de defensor, o processo e o prazo prescricional serão suspensos na forma do art. 366 do CPP. O acusado que se oculta para não ser citado poderá assim o ser por *hora certa*, nos termos do art. 362 do CPP. Nesse caso, não comparecendo o acusado, ser-lhe-á nomeado defensor dativo e o processo prosseguirá (art. 362 do CPP).

Reação defensiva à peça acusatória: o acusado é citado para responder à acusação no prazo de 10 (dez) dias. Não há, no procedimento comum ordinário ou sumário, defesa prévia (já extinta do ordenamento jurídico) ou defesa preliminar (aplicável apenas aos ritos especiais e ao procedimento comum sumaríssimo). Há apenas a resposta à acusação, com previsão no art. 396-A do CPP. Nessa peça defensiva, caberá ao acusado (por intermédio de seu defensor) exercitar a sua defesa, alegando tudo o que possa ser de direito. A finalidade máxima da resposta à acusação, todavia, é lograr a absolvição sumária do acusado com base no art. 397 do CPP. Eventuais exceções (de incompetência, ilegitimidade de parte, litispendência, coisa julgada ou suspeição) apresentadas por ocasião da resposta à acusação deverão ser processadas separadamente, conforme determina (§ 1º do art. 396-A do CPP). Conforme se depreende do § 2º do referido artigo, a resposta à acusação é peça obrigatória; se não houver a sua apresentação no prazo legal, será nomeado defensor dativo para que a apresente.

Absolvição sumária: oferecida a resposta à acusação, os autos serão conclusos ao magistrado para que analise eventual existência de alguma das causas de absolvição sumária elencadas no art. 397 do CPP. São elas: Existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato (inciso I): refere-se às justificantes do art. 23 do CP (*legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito*). Ainda, para parte da doutrina, também poderão ser consideradas as causas excludentes de ilicitude previstas na Parte Especial do CP e em leis especiais, bem como hipóteses supralegais de exclusão da ilicitude, como o *consentimento do ofendido*. Para que haja a absolvição sumária nesse sentido, é necessário que a causa esteja presente de forma inofismável; se houver dúvida quanto à sua presença, o processo prosseguirá; Existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade (inciso II): são as exculpantes, como a *coação irresistível e obediência de ordem não manifestamente ilegal de superior autárquico* (art. 22 do CP), *embriaguez completa por caso fortuito ou força maior* (art. 28, § 1º do CP), além da *inexigibilidade de conduta diversa*, tida pela doutrina como causa supralegal de exclusão da culpabilidade. Também será necessário que se tenha certeza acerca da existência da causa excludente de culpabilidade para que seja possível a absolvição sumária; Que o fato narrado evidentemente não constitui crime (inciso III): trata-se da análise de tipicidade do fato, um dos elementos que forma o conceito de *crime*. A conduta atípica não é crime, não devendo haver ou prosseguir o processo penal nesses casos. O principal exemplo deste tema diz respeito à aplicação

do *princípio da insignificância*, que ocorrerá quando presentes, cumulativamente, quatro vetores fixados pelo STF: **a)** a mínima ofensividade da conduta do agente; **b)** a ausência de periculosidade social da ação; **c)** o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e **d)** a inexpressividade da lesão jurídica provocada. Presentes os requisitos, a conduta será considerada um indiferente penal, devendo o magistrado absolver sumariamente o acusado com fundamento no inciso III do art. 397 do CPP. Extinta a punibilidade do agente (inciso IV): esse inciso é considerado um equívoco do legislador, porquanto mistura os institutos da extinção da punibilidade e da absolvição. A decisão que reconhece extinta a punibilidade é uma decisão declaratória, e não uma sentença absolutória.

Recurso adequado: nos casos dos incisos I a III do art. 397 do CPP, caberá apelação (art. 593, I do CPP). Em relação ao inciso IV, justamente em razão do seu caráter meramente declaratório de extinção da punibilidade, entende a doutrina ser cabível recurso em sentido estrito (art. 581, VIII do CPP).

Designação da audiência de instrução: não havendo absolvição sumária, o magistrado designará data e hora para audiência (art. 399 do CPP). No procedimento comum ordinário, essa audiência deverá ser realizada no prazo máxima de 60 (sessenta) dias (art. 400, do CPP). Entretanto, trata-se de prazo impróprio, despido de qualquer sanção pelo seu descumprimento.

Audiência uma de instrução e julgamento: conforme art. 400 do CPP, a ordem dos atos na audiência será: 1) inquirição do ofendido (se possível); 2) inquirição das testemunhas de acusação (até o máximo de 8 (oito) para cada réu e para cada imputação; 3) inquirição das testemunhas de defesa (mesmo limite às de acusação); 4) esclarecimento de peritos (se tiver havido prévio requerimento (art. 401, § 2º do CPP); 5) acareação; 6) reconhecimentos; 7) interrogatório do acusado. Concentra-se a produção probatória nessa audiência una; poderá o magistrado indeferir as provas que considere irrelevantes, impertinentes ou protelatórias (art. 400, § 1º do CPP). Encerrada a instrução, poderão as partes requererem diligências cuja necessidade de realização tenha surgido por ocasião da audiência. (art. 402 do CPP). Não havendo diligências, ou caso tenham sido indeferidas, será franqueada a palavra ao Ministério Público e, na sequência, à defesa, para apresentação de alegações finais orais, nos termos do art. 403 do CPP. Nessa oportunidade, as partes analisarão minuciosamente os elementos probatórios coligidos durante a persecução penal e apresentarão suas teses ao magistrado, a fim de influenciar o seu convencimento. Em regra, as alegações finais serão feitas de forma oral, logo que encerrada a instrução criminal. Entretanto, em situações excepcionais, poderá o magistrado conceder prazo às partes para que apresentem alegações finais por memoriais (de forma escrita) – art. 403 do CPP: **a)** em razão da complexidade da causa e/ou do elevado número de acusados (art. 403, § 3º do CPP); **b)** quando for ordenada diligência imprescindível (art. 404, caput e parágrafo único do CPP). Se forem apresentadas as alegações finais de forma oral, haverá prolação de sentença logo após, em audiência; se forem apresentadas por memoriais, o juiz terá o prazo de 10 (dez) dias para proferi-la (arts. 403, § 3º e 404, parágrafo único do CPP). Ao final da audiência será lavrado termo conforme as disposições do art. 405 do CPP.

Procedimento comum sumário

Noções gerais: o procedimento comum sumário tem como objetivo simplificar e agilizar o trâmite processual. Será adotado na hipótese do art. 394, § 1º, II do CPP, ou seja, nos crimes cuja sanção

máxima seja inferior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade. Além disso, também será aplicado na hipótese do art. 538 do CPP, *i.e.* quando houver remessa do processo do Juizado Especial Criminal para o juízo comum, o que poderá ocorrer em duas hipóteses: **1) acusado não encontrado para ser citado** (art. 66, parágrafo único da Lei nº 9.000/95) – não se admite citação por edital no âmbito dos JECrims; **2) complexidade ou circunstâncias do caso não permitirem a formulação da denúncia em ações penais públicas** (art. 77, § 2º da mesma lei).

Distinção entre o procedimento comum ordinário e sumário: salvo quatro distinções, o procedimento comum sumário é idêntico ao ordinário. Vejamos, então, quais são essas quatro diferenças:

1 - Prazo para realização da audiência. Rito ordinário: a audiência una de instrução e julgamento deverá ocorrer no prazo máximo de 60 (sessenta) dias (art. 400 do CPP). Rito sumário: esse prazo será de 30 (trinta) dias (art. 531 do CPP);

2 – Número de testemunhas. Rito ordinário: é possível a inquirição de até 8 (oito) testemunhas de acusação e 8 (oito) testemunhas de defesa (art. 401 do CPP). Rito sumário: esse número é reduzido a 5 (cinco) testemunhas para cada parte (art. 536 do CPP);

3 – Ausência de previsão legal sobre requerimento de diligências. Rito ordinário: há expressa previsão legal para o requerimento de diligências pelas partes ao final da instrução (art. 402 do CPP). Rito sumário: não há previsão nesse sentido. Todavia, entende a doutrina que é possível o deferimento das diligências também no procedimento comum sumário quando se mostrarem imprescindíveis, em respeito ao princípio da busca da verdade (real);

4 – Ausência de previsão legal sobre a possibilidade de substituição das alegações finais orais por memoriais. Rito ordinário: há previsão legal de três situações excepcionais em que se admite a apresentação de alegações finais por memoriais (art. 403, § 3º do CPP – complexidade da causa e número de acusados; art. 404, parágrafo único do CPP – ordenada diligência considerada imprescindível. Rito sumário: não há previsão para essa substituição (art. 534 do CPP). Parte da doutrina entende que a falta de previsão da substituição no art. 534 é peremptória, não havendo se falar nessa possibilidade; outra parcela sustenta ser plenamente possível a substituição em razão da aplicação subsidiária das disposições atinentes ao procedimento ordinário aos demais procedimentos (art. 394, § 5º do CPP).

Procedimento comum ordinário	Procedimento comum sumário
Audiência deve ser realizada em até 60 (sessenta) dias (art. 400 do CPP)	Audiência deve ser realizada em até 30 (trinta) dias (art. 531 do CPP)
Até 8 (oito) testemunhas de acusação e até 8 (oito) de defesa (art. 401, caput do CPP)	Até 5 (cinco) testemunhas de acusação e até 5 (cinco) de defesa (art. 536 do CPP)
Há previsão legal de requerimento de diligências pelas partes (art. 402 do CPP)	Não há previsão de requerimento de diligências

Há previsão legal de substituição das alegações finais orais por memoriais (arts. 403, § 3º e 404, parágrafo único do CPP)	Não há previsão de substituição por memoriais
--	---

Procedimento comum sumaríssimo

Juizados Especiais – noções gerais: conforme art. 98, I da Constituição Federal, os Juizados Especiais Criminais serão competentes para o julgamento de infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo. A consolidação deste preceito constitucional ocorreu com o advento da Lei nº 9.099/95, que minudencia todas as suas peculiaridades. A sistemática de atuação dos Juizados Especiais Criminais (ou 'JECrims') é pautada pelos critérios ou princípios da *oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade*; ainda, tem como objetivos primordiais, sempre que assim for possível, a *reparação dos danos sofridos pela vítima e aplicação da pena não privativa de liberdade*.

Competência: em análise aos artigos 60 da Lei nº 9.099/95 e 538 do CPP, pode-se conceber dois critérios a serem analisados para fixação da competência dos JECrims: **1)** a natureza da infração penal – *infração de menor potencial ofensivo*; **2)** inexistência de causas de deslocamento da competência para o juízo comum (previstas no art. 66, parágrafo único e art. 77, § 2º da Lei nº 9.099/95).

Conceito de infração de menor potencial ofensivo: conforme art. 61 da Lei nº 9.099/95, são as *contravenções penais e os crimes cuja pena máxima não seja superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa*. Os Juizados Especiais Criminais Federais não são competentes para o julgamento de contravenções penais, mesmo em se tratando de matérias afetas à competência da Justiça Federal, em virtude de ressalva expressa contida no art. 109, IV da CF. Outrossim, em relação ao critério referente à pena máxima prevista, para a sua aferição deverão ser computadas as causas de aumento e de diminuição de pena; em contrapartida, não serão consideradas as agravantes e atenuantes de pena, porquanto não têm o condão de alterar o *quantum* máximo de pena.

Estatuto do Idoso – Lei nº 10.741/03: segundo o art. 94 dessa lei, aplica-se o procedimento sumaríssimo aos crimes previstos no Estatuto cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4 (quatro) anos. Segundo decidiu o STF por ocasião do julgamento da ADI 3.096, esse dispositivo deve ser interpretado em favor do destinatário do referido diploma legal, *i.e.* o idoso, e não em benefício daqueles que lhe violem os direitos. Assim, aos crimes previstos no Estatuto do Idoso cuja pena máxima não seja superior a 2 (dois) anos – que estariam de qualquer forma dentro do âmbito da Lei 9.099/95 – poderão ser aplicados os institutos despenalizadores conforme art. 61 desse último diploma legal. Por outro lado, não seguem a mesma sorte os crimes previstos no Estatuto cuja pena máxima seja superior a 2 (dois) anos e inferior a 4 (quatro) anos; a esses delitos apenas são aplicadas as normas procedimentais do rito sumaríssimo, mas não os seus institutos despenalizadores.

Violência doméstica e familiar contra a mulher: o art. 41 da Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha) veda a aplicação de qualquer regra da Lei nº 9.099/95 a essas espécies de infrações.

Justiça Militar: há vedação expressa à aplicação do procedimento e institutos constantes da Lei nº 9.099/95 no âmbito da Justiça Militar, conforme art. 90-A da Lei dos Juizados Especiais.

Foro por prerrogativa de função: em se tratando de infração de menor potencial ofensivo, mesmo que haja a alteração da competência originária para seu processamento e julgamento em virtude de foro por prerrogativa de função, não haverá óbice à aplicação dos institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95. Nesses casos, a aplicação desses institutos ficará incumbida ao Tribunal competente para o julgamento.

Conexão e continência entre crime comum e infração de menor potencial ofensivo: observar-se-á os seguintes critérios: **1)** praticada uma infração de menor potencial ofensivo, a competência será do Juizado Especial Criminal. Havendo conexão ou continência com outros crimes, deverão ser observadas as regras do art. 78 do CPP, para saber qual o juízo competente; **2)** caso, em virtude da aplicação das regras do art. 78 do CPP, venha a ser estabelecida a competência do juízo comum ou do tribunal do júri para julgar também a infração de menor potencial ofensivo, afastando, portanto, o procedimento sumaríssimo da Lei n. 9.099/95, isso não impedirá a aplicação dos institutos da transação penal e da composição dos danos civis.

Competência territorial dos Juizados Especiais Criminais: é fixada de acordo com o art. 63 da Lei nº 9.099/95, ou seja, *será determinada pelo lugar em que foi praticada a infração*. Sobre a abrangência do termo *praticada*, constante do dispositivo legal, existem dois entendimentos: **1)** refere-se ao lugar onde ocorreu a ação ou omissão; **2)** refere-se à realização, execução e consumação do delito. Prevalece o entendimento de que a Lei nº 9.099/95 adotou o critério da *ubiquidade* para determinação da competência territorial; é dizer, compreenderá tanto o foro do lugar da ação/omissão quanto o do lugar do resultado.

Termo circunstanciado: é a peça equivalente ao auto de prisão em flagrante e inquérito policial das infrações comuns, em forma muito mais simplificada. Essa simplificação do procedimento decorre dos critérios que balizam os Juizados Especiais Criminais (oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade). Tomado conhecimento da infração, pela autoridade policial será lavrado o termo circunstanciado, com o encaminhamento do autor do fato e vítima ao Juizado (art. 69 da Lei nº 9.099/95). Constituir-se-á, basicamente, de um relatório sumário, com *identificação dos envolvidos, menção à infração praticada e demais dados necessários à individualização dos fatos, indicação de provas, rol de testemunhas*, e, eventualmente, um *croqui*, nos casos de acidente de trânsito. Em relação à abrangência da expressão *autoridade policial* há divergências de entendimento na doutrina; prevalece, contudo, a visão de que a lavratura do termo circunstanciado é restrita às autoridades de polícia judiciária (Polícia Federal e Polícias Civis). Inclusive, por ocasião do julgamento da ADI 3.614, o STF concluiu que sua lavratura pela Polícia Militar caracteriza usurpação de atribuições exclusivas à Polícia Judiciária. Ao demais, encerrada a lavratura do termo, o delegado tomará o compromisso do acusado de comparecer ao Juizado Especial em dia e hora previamente designados. Se o agente se comprometer a lá comparecer, ou for para lá encaminhado imediatamente, não haverá prisão em flagrante ou fixação de fiança (art. 69, parágrafo único da Lei nº 9.099/95). Na sequência, proceder-se-á nos termos dos arts. 70 e 71 da mesma lei.

Fase preliminar dos juizados: em dia e horário previamente fixados, ocorrerá a audiência preliminar na sede do Juizado Especial, a ser conduzida pelo juiz ou conciliador sob sua orientação (art. 73 da

Lei nº 9.099/95), cujo procedimento está previsto no art. 72 do mesmo diploma normativo. Essa audiência precede ao procedimento sumaríssimo. Destina-se à conciliação das partes mediante composição dos danos civis ou transação penal.

Composição dos danos civis: trata-se de reparação dos prejuízos de índole moral, material e estética que tenham sido sofridos pela vítima. **Nas ações penais de iniciativa privada e pública condicionada à representação**, obtida a composição, ocorrerá a renúncia ao direito de queixa ou representação, extinguindo-se a punibilidade do agente (art. 74 da Lei nº 9.099/95 c/c art. 107, V do CP). O acordo, homologado em sentença irrecorrível, terá eficácia de título executivo judicial. O não cumprimento de suas cláusulas não restituirá ao ofendido o direito de queixa ou representação; caber-lhe-á tomar as medidas cíveis adequadas à execução do título. **Nas ações penais pública incondicionada**, embora também possa haver a composição, o acordo não extinguirá a punibilidade do autor do fato.

Oferecimento da representação: não havendo composição dos danos civis, terá prosseguimento a audiência nos termos do art. 75 da Lei nº 9.099/95. Nesse momento, poderá ocorrer uma de duas situações: **1)** vítima exerce (ou ratifica) o direito de representação oralmente, que será reduzido a termo. Assim, prosseguirá o rito, com a verificação da possibilidade de transação penal entre MP e o autor; **2)** vítima opta por não exercer o direito de imediato, hipótese em que os autos aguardarão o prazo decadencial de 6 (seis) meses para o seu exercício (art. 75, parágrafo único da Lei nº 9.099/95 e art. 38 do CPP). Ao demais, entende a doutrina que as disposições do art. 75 também se aplicam aos crimes de ação penal de iniciativa privada, com os devidos ajustes lógicos.

Transação penal: nos termos do art. 76 da Lei nº 9.099/95, havendo representação, ou em tratando de ações penais públicas incondicionadas, não sendo caso de arquivamento, poderá ocorrer a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, também chamada de *transação penal*. Trata-se de acordo penal celebrado entre MP e autor do fato, antecipando-se o cumprimento de pena restritiva de direitos e evitando-se a instauração de processo penal em seu desfavor. O oferecimento da proposta é direito subjetivo do autor do fato; em havendo recusa do promotor de justiça em assim proceder quando presentes os requisitos do benefício, prevalece a orientação de que será aplicado analogicamente o art. 28 do CPP, remetendo-se os autos ao Procurador-Geral de Justiça, para que decida sobre o tema. Outrossim, prevalece o entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de ser possível a proposta de transação em ação penal de iniciativa privada.

Pressupostos de admissibilidade da transação pena: os requisitos (negativos) para que seja proposto o benefício constam do art. 76, § 2º da Lei nº 9.099/95. Desta forma, **não será ofertada a proposta**: **a)** se o autor do fato já tiver sido condenado definitivamente a uma pena privativa de liberdade; **b)** se já tiver sido o autor do fato beneficiado por transação penal nos últimos 5 (cinco) anos; e **c)** se os antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos e circunstâncias da infração não recomendarem a adoção da medida.

Proposta de transação penal – procedimento: a proposta será formulada pelo Ministério Público nas ações penais públicas condicionada e incondicionada, e pelo querelante nas ações penais de iniciativa privada. Será feita de forma oral ou escrita, e deverá conter as devidas especificações das sanções penais e demais termos. É necessária a aceitação tanto pelo autor da infração quanto pelo seu defensor (art. 76, § 3º da Lei nº 9.099/95). Havendo divergência nas opiniões, firmou-se

entendimento no sentido de que prevalecerá a vontade do defensor, aplicando-se analogicamente a orientação jurisprudencial atinente à interposição de apelação pelo advogado quando o réu manifesta o seu desejo de não recorrer. Aceita a proposta, será submetida ao magistrado para apreciação (art. 76, § 3º da Lei nº 9.099/95). Homologada, será aplicada a pena restritiva de direitos ou multa nos termos do § 4º do mesmo artigo. A decisão que homologa a transação é recorrível via apelação (§ 5º do dispositivo). Entende-se que também será cabível apelação contra a decisão que não homologar o acordo, por aplicação subsidiária do art. 593, II do CPP. Por fim, cumprida a transação penal, ocorrerá a extinção da punibilidade do autor. Em contrapartida, descumpridas injustificadamente as cláusulas do acordo penal, retoma-se a situação anterior, *possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial* (Súmula Vinculante 35).

Análise do procedimento comum sumaríssimo: não havendo composição dos danos civis ou transação penal, o procedimento terá seguimento nos termos do art. 77 da Lei nº 9.099/95.

Oferecimento da peça acusatória: conforme o caput do artigo acima referido, bem como o seu § 3º, a peça acusatória será oferecida de forma oral. A peça acusatória deverá conter os requisitos do art. 41 do CPP. Conforme § 1º do artigo em comento, não será necessário que o exame de corpo de delito seja apresentado junto à peça acusatória quando ela puder ser lastreada por boletim médico ou correlato nas infrações com vestígios. Apresentada, será a denúncia ou queixa reduzida a termo, entregando-se cópia ao acusado. Ficará ele, então, ciente da data e hora da audiência de instrução e julgamento (art. 78 da Lei nº 9.099/95). Por fim, por ocasião da audiência de instrução e julgamento, será procedido à tentativa de composição dos danos civis e oferecimento de proposta de transação penal, caso não tenha sido possível assim proceder na fase preliminar (art. 79 da referida lei).

Defesa preliminar e rejeição ou recebimento da peça acusatória: conforme art. 81 da Lei nº 9.099/95, o acusado oferecerá *defesa preliminar* antes do recebimento da peça acusatória. As hipóteses de rejeição da denúncia constantes do art. 395 do CPP são plenamente aplicáveis ao procedimento sumaríssimo, por força do art. 394, § 4º do CPP. Diferentemente do rito ordinário, por expressa previsão legal (art. 82 da Lei nº 9.099/95), caberá apelação, no prazo de 10 (dez) dias da decisão que rejeitar a denúncia ou queixa-crime.

Citação do acusado: o art. 78 da Lei nº 9.099/95 dispõe que o réu é citado por ocasião do oferecimento da peça acusatória, no momento em que receber a cópia do termo a que foi reduzida a denúncia ou queixa. Para parte da doutrina, referido dispositivo deve ser interpretado no sentido de que somente quando o juiz deliberar pelo recebimento da inicial acusatória é que deverá haver a citação do acusado. A citação no procedimento sumaríssimo deverá ser pessoal e feita no próprio Juizado, sempre que possível, ou por mandado (art. 66 da Lei nº 9.099/95). Acaso não seja o acusado encontrado, não haverá citação por edital, porquanto não há previsão dessa medida no âmbito dos Juizados Especiais Criminais. Nesse caso, haverá a remessa das peças ao Juízo comum para que haja o prosseguimento do feito (art. 66, parágrafo único da aludida lei). Tem-se admitido a citação por hora certa, quando constatado que o acusado se oculta para não ser citado (Enunciado 110 do XXV FONAJE).

Resposta à acusação: são aplicáveis a todos os procedimentos penais de primeiro grau as disposições dos arts. 395 a 398 do CPP, por força do art. 394, § 4º do mesmo código. Dentre esses artigos está o referente à resposta à acusação, que deve ser apresentada após o recebimento da peça acusatória (art. 396-A). Em tese, considerando que já há previsão para o oferecimento de defesa preliminar por ocasião do oferecimento da denúncia ou queixa, estar-se-ia diante da apresentação de duas peças defensivas, em sequência, no mesmo procedimento – *antes* e *depois* do recebimento da peça acusatória. Parte da doutrina sustenta que não há razão para uma nova defesa após o recebimento da denúncia ou queixa; a defesa preliminar apresentada quando do oferecimento da exordial acusatória já deverá concentrar todas as teses defensivas. Outra parcela entende que, de fato, serão apresentadas duas peças defensivas, uma tratando sobre as causas de rejeição da inicial acusatória (art. 395 do CPP – defesa preliminar) e outra sobre hipóteses de absolvição sumária (art. 397 – resposta à acusação).

Análise das hipóteses de absolvição sumária: em razão do art. 394, § 4º do CPP, é plenamente possível que haja análise da existência de alguma das causas de absolvição sumária constantes do art. 397 do CPP. Constatada a sua presença, deverá o magistrado proceder ao julgamento antecipado do processo, absolvendo-se o acusado.

Audiência de instrução e julgamento: ocorrerá da seguinte forma (art. 81 da Lei nº 9.099/95): será dada a palavra ao defensor para responder à acusação, após o que o Juiz receberá, ou não, a denúncia ou queixa; havendo recebimento, serão ouvidas a vítima e as testemunhas de acusação e defesa, interrogando-se a seguir o acusado, se presente, passando-se imediatamente aos debates orais e à prolação da sentença. Em relação ao número de testemunhas, prevalece o entendimento de que devem ser 3 no caso de contravenção penal e 5 no caso de crime apenado com detenção. A sentença é recorrível via apelação, no prazo de 10 (dez) dias (art. 82 da Lei nº 9.099/95). O recorrido será intimado para apresentar contrarrazões (§ 2º do mesmo artigo), encaminhando-se o processo à Turma Recursal para julgamento. Ainda, admite-se, no âmbito dos JECrims, embargos de declaração, nas hipóteses do art. 83 da Lei nº 9.099/95. Ademais, também é cabível recurso extraordinário contra as decisões das Turmas Recursais, conforme Súmula 640 do STF.

Suspensão condicional do processo: trata-se de outro instituto despenalizador, previsto no art. 89 da Lei nº 9.099/95. Requisitos de admissibilidade: o art. 89 elenca três: **a)** crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não pela Lei nº 9.099/95, com exceção da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). Consideram-se as qualificadoras, privilégios, causas de aumento e de diminuição para aferição do *quantum* mínimo. Nesse ponto, devem ser observadas as Súmulas 723 do STF; 242 e 337 do STJ; **b)** não estar sendo processado e não ter sido condenado por outro crime; e **c)** presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do CP).

Suspensão condicional do processo em crimes de ação pena de iniciativa privada: há duas visões sobre o tema: **1)** não seria possível, por ausência de previsão legal; **2)** admitida, por analogia à previsão referente ao MP. O STF entende que não cabe suspensão condicional do processo nessa espécie de ação penal.

Iniciativa e procedimento: nas ações penais *públicas*, caberá ao MP a proposta do benefício; havendo recusa por parte do promotor no oferecimento, deverá ser aplicado o art. 28 do CPP (Súmula 696

do STF). Em que pese a posição do STF, caso admitida, nas ações penais de iniciativa *privada*, caberá ao querelante a proposta. Há entendimento no sentido de que, havendo recusa por parte do querelante em oferecer a proposta, caberia ao juiz fazê-lo. Oferecida, caberá ao acusado e seu defensor aceitá-la ou não. Em havendo a aceitação, o juiz receberá a peça acusatória e suspenderá o processo. O acusado se submeterá a período de prova de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, período em que terá de cumprir as condições do art. 89, § 1º da Lei nº 9.099/95: **a) reparação do dano**, salvo impossibilidade de fazê-lo; **proibição de freqüentar determinados lugares**; **b) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz**; **c) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades**. Ainda, podem ser especificadas outras condições (§ 2 do referido artigo). Durante o período de prova, algumas condições fáticas podem ensejar a revogação do benefício: **1) Causas de revogação obrigatória**, previstas no art. 89, § 3º da Lei nº 9.099/95 (processado por novo crime no curso do prazo; não repara o dano injustificadamente); **2) Causas de revogação facultativa**, previstas no § 4º (processado por contravenção no curso do prazo; descumprir qualquer outra condição). Não ocorrendo nenhuma causa de revogação durante o curso do período de prova, será declarada extinta, ao final, a punibilidade (§ 5º do mesmo dispositivo).

Execução no âmbito dos juizados especiais criminais: têm-se duas situações distintas: **1) Pena de multa isoladamente aplicada**: o cumprimento será perante o próprio Juizado, mediante pagamento na respectiva Secretaria. Efetuado o pagamento, será declarada a extinta a punibilidade. Não sendo efetuado, dispõe ao art. 85 da Lei nº 9.099/95 que poderá haver a conversão dessa pena de multa em privativa de liberdade ou restritiva de direitos. Para a doutrina, todavia, esse dispositivo é inaplicável, não sendo admitida essa conversão. **2) Pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos, cumuladas ou não com multa**: serão executadas perante o órgão competente, nos termos da lei (art. 86 da Lei nº 9.099/95); é dizer, nos termos da Lei de Execução Penal e das leis de organização judiciária.

Procedimento nos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos

Considerações gerais: o procedimento está previsto nos arts. 513 a 518 do CPP. Embora o Capítulo do CPP trate de *crimes de responsabilidade*, é cediço que o legislador quis se referir, em verdade, aos crimes funcionais. Crimes funcionais são aqueles praticados por funcionários públicos no exercício de sua função. Serão *próprios*, quando só puderem ser praticados por funcionários públicos, *v.g.* prevaricação (art. 319 do CP); ou *impróprios*, quando puderem ser praticados por quaisquer pessoas (configurando um delito comum) ou por funcionários públicos, recebendo, nesse caso, qualificação jurídica própria, *v.g.* peculato. Aplica-se o presente procedimento apenas aos crimes funcionais afiançáveis (art. 514 do CPP).

Oferecimento da denúncia ou queixa: oferecida a peça acusatória, o juiz ordenará a notificação do acusado para que se defenda das imputações, em 15 (quinze) dias (art. 514 do CPP).

Defesa preliminar: peça por meio da qual o acusado poderá alegar matérias preliminares e de mérito com o propósito de influenciar o convencimento do magistrado à rejeição da denúncia ou queixa. Para parte da doutrina, essa fase do procedimento é obrigatória, e sua supressão acarretaria nulidade absoluta; para outra parcela da doutrina, embora seja obrigatória a notificação para sua apresentação, a sua falta ocasionaria nulidade relativa. Segundo a Súmula 330 do STJ, nas ações

penais de crimes funcionais instruídas por inquérito policial, é desnecessária a resposta preliminar do art. 514 do CPP. O entendimento atual do STF, todavia, é em sentido contrário, i.e. mesmo nesses casos será obrigatória a notificação.

Rejeição ou recebimento da exordial acusatória: a denúncia ou queixa será rejeitada quando convencido o juiz da inexistência do crime ou da improcedência da ação (art. 516 do CPP). Não sendo caso de rejeição, haverá o seu recebimento, procedendo-se conforme arts. 517 a 518 do CPP. A partir desse momento, adotar-se-á o procedimento comum.

SENTENÇA PENAL E COISA JULGADA

Classificação dos atos judiciais: costuma-se tomar mais em conta as consequências dos atos do juiz do que propriamente o conteúdo para se estabelecer as classificações. Não há unanimidade e uniformidade na classificação – que não é trazida pela lei; costumamos estudar as mais relevantes criadas pela doutrina.

Despachos - manifestações simples, que não abordam pontos controvertidos, geralmente com finalidade de dar andamento ao processo (impulso processual); de regra são irrecuráveis e normalmente não têm carga decisória; só admitirão impugnação quando houver ‘inversão tumultuária’ no processo, mediante correição parcial.

Decisões interlocutórias - pronunciamento judicial de natureza decisória que resolve questão controversa.

- a) Simples – não colocam fim ao processo nem a fase do procedimento.
- b) Mistas – colocam fim ao processo ou a uma fase dele.
 - i) Terminativa/definitiva: acarreta extinção do processo/procedimento. Também conhecida como ‘decisão com força de definitiva’. Ex. rejeição da denúncia.
 - ii) Não terminativa: encerra uma etapa do procedimento, não o processo. Ex. pronúncia.

Sentenças – em sentido estrito, põem fim ao processo, absolvendo ou condenando o réu, dando como precedente ou improcedente a imputação após instrução probatória; têm carga decisória plena, ordinariamente passíveis de apelação (593, I e III do CPP).

Sentenças subjetivamente (consideram o órgão prolator):

- a) simples – proferidas por órgão monocrático;
- b) plúrimas – proferidas por órgão colegiado homogêneo (ex. acórdão);
- c) complexas – por órgão colegiado heterogêneo (tribunal do júri).

Sentenças materiais – decidem mérito.

Sentenças formais – decidem questões processuais.

Sentenças suicidas – dispositivo contraditório com a fundamentação.

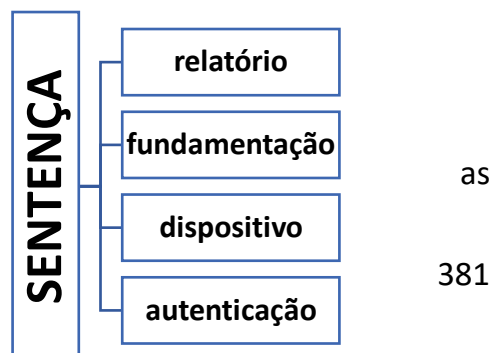
Sentenças vazias – sem fundamentação.

Sentenças autofágicas – juiz reconhece imputação, mas declara extinta punibilidade (ex. perdão).

As sentenças podem ser, ainda: condenatórias; declaratórias; constitutivas (positivas e negativas); mandamentais; executivas.

As sentenças absolutórias podem ser próprias e impróprias, últimas aplicam medida de segurança aos inimputáveis.

Conteúdo da sentença: requisitos da sentença estão no art. do CPP.



Sentenças do Juizado dispensam relatório e naquelas do procedimento do júri ele é feito antecipadamente.

Decisões dos jurados no Tribunal do Júri, diante do necessário sigilo, dispensam a fundamentação.

Sentença absolutória: próprias (declaram estado de inocência); impróprias (que aplicam medida de segurança); sumárias (arts. 397 e 415 do CPP).

Causas de absolvição: o juiz deve mencionar na sentença os motivos da decisão.

CAUSAS DE ABSOLVIÇÃO – incisos do art. 386 do CPP	Categórica	Vinculante	Materialidade	Autoria
I <u>estar provada</u> a inexistência do fato	✓	✓	✓	
II <u>não haver prova</u> da existência do fato			✓	
III não constituir o fato infração penal	✓		tipicidade	
IV <u>estar provado</u> que o réu não concorreu para a infração penal	✓	✓		✓
V <u>não existir prova</u> de ter o réu concorrido para a infração penal				✓
VI existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena	✓	✓	ilicitude	culpa
VI fundada dúvida sobre existência das circunstâncias acima			ilicitude	culpa
VII – <u>não existir prova</u> suficiente para a condenação			✓	✓

Efeitos da sentença absolutória:

Art. 386. Parágrafo único. Na sentença absolutória, o juiz: I - mandará, se for o caso, pôr o réu em liberdade; II – ordenará a cessação das medidas cautelares e provisoriamente aplicadas; III - aplicará medida de segurança, se cabível.

Além desses efeitos, a fiança será restituída, o sequestro/arresto/hipoteca serão levantados e o réu pode requerer a retirada da sua identificação fotográfica.

Sentença condenatória: tem elementos próprios, destacados no art. 387 do CPP, destacando-se a aplicação da pena, a manifestação sobre medidas cautelares e a detração para a determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade.

CPP. Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: I - mencionará as circunstâncias agravantes ou atenuantes definidas no Código Penal, e cuja existência reconhecer; II - mencionará as outras circunstâncias apuradas e tudo o mais que deva ser levado em conta na aplicação da pena, de acordo com o disposto nos arts. 59 e 60 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; III - aplicará as penas de acordo com essas conclusões; IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido; [...] § 1º O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta. § 2º O tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade.



Efeitos previstos na Constituição Federal: i) suspensão dos direitos políticos (art. 15, III); ii) impedimento à naturalização (art. 12, II, 'b'); iii) submissão de oficial a julgamento de indignidade/incompatibilidade (art. 142, § 3º, VII).

Vinculação da sentença ao pedido do Ministério Público: embora doutrina minoritária questione, prevalece a disposição do art. 385 do CPP – “Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir

sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada”.

Publicação da sentença: não se pode confundir ‘publicação’ com ‘intimação’. O primeiro ato traduz a existência jurídico-formal da sentença e se dá com a entrega em mão do escrivão; o segundo é ato de comunicação processual, serve para cientificar as partes sobre a sentença, dando início ao prazo recursal.

Esgotamento da instância: efeito genérico da decisão que implica no encerramento do ofício jurisdicional em primeira instância, impedindo, regra geral, a alteração da sentença; esta que só poderá ser alterada em 3 situações: correção de erros materiais; embargos de declaração; recurso com efeito regressivo.

Intimação da sentença: Ministério Público, Defensor público e nomeado serão intimados pessoalmente. Advogado do querelante e do assistente de acusação mediante publicação. Segundo posicionamento majoritário, tanto o réu quanto o seu defensor devem ser intimados da sentença - é o que se recomenda. Não haverá nulidade, todavia (observada a jurisprudência), nas situações de ‘absolvição’ em que somente um ou outro for intimado e nas situações de ‘condenação’ quando somente o advogado constituído for intimado. Os acórdãos não precisam observar as disposições do art. 392, não se exigindo a intimação do acusado.

Princípio da consubstanciação: no processo penal, o réu se defende em relação aos fatos a ele imputados e não em relação ao direito ou lei aplicável.

Princípio da correlação: estabelece que o fato criminoso atribuído ao réu na acusação deve ser o mesmo tomado em conta pelo juiz na sentença; deve haver correspondência (daí o nome do axioma), portanto, entre as condutas que são consideradas pelo juiz (quando julga) e aquelas que foram expressamente imputadas – essencialmente devem ser as mesmas, em todas as suas elementares e circunstâncias. O processo deve ter identidade (jurídica) de objeto. O fato imputado ao réu na peça acusatória deve guardar harmônica correspondência com o fato reconhecido pelo juiz na sentença, sob pena de violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa. É na tutela desses princípios e para um ‘devido processo legal’ que serve o axioma da correlação. O que é interessa (para a correlação) é o ‘fato processual’ e não o direito aplicável/classificação jurídica.

‘Emendatio libelli’: mudança na definição jurídica, sem a modificação do fato contido na acusação, mesmo que se aplique pena mais grave, nos termos do art. 383 do CPP. O juiz se vale das máximas *jura novit curia* (o juiz conhece o direito) e/ou *narra mihi factum dabo tibi jus* (narra-me o fato e te darei o direito).

Oportunidade - o momento adequado para o juiz aplicar a *emendatio libelli* é quando da sentença, evitando-se prejulgamento e considerando que essa postergação não gera prejuízo para o acusado, que se defende dos fatos imputados e não da classificação jurídica. A correção da adequação típica só é permitida antes, excepcionalmente, para socorrer direitos do réu em temas de ordem pública.

Procedimento – não há necessidade de oitiva das partes ou oportunização de contraditório segundo entendimento majoritário chancelado pelo STJ. Se com a mudança da definição jurídica a

competência mudar, o processo deve ser encaminhado para o juízo competente. Também deve ser viabilizada suspensão condicional do processo, se for o caso (§§ 1º e 2º, art. 383, CPP).

A *emendatio libelli* pode ocorrer nas instâncias superiores, desde que não implique em *reformatio in pejus*.

‘**Mutatio libelli**’: o art. 384 retrata hipótese em que a acusação narra determinada situação fática e atribui uma correspondente classificação jurídica; após a instrução criminal, da análise das provas se percebe que a situação fática é outra, ou, não é bem aquela descrita. Para não violar o princípio da correlação, a acusação tem de ser corrigida/alterada (aditamento), o que, via de consequência, pode implicar na alteração da classificação jurídica.

	PONTO EM COMUM	DIFERENÇA
<i>Emendatio libelli</i>	Classificação jurídica alterada pelo juiz – diferente da constante na acusação	Os fatos descritos correspondem à realidade (ao que as provas demonstraram) – não precisa aditar
<i>Mutatio libelli</i>	Classificação jurídica alterada pelo juiz – diferente da constante na acusação	Os fatos descritos <u>não</u> correspondem à realidade (ao que as provas demonstraram) – precisa aditar

A pergunta para distinguir se é caso de *emendatio* ou *mutatio libelli* é uma só: os fatos (elementos e circunstâncias) estão correta e integralmente descritos na acusação? Se a resposta for positiva – *emendatio* (art. 383, CPP); negativa – *mutatio* (art. 384).

Oportunidade – a *mutatio libelli* deve ocorrer após o encerramento da instrução e não é permitida em grau recursal, para evitar supressão de instância. Súmula 453 do STF: não se aplicam à segunda instância o art. 384 e parágrafo único do Código de Processo Penal, que possibilitam dar nova definição jurídica ao fato delituoso, em virtude de circunstância elementar não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou queixa.

Fato novo x fato diverso - é para o fato diverso que se reserva a *mutatio libelli*, já que o art. 384 do CPP fala em elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação. A matéria reservada à *mutatio*, quando associada à infração penal, diz respeito a elementares ou circunstâncias que, embora não contidas na acusação, comporiam um novo tipo penal, normalmente mais amplo (na descrição) que aquele narrado na acusação. É preciso, então, que o novo elemento (ou circunstância) se agregue aos elementos básicos e essenciais narrados na peça acusatória; caso contrário, o caminho é nova denúncia e novo processo.

Procedimento - CPP. Art. 384. [...] o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, [...] reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.

§ 1º Não procedendo o órgão do Ministério Público ao aditamento, aplica-se o art. 28 deste Código.

§ 2º Ouvido o defensor do acusado no prazo de 5 (cinco) dias e admitido o aditamento, o juiz, a requerimento de qualquer das partes, designará dia e hora para continuação da audiência, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado, realização de debates e julgamento.

§ 3º Aplicam-se as disposições dos §§ 1o e 2o do art. 383 ao caput deste artigo.

§ 4º Havendo aditamento, cada parte poderá arrolar até 3 (três) testemunhas, no prazo de 5 (cinco) dias, ficando o juiz, na sentença, adstrito aos termos do aditamento.

§ 5º Não recebido o aditamento, o processo prosseguirá.

Há divergência na doutrina sobre o cabimento de *mutatio libelli* nas ações penais exclusivamente

'Emendatio'

- Art. 383 do CPP (respeito à correlação)
- O fato (elementos/circunstâncias) está descrito na acusação
- Não depende de aditamento
- Definição jurídica alterada pelo juiz
- Pode acontecer em qualquer grau de jurisdição
- Pode viabilizar suspensão condicional do processo e alteração da competência

'Mutatio'

- Art. 384 do CPP (respeito à correlação)
- O fato (elemento/circunstância) não está descrito na acusação
- Depende de aditamento
- Definição jurídica alterada pelo juiz, mas como consequência da alteração fática
- Não pode acontecer em grau recursal (Súm. 453/STF)
- Pode viabilizar suspensão condicional do processo e alteração da competência

privadas; de qualquer modo, em se admitindo deve-se observar o prazo decadencial.

Coisa julgada: não é um efeito, mas sim a qualidade ou a autoridade da sentença que traduz a sua imutabilidade.

Coisa julgada formal – é a imutabilidade da sentença dentro do próprio processo, com a preclusão das vias impugnativas;

Coisa julgada material – é a imutabilidade dos efeitos da sentença que a torna indiscutível em qualquer processo.

Limites objetivos da coisa julgada – o que faz coisa julgada no processo penal são os fatos; melhor dizendo, o fato natural (em toda a sua integralidade), a realidade histórica, pouco importando a definição jurídica ou o acerto/desacerto da acusação.

Limites subjetivos da coisa julgada – princípio da intranscendência (a pena não passará da pessoa do condenado).

LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL E EXECUÇÃO PENAL

CRIMES HEDIONDOS

Sistemas: Há três sistemas para a conceituação do crime hediondo: a) **Legal** – são considerados como hediondos os delitos catalogados pelo legislador em rol taxativo; b) **Judicial** – compete ao magistrado, diante de um caso concreto, analisar a gravidade da conduta delituosa e deliberar pela hediondez do crime; c) **Misto** – o legislador apresenta um rol exemplificativo de crimes hediondos, podendo o magistrado, ao analisar as peculiaridades do caso concreto, apontar outros delitos como hediondos. O Brasil adotou o sistema legal, em consonância com o previsto no art. 5º, inciso XLIII, da CF: “A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evita-los, se omitirem”. Os crimes hediondos foram enumerados na Lei nº 8072/90.

Crimes equiparados a hediondos - Tortura, Terrorismo e Tráfico ilícito de entorpecentes e drogas. Os delitos assemelhados ao hediondo são expressamente descritos na Constituição Federal, sofrendo os rigores penais e processuais da Lei dos Crimes Hediondos. Segundo entendimento do STF, tráfico privilegiado (art. 33, §4º, da Lei 11343/06) não é equiparado a hediondo.

Rol dos crimes hediondos - O rol dos crimes hediondos é taxativo (*numerus clausus*) e previsto no art. 1º da Lei nº 8072/90. Nos incisos do art. 1º da Lei 8072/90 estão os crimes hediondos descritos e no parágrafo único do referido dispositivo legal concentram-se os crimes hediondos previstos fora do Código Penal. Eis os crimes hediondos: I – homicídio, quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado; I-A – lesão corporal dolosa de natureza gravíssima (art. 129, § 2º) e lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º), quando praticadas contra autoridade ou agente descrito nos [arts. 142 e 144 da Constituição Federal](#), integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição; II – latrocínio; III – extorsão qualificada pela morte; IV – extorsão mediante sequestro e na forma qualificada; V – estupro; VI – estupro de vulnerável, VII – epidemia com resultado morte, VII-B – falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais; parágrafo único - genocídio previsto nos [arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956](#), e o de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, previsto no [art. 16 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003](#), todos tentados ou consumados.

Os crimes hediondos - são insuscetíveis de anistia, graça e indulto e fiança (art. 2º, incisos I e II, da Lei nº 8072/90). Todavia, o magistrado diante do caso concreto pode conceder liberdade provisória sem fiança.

Regime inicial de cumprimento da pena - A redação originária do art. 2º, §1º, da Lei nº 8072/90 estabelecia que o cumprimento de pena ocorreria em regime integralmente fechado, porém esse dispositivo legal foi declarado inconstitucional pelo STF (HC 82.959/SP) por violar o princípio da

individualização da pena. Em seguida, a Lei 11.464/07 determinou que a pena, no caso de crime hediondo, seria cumprida em regime *inicialmente* fechado. Ocorre que essa norma também foi declarada inconstitucional pelo STF por violar o princípio da individualização da pena ([HC 111840](#)). Atualmente é possível iniciar o cumprimento da pena pela prática de um crime hediondo ou equiparado em regime diverso do fechado, se preenchidos os requisitos do art. 33 do CP.

Progressão de regime - A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5, se reincidente.

Prisão temporária - A prisão temporária nos crimes hediondos e equiparados terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

Estabelecimentos penais de segurança máxima - Compete à União Federal criar e manter os estabelecimentos prisionais de segurança máxima destinados aos presos de alta periculosidade, cuja permanência em presídios estaduais ponha em risco a ordem ou a incolumidade pública.

Delação eficaz - Se o crime de extorsão mediante sequestro é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado terá sua pena reduzida de uma a dois terços. É uma causa de diminuição de pena

Traição benéfica - Também é uma causa de diminuição de pena, cabível quando o partícipe ou seu associado denunciar à autoridade a associação criminosa qualificada (aquela constituída para cometer os crimes de que trata a Lei nº 8072/90), possibilitando, obrigatoriamente, o seu desmantelamento.

SÚMULAS:

- **Súmula 192 do Superior Tribunal de Justiça:** Compete ao Juízo das Execuções Penais do Estado a execução das penas impostas a sentenciados pela Justiça Federal, Militar ou Eleitoral, quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos à administração estadual.
- **Súmula 439 do Superior Tribunal de Justiça:** Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada.
- **Súmula 471 do Superior Tribunal de Justiça:** Os condenados por crimes hediondos ou assemelhados cometidos antes da vigência da Lei 11464/2007 sujeitam-se ao disposto no art. 112 da Lei 7210/1984 (Lei de Execução Penal)²⁹ para a progressão de regime prisional.
- **Súmula 491 do Superior Tribunal de Justiça:** É inadmissível a progressão per saltum de regime prisional.
- **Súmula 697 do Supremo Tribunal Federal:** A proibição de liberdade provisória nos processos por crimes hediondos não veda o relaxamento da prisão processual por excesso de prazo.

²⁹ Art. 112, *caput*, da Lei de Execução Penal: A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinado pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

- **Súmula 698 do Supremo Tribunal Federal:** Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura.
- **Súmula 711 do Supremo Tribunal Federal:** A lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a vigência é anterior à cessão da continuidade ou da permanência.
- **Súmula 715 do Supremo Tribunal Federal:** A pena unificada para atender ao limite de 30 (trinta) anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do Código Penal, não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou regime mais favorável de execução.
- **Súmula 718 do Supremo Tribunal Federal:** A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.
- **Súmula 719 do Supremo Tribunal Federal:** A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.
- **Súmula vinculante 26** → Para efeito de progressão de regime de cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

ATRIBUIÇÕES DA POLÍCIA FEDERAL

Polícia Federal: A Polícia Federal assume o papel das investigações criminosas de forma a reunir os elementos necessários para que o Ministério Público Federal ofereça a ação penal, mas também é encarregada de atividades voltadas à prevenção do crime. Assim, podemos concluir que a Polícia Federal tem natureza híbrida, porquanto exerce função de polícia judiciária e administrativa ante o rol extensivo de tarefas estipuladas no art. 144 da Constituição Federal.

Em regra, os crimes de competência da Justiça Estadual são investigados pela Polícia Civil. Contudo, em razão de previsão constitucional, em crimes de competência da Justiça Estadual é possível a atuação da Polícia Federal. É o caso de apuração de infrações penais, cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser a lei (art. 144, §1º, I, da Constituição Federal). A Lei nº 10.446/2002 dispõe sobre infrações penais de repercussão interestadual ou internacional.

Rol do art. 1º da Lei 10446/02: O rol de crimes descritos no art. 1º da Lei 10446/02 é exemplificativo. Assim, é possível o Ministro da Justiça autorizar a apuração de outras infrações penais, desde que dotadas de repercussão interestadual ou internacional, exigindo repressão uniforme em todo o país.

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL

Previsão constitucional: O artigo 98, I, da Constituição Federal autorizou a criação dos Juizados especiais criminais, providos por juízes togados e leigos, que serão competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau. A lei 9099/95 restou encarregada de instituir o Juizado Especial criminal no âmbito estadual, enquanto na esfera federal essa missão coube à lei 10259/01. Os dois principais objetivos do JECRIM, *sempre que possível*, são a reparação dos danos causados à vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.

Crítérios norteadores do JECRIM - Oralidade, informalidade, simplicidade, economia processual e celeridade.

Crime de menor potencial ofensivo - São todas as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa, previsto ou não em procedimento especial. A lei 9099/95 não tem aplicação aos processos da Justiça Militar.

Competência do JECRIM - A competência do Juizado será determinada pelo lugar em que foi praticada a infração penal.

Citação no JECRIM - A citação será pessoal e será feita no próprio Juízo, sempre que possível, ou por mandado. Não encontrado o acusado para ser citado, o Juiz encaminhará as peças existentes ao Juízo comum para adoção do rito sumário (art. 538 do CPP).

Fase preliminar - A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança.

Composição dos danos civis - A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.

Transação penal - Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade. Não se admitirá a proposta se ficar comprovado: I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo; III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida. Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz. Acolhendo a proposta do Ministério

Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos. Da sentença que homologa a transação penal caberá a apelação. A transação penal não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para análise de outra transação penal, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.

Rito sumaríssimo - Na ação penal de iniciativa pública, quando não houver aplicação de pena, pela ausência do autor do fato, ou pela não ocorrência da transação penal, o Ministério Público oferecerá ao Juiz, de imediato, denúncia oral, se não houver necessidade de diligências imprescindíveis. Para o oferecimento da denúncia, que será elaborada com base no termo circunstanciado de ocorrência, com dispensa do inquérito policial, prescindir-se-á do exame do corpo de delito quando a materialidade do crime estiver aferida por boletim médico ou prova equivalente. Se a complexidade ou circunstâncias do caso não permitirem a formulação da denúncia, o Ministério Público poderá requerer ao Juiz o encaminhamento das peças existentes ao Juízo Comum, que adotará o rito sumário (art. 538 do CPP). Já na ação penal de iniciativa do ofendido poderá ser oferecida queixa oral.

Audiência no rito sumaríssimo - Aberta a audiência, será dada a palavra ao defensor para responder à acusação, após o que o Juiz receberá, ou não, a denúncia ou queixa; havendo recebimento, serão ouvidas a vítima e as testemunhas de acusação e defesa, interrogando-se a seguir o acusado, se presente, passando-se imediatamente aos debates orais e à prolação da sentença. Todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento, podendo o Juiz limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias. De todo o ocorrido na audiência será lavrado termo, assinado pelo Juiz e pelas partes, contendo breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência e a sentença. A sentença, dispensado o relatório, mencionará os elementos de convicção do Juiz.

Apelação no JECRIM - Da decisão de rejeição da denúncia ou queixa e da sentença caberá apelação, que poderá ser julgada por turma composta de três Juízes em exercício no primeiro grau de jurisdição, reunidos na sede do Juizado. A apelação será interposta no prazo de dez dias, contados da ciência da sentença pelo Ministério Público, pelo réu e seu defensor, por petição escrita, da qual constarão as razões e o pedido do recorrente. O recorrido será intimado para oferecer resposta escrita no prazo de dez dias. As partes poderão requerer a transcrição da gravação da fita magnética. As partes serão intimadas da data da sessão de julgamento pela imprensa. Se a sentença for confirmada pelos próprios fundamentos, a súmula do julgamento servirá de acórdão.

Embargos de declaração no JECRIM - Cabem embargos de declaração quando, em sentença ou acórdão, houver obscuridade, contradição ou omissão. Os embargos de declaração serão opostos por escrito ou oralmente, no prazo de cinco dias, contados da ciência da decisão. Os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de recurso. Os erros materiais podem ser corrigidos de ofício.

Suspensão condicional do processo - Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos

que autorizariam a suspensão condicional da pena. Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições: I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; II - proibição de freqüentar determinados lugares; III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz; IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades. O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado. A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano (causas de revogação obrigatória do sursis processual). A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta (causas de revogação facultativa do sursis processual). Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade. Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo. Se o acusado não aceitar a proposta do sursis processual, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos.

SÚMULAS:

- **Súmula 203 do Superior Tribunal de Justiça:** Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo dos Juizados Especiais.
- **Súmula 243 do Superior Tribunal de Justiça:** O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano.
- **Súmula 337 do Superior Tribunal de Justiça:** É cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva.
- **Súmula 376 do Superior Tribunal de Justiça:** Compete à turma recursal processar e julgar o mandado de segurança contra ato de juizado especial.
- **Súmula 428 do Superior Tribunal de Justiça:** Compete ao Tribunal Regional Federal decidir os conflitos de competência entre juizado especial federal e juízo federal da mesma seção judiciária.
- **Súmula 536 do Superior Tribunal de Justiça:** A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha.
- **Súmula 640 do Supremo Tribunal Federal:** É cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de juizado especial cível e criminal.
- **Súmula 693 do Supremo Tribunal Federal:** Não cabe habeas corpus contra decisão condenatória a pena de multa, ou relativo a processo em curso por infração penal a que a pena pecuniária seja a única cominada.

- **Súmula 696 do Supremo Tribunal Federal:** Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o Juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal.
- **Súmula 723 do Supremo Tribunal Federal:** Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento de um sexto for superior a um ano.
- **Súmula vinculante 35** → A homologação da transação penal prevista no art. 76 da Lei 9099/95 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial.

ESTATUTO DO DESARMAMENTO

SINARM: É um órgão instituído no Ministério da Justiça, no âmbito da Polícia Federal, com circunscrição em todo o território nacional (art. 1º da Lei 10286/03), que tem por finalidade manter cadastro geral, integrado e permanente das armas de fogo importadas, produzidas e vendidas no país, de competência do SINARM, e o controle do registro dessas armas. Competências do SINARM: I – identificar as características e a propriedade de armas de fogo, mediante registro; II – cadastrar as armas de fogo produzidas, importadas e vendidas no País; III – cadastrar as autorizações de porte de arma de fogo e as renovações expedidas pela Polícia Federal; IV – cadastrar as transferências de propriedade, extravio, furto, roubo e outras ocorrências suscetíveis de alterar os dados cadastrais, inclusive as decorrentes de fechamento de empresas de segurança privada e de transporte de valores; V – identificar as modificações que alterem as características ou o funcionamento de arma de fogo; VI – integrar no cadastro os acervos policiais já existentes; VII – cadastrar as apreensões de armas de fogo, inclusive as vinculadas a procedimentos policiais e judiciais; VIII – cadastrar os armeiros em atividade no País, bem como conceder licença para exercer a atividade; IX – cadastrar mediante registro os produtores, atacadistas, varejistas, exportadores e importadores autorizados de armas de fogo, acessórios e munições; X – cadastrar a identificação do cano da arma, as características das impressões de raiamento e de microestriamento de projétil disparado, conforme marcação e testes obrigatoriamente realizados pelo fabricante; XI – informar às Secretarias de Segurança Pública dos Estados e do Distrito Federal os registros e autorizações de porte de armas de fogo nos respectivos territórios, bem como manter o cadastro atualizado para consulta.

SIGMA: É o Sistema de Gerenciamento Militar de Armas, órgão instituído no Ministério da Defesa, no âmbito do Exército, com circunscrição em todo o território nacional, encarregado de manter cadastro geral, permanente e integrado das armas de fogo importadas, produzidas e vendidas no país, de competência do SIGMA, e das armas de fogo que constem dos registros próprios. As armas de fogo das Forças Armadas e Auxiliares (Polícias Militares).

Os delitos de arma de fogo descritos no Estatuto do Desarmamento são exemplos de normas penais em branco heterogênea, eis que o preceito primário da norma penal é complementado por um ato administrativo (fonte diversa da lei em sentido formal).

Armas de brinquedo: São vedadas a fabricação, a venda, a comercialização e a importação de brinquedos, réplicas e simulacros de armas de fogo, que com estas se possam confundir. Excetuam-se da proibição as réplicas e os simulacros destinados à instrução, ao adestramento, ou à coleção de usuário autorizado, nas condições fixadas pelo Comando do Exército.

Requisitos para a aquisição de arma de fogo: a) declarar efetividade necessidade; b) ter, no mínimo, vinte e cinco anos; c) comprovar idoneidade e inexistência de inquérito policial ou processo criminal; d) comprovar ocupação lícita e residência certa; e) comprovar, em seu pedido de aquisição e em cada renovação do Certificado de Registro de Arma de Fogo, a capacidade técnica para o manuseio de arma de fogo; f) comprovar aptidão psicológica para o manuseio de arma de fogo. Cumpridos os requisitos citados, o SINARM expedirá autorização para a aquisição das armas.

Posse irregular de arma de fogo: Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa. Pena: detenção de 1 a 3 anos. Admite a suspensão condicional do processo.

Diferença entre posse e porte de arma: A posse pressupõe que a arma esteja no interior da residência ou no local de trabalho, ao passo que no porte a arma deve estar fora do local de trabalho ou da residência do sujeito ativo.

Omissão de cautela: Deixar de observar as cautelas necessárias para impedir que o menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa portadora de deficiência mental se apodere de arma de fogo que esteja sob sua posse ou que seja de sua propriedade. Pena: detenção de 1 a 2 anos, e multa. É crime culposo. Não admite tentativa. Cuida-se de crime de menor potencial ofensivo.

Omissão de comunicação de perda ou subtração de arma de fogo: Deixar de observar as cautelas necessárias para impedir que menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa portadora de deficiência mental se apodere de arma de fogo que esteja sob sua posse ou que seja de sua propriedade. É crime culposo. Não admite tentativa. Cuida-se de crime de menor potencial ofensivo.

Porte de arma de uso permitido: Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Pena: reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Disparo de arma de fogo – Disparar arma de fogo ou acionar munição em lugar habitado ou em suas adjacências em via pública ou em direção a ela, desde que essa conduta não tenha como finalidade a prática de outro crime. Pena: reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito – Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido

ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. Nas mesmas penas incorre quem: I – suprimir ou alterar marca, numeração ou qualquer sinal de identificação de arma de fogo ou artefato; II – modificar as características de arma de fogo, de forma a torná-la equivalente a arma de fogo de uso proibido ou restrito ou para fins de dificultar ou de qualquer modo induzir a erro autoridade policial, perito ou juiz; III – possuir, detiver, fabricar ou empregar artefato explosivo ou incendiário, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar; IV – portar, possuir, adquirir, transportar ou fornecer arma de fogo com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado; V – vender, entregar ou fornecer, ainda que gratuitamente, arma de fogo, acessório, munição ou explosivo a criança ou adolescente; e VI – produzir, recarregar ou reciclar, sem autorização legal, ou adulterar, de qualquer forma, munição ou explosivo.

Comércio ilegal de arma de fogo - Adquirir, alugar, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, adulterar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Tráfico internacional de arma de fogo - Importar, exportar, favorecer a entrada ou saída do território nacional, a qualquer título, de arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização da autoridade competente.

SÚMULA:

- **Súmula 513 do Superior Tribunal de Justiça:** A abolitio criminis temporária prevista na Lei n. 10.826/2003 aplica-se ao crime de posse de arma de fogo de uso permitido com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado, praticado somente até 23/10/2005.

TORTURA

Previsão constitucional: Dois artigos cuidam da Tortura na Constituição Federal: a) art. 5º, III, da CF: ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante. b) Art. 5º, XLIII, da CF: a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

Lei 9455/97: Essa lei destoa dos Tratados internacionais em 2 aspectos: 1) A Lei nº 9455/97 não exige a condição de autoridade do sujeito ativo. Vale dizer, a legislação brasileira amplia o sujeito ativo do delito em relação ao preconizado na Convenção. No Brasil, o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, ao passo que, segundo a Convenção, somente o funcionário público ou outra pessoa no exercício de função pública; 2) O delito de tortura no Brasil é crime prescritível. As hipóteses de

crimes imprescritíveis estão no rol taxativo da Constituição Federal (art. 5º, XLII³⁰ e XLIV³¹), não tendo sido a tortura nele contemplado.

Tortura prova: Constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa (art. 1º, I, “a”, da Lei 9455/97);

Tortura crime: Constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental para provocar ação ou omissão de natureza criminoso (art. 1º, I, “b”, da Lei 9455/97);

Tortura Discriminatória: Constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental em razão de discriminação racial ou religiosa (art. 1º, I, “c”, da Lei 9455/97).

Tortura castigo: Submeter alguém, sob guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo (art. 1º, II, da Lei 9455/97).

Tortura do preso ou de pessoa sujeita a medida de segurança: Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal (art. 1º, §1, da Lei 9455/97).

Tortura omissão: Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos. É o único delito da Lei 9455/97 que não é equiparado aos crimes hediondos. É aplicável a suspensão condicional do processo.

Formas qualificadas: Se resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, a pena é de reclusão de 4 anos a 10 anos; se resulta morte, a reclusão é de 8 a 16 anos.

Causas de aumento de pena: Aumenta-se a pena de 1/6 até 1/3: a) se o crime é cometido por agente público; b) se o crime é cometido contra criança, gestante, portador de deficiência, adolescente ou maior de 60 anos; c) se o crime é cometido mediante sequestro.

Efeitos da condenação: A condenação acarretará a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada. Esses efeitos da condenação são automáticos, ou seja, não necessitam constar da sentença penal condenatória.

O crime de tortura é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia.

Regime de cumprimento da pena: Ao julgar o HC de nº 111840 em 27/06/2012, o Supremo Tribunal Federal declarou como inconstitucional a obrigatoriedade do regime inicial fechado do art. 2º, §1º, da Lei dos Crimes Hediondos para penas não superiores a 8 anos, por malferir o princípio da

³⁰ Art. 5º, XLII, da CF: a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

³¹ Art. 5º, XLIV, da CF: constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

individualização da pena. Logo, o regime inicial fechado para os crimes hediondos, tráfico de drogas, terrorismo ou tortura somente ocorrerá se o condenado for reincidente ou se as circunstâncias do caso concreto recomendarem o regime mais gravoso, mediante fundamentada decisão judicial. Em outras palavras, o regime inicial para esses crimes acima pode ser o semiaberto e o aberto.

Exceção ao princípio da territorialidade previsto no art. 5º do Código Penal: A lei 9455/97 aplica-se ainda quando o crime não tenha sido cometido em território nacional, sendo a vítima brasileira ou encontrando-se o agente em local sob jurisdição brasileira.

Revogação do art. 233 do ECA: O art. 4º da Lei 9455/97 revogou expressamente o art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

GENOCÍDIO

Lei de Genocídio: No ordenamento jurídico a prática do genocídio foi tratada na Lei nº 2889/56. O art. 1º, parágrafo único, da Lei 8072/90 elenca como hediondo o crime de genocídio descrito nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei 2889/56. Todos os tipos penais da Lei 2889/56 são normas penais em branco às avessas (ao revés ou invertida), isto é, o tipo penal descreve, de forma completa, o preceito primário (a descrição da conduta criminosa), porém não apresenta o seu preceito secundário (a sanção penal). Assim, o próprio dispositivo legal remete a outro artigo quando se refere ao preceito secundário.

Genocídio propriamente dito: O art. 1º da Lei 2889/56 tipifica a conduta de quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal: a) matar membros do grupo; b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo; c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial; d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo; e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo;

Associação para a prática de genocídio: Associarem-se mais de 3 (três) pessoas para prática do crime de genocídio (art. 1º da Lei 2889/56).

Incitação para a prática de genocídio: Incitar, direta e publicamente alguém a cometer qualquer dos crimes de que trata o art. 1º da Lei 2889/56.

Causa de aumento de pena: A pena será aumentada em 1/3, no caso dos arts. 1º, 2º e 3 da Lei 2889/56, quando o crime for cometido por governante ou funcionário público.

Tentativa: A lei nº 2889/56 estabeleceu punição diversa da descrita no Código Penal (art. 14, parágrafo único) para os crimes tentados. Assim, os crimes tentados da Lei nº 2889/56 terá a incidência da fração fixa de 2/3 (dois terços).

Extradição e Genocídio: Os crimes estampados na Lei nº 2889/56 não serão considerados crimes políticos para efeitos de extradição.

SÚMULAS:

- **Súmula 718 do Supremo Tribunal Federal:** A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.
- **Súmula 719 do Supremo Tribunal Federal:** A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

TÓXICO

Lei 11343/06: Essa lei é marcada por normas penais em branco heterogêneas (em sentido estrito ou heterólogas), porquanto o complemento da definição criminosa (preceito primário da norma penal incriminadora) advém de um ato normativo confeccionado pelo Poder Executivo Federal (Portaria de nº 344/98 da ANVISA). Reparem que o complemento da norma penal em branco heterogênea é realizado por fonte diversa daquela que a editou (Congresso Nacional).

Porte de droga: Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Houve o fenômeno da despenalização (deixou de ter como sanção a pena privativa de liberdade)

Cultivo para consumo próprio: Quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica. Penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Critérios legais para distinguir o usuário de drogas e o traficante: Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente;

Tráfico de drogas: Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Tráfico de matéria-prima, insumos ou produtos químicos destinados à preparação de drogas: importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas. Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Cultivo de plantas para o tráfico de drogas: semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas. Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Utilização de local para fins de tráfico: Utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas. Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Induzimento, instigação ou auxílio ao uso de droga: Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga. Pena – detenção, de 1 a 3 anos, e multa de 100 a 300 dias-multa.

Cessão gratuita e eventual de drogas para consumo compartilhado: Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem. Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

Tráfico privilegiado de drogas: Estamos diante de uma causa de diminuição de pena. Para fazer jus a essa redução de pena, o agente deve preencher 4 requisitos cumulativos: a) primário; b) bons antecedentes; c) não se dedicar à atividade criminosa; d) não integrar organização criminosa. O STF já declarou que esse delito não é equiparado a hediondo;

Tráfico de maquinário para fabricação de drogas: Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) a 2.000 (dois mil) dias-multa

Associação para fins de tráfico: Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1o, e 34 desta Lei. Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa. Nas mesmas penas do caput deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei. O art. 35 da Lei de Drogas não é um crime equiparado a hediondo.

Financiamento ou custeio ao tráfico de drogas: Financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1o, e 34 da Lei de Drogas. Pena - reclusão, de 8 (oito) a 20 (vinte) anos, e pagamento de 1.500 (mil e quinhentos) a 4.000 (quatro mil) dias-multa.

Informante colaborador: Colaborar, como informante, com grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1o, e 34 da Lei de Drogas. Pena – reclusão, de 2 a 6 anos, e pagamento de 300 a 700 dias-multa.

Prescrição ou ministração culposa de drogas: Prescrever ou ministrar, culposamente, drogas, sem que delas necessite o paciente, ou fazê-lo em doses excessivas ou em desacordo com determinação

legal ou regulamentar. Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) dias-multa. O juiz comunicará a condenação ao Conselho Federal da categoria profissional a que pertença o agente.

Condução de embarcação ou aeronave sob a influência de drogas: Conduzir embarcação ou aeronave após o consumo de drogas, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem. Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, além da apreensão do veículo, cassação da habilitação respectiva ou proibição de obtê-la, pelo mesmo prazo da pena privativa de liberdade aplicada, e pagamento de 200 (duzentos) a 400 (quatrocentos) dias-multa. As penas de prisão e multa, aplicadas cumulativamente com as demais, serão de 4 (quatro) a 6 (seis) anos e de 400 (quatrocentos) a 600 (seiscentos) dias-multa, se o veículo referido no caput deste artigo for de transporte coletivo de passageiros.

Causas de aumento aplicáveis aos delitos dos arts. 33 a 37 da Lei de Drogas: I - a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito; II - o agente praticar o crime prevalecendo-se de função pública ou no desempenho de missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância; III - a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos; IV - o crime tiver sido praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva; V - caracterizado o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal; VI - sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação; VII - o agente financiar ou custear a prática do crime.

Colaboração premiada: O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.

Circunstâncias preponderantes na Lei de Drogas: O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

SÚMULAS:

- **Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal:** Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.
- **Súmula 522 do Supremo Tribunal Federal:** Salvo ocorrência de tráfico para o exterior, quando, então, a competência será da Justiça Federal, compete à Justiça dos Estados o processo e o julgamento dos crimes relativos a entorpecentes.

- **Súmula 693 do Supremo Tribunal Federal:** Não cabe habeas corpus contra decisão condenatória a pena de multa, ou relativa a processo em curso por infração penal a que a pena pecuniária seja a única cominada.
- **Súmula 697 do Supremo Tribunal Federal:** A proibição de liberdade provisória nos processos por crimes hediondos não veda o relaxamento da prisão processual por excesso de prazo.
- **Súmula 718 do Supremo Tribunal Federal:** A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.
- **Súmula 719 do Supremo Tribunal Federal:** A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.
- **Súmula 337 do Superior Tribunal de Justiça:** É cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva.
- **Súmula 471 do Superior Tribunal de Justiça:** Os condenados por crimes hediondos ou assemelhados cometidos antes da vigência da Lei 11464/2007 sujeitam-se ao disposto no art. 112 da Lei 7210/1984 (Lei de Execução Penal)³² para a progressão de regime prisional.
- **Súmula 501 do Superior Tribunal de Justiça:** É cabível a aplicação retroativa da Lei nº 11343/2006, desde que o resultado da incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do que o advindo da aplicação da Lei nº 6368/1976, sendo vedada a combinação de leis.
- **Súmula 521 do Superior Tribunal de Justiça:** A legitimidade para a execução fiscal de multa pendente de pagamento imposta em sentença condenatória é exclusiva da Procuradoria da Fazenda Pública.
- **Súmula 587 do Superior Tribunal de Justiça:** Para a incidência da majorante prevista no art. 40, V, da Lei nº 11.343/2006, é desnecessária a efetiva transposição de fronteiras entre Estados da Federação, sendo suficiente a demonstração inequívoca da intenção de realizar o tráfico interestadual.
- **Súmula 607 do Superior Tribunal de Justiça:** A majorante do tráfico transnacional de drogas (art. 40, I, da Lei nº 11343/2006) configura-se com a prova da destinação internacional de drogas, ainda que não consumada a transposição de fronteiras.
- **Súmula vinculante 26:** Para efeito de progressão de regime no cumprimento da pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche,

³² Art. 112, *caput*, da Lei de Execução Penal: A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinado pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

CRIMES AMBIENTAIS

Meio ambiente: A proteção penal e extrapenal do meio ambiente encontra respaldo no art. 225 da Constituição Federal. A lei nº 9605/98 ingressou no ordenamento jurídico para regulamentar a referida norma constitucional e estabelecer normas de cunho civil, administrativo e penal. Em regra, os crimes ambientais serão processados e julgados na Justiça Estadual, salvo quando ficar evidenciada alguma situação do art. 109 da Constituição Federal, panorama fático que transfere a prestação jurisdicional para a Justiça Federal.

Pessoa jurídica pode responder por crimes ambientais: As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato. O o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que não é necessária a dupla imputação ou coautoria necessária (obrigatória responsabilização simultânea das pessoas físicas e das pessoas jurídicas), porquanto a Constituição Federal em seu artigo 225, §3º não faz essa exigência. Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente. As penas aplicáveis isolada, cumulativa ou alternativamente às pessoas jurídicas são: a) multa; b) restritivas de direitos; c) prestação de serviços à comunidade.

Penas restritivas de direitos: As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade quando: I - tratar-se de crime culposo ou for aplicada a pena privativa de liberdade inferior a quatro anos; II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias do crime indicarem que a substituição seja suficiente para efeitos de reprovação e prevenção do crime. As penas restritivas de direitos terão a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída. São as seguintes penas restritivas de direitos aplicáveis às pessoas físicas: a) prestação de serviços à comunidade; b) interdição temporária de direitos; c) suspensão parcial ou total de atividades; d) prestação pecuniária; e) recolhimento domiciliar. Penas restritivas de direitos aplicáveis às pessoas jurídicas são: a) suspensão total ou parcial de atividades; b) interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade, c) proibição de contratar com o Poder Público, bem como de obter subsídios, subvenções ou doações.

Circunstâncias atenuantes descritas na Lei nº 9605/98: a) baixo grau de instrução ou escolaridade do agente; b) arrependimento do infrator, manifestado pela espontânea reparação do dano, ou limitação significativa da degradação ambiental causada; c) comunicação prévia pelo agente do perigo iminente de degradação ambiental; d) colaboração com os agentes encarregados da vigilância e do controle ambiental.

Circunstâncias agravantes descritas na Lei nº 9605/98: I - reincidência nos crimes de natureza ambiental; II - ter o agente cometido a infração: a) para obter vantagem pecuniária; b) coagindo outrem para a execução material da infração; c) afetando ou expondo a perigo, de maneira grave, a saúde pública ou o meio ambiente; d) concorrendo para danos à propriedade alheia; e) atingindo áreas de unidades de conservação ou áreas sujeitas, por ato do Poder Público, a regime especial de uso; f) atingindo áreas urbanas ou quaisquer assentamentos humanos; g) em período de defeso à fauna; h) em domingos ou feriados; i) à noite; j) em épocas de seca ou inundações; l) no interior do espaço territorial especialmente protegido; m) com o emprego de métodos cruéis para abate ou captura de animais; n) mediante fraude ou abuso de confiança; o) mediante abuso do direito de licença, permissão ou autorização ambiental; p) no interesse de pessoa jurídica mantida, total ou parcialmente, por verbas públicas ou beneficiada por incentivos fiscais; q) atingindo espécies ameaçadas, listadas em relatórios oficiais das autoridades competentes; r) facilitada por funcionário público no exercício de suas funções.

Sursis na Lei nº 9605/98: Nos crimes ambientais previstos na Lei nº 9605/98, a suspensão condicional da pena pode ser aplicada nos casos de condenação a pena privativa de liberdade não superior a três anos. A verificação da reparação do dano será feita mediante laudo de reparação do dano ambiental, e as condições a serem impostas pelo juiz deverão relacionar-se com a proteção ao meio ambiente.

Ação penal: A ação penal será pública incondicionada.

Transação penal nos crimes ambientais: A proposta de transação penal somente poderá ser formulada desde que tenha havido a prévia composição do dano ambiental, de que trata o art. 74 da mesma lei, salvo em caso de comprovada impossibilidade.

Sursis processual nos crimes ambientais: As disposições do [art. 89 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995](#), aplicam-se aos crimes de menor potencial ofensivo definidos na Lei nº 9605/98, com as seguintes modificações: I - a declaração de extinção de punibilidade, de que trata o § 5º do artigo referido no *caput*, dependerá de laudo de constatação de reparação do dano ambiental, ressalvada a impossibilidade prevista no inciso I do § 1º do mesmo artigo; II - na hipótese de o laudo de constatação comprovar não ter sido completa a reparação, o prazo de suspensão do processo será prorrogado, até o período máximo previsto no artigo referido no *caput*, acrescido de mais um ano, com suspensão do prazo da prescrição; III - no período de prorrogação, não se aplicarão as condições dos incisos II, III e IV do § 1º do artigo mencionado no *caput*; IV - findo o prazo de prorrogação, proceder-se-á à lavratura de novo laudo de constatação de reparação do dano ambiental, podendo, conforme seu resultado, ser novamente prorrogado o período de suspensão, até o máximo previsto no inciso II deste artigo, observado o disposto no inciso III; V - esgotado o prazo máximo de prorrogação, a declaração de extinção de punibilidade dependerá de laudo de constatação que comprove ter o acusado tomado as providências necessárias à reparação integral do dano.

Os crimes ambientais descritos na Lei nº 9605/98 dividem-se em: a) crimes contra a fauna; b) crimes contra a flora; c) poluição e outros crimes ambientais; d) crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural; e) crimes contra a Administração Ambiental.

EXECUÇÃO PENAL

Natureza jurídica da execução penal: De acordo com a doutrina majoritária firmou, o processo de execução penal tem **caráter predominantemente jurisdicional e, secundariamente, administrativo**. Então, para executar a pretensão punitiva estatal são realizadas atividades tanto no campo jurisdicional como no administrativo. O **pressuposto** para a execução penal é a **existência do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória** ou uma **sentença absolutória imprópria, que impõe medida de segurança, ou, ainda, de uma sentença que homologa a transação penal** (art. 76 da Lei nº 9.099/95).

Execução Penal provisória: o Supremo Tribunal Federal nos autos do HC 126292 alterou seu **posicionamento** para admitir que a execução penal provisória pode iniciar-se logo após a confirmação da sentença em segundo grau, não existindo, no ponto, qualquer ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência.

A **Lei de Execução Penal tem incidência** aos **condenados pelas Justiças Especializadas (Militar e Eleitoral)** quando eles forem recolhidos em estabelecimentos prisionais estaduais.

Comissão Técnica de Classificação – Essa Comissão elaborará um programa para orientar o cumprimento da pena. É uma **Comissão multidisciplinar** que será presidida pelo diretor e, composta, no mínimo, por 2 (dois) chefes de serviço, 1(um) psiquiatra, 1 (um) psicólogo e 1 (um) assistente social, **quando se tratar de condenado à pena privativa de liberdade** (art. 7º, *caput*, da LEP). Reparem que os integrantes dessa Comissão são de distintas áreas do conhecimento científico para traçar o perfil do condenado.

Exame criminológico A Lei de Execução Penal **exige** do condenado a pena privativa de liberdade a realização do **exame criminológico** para o início do cumprimento da pena em **regime fechado**. O exame criminológico é mais específico que o exame de classificação, pois abrange aspectos psiquiátrico e psicológico do condenado a fim de apurar a disciplina, maturidade, capacidade de lidar com frustrações, laços afetivos com a família e com terceiros, agressividade e outros elementos, com o objetivo de traçar um prognóstico de personalidade (se há a tendência de o condenado voltar a delinquir). Observem que a realização do exame criminológico para o início do cumprimento da pena no **regime semiaberto** é **facultativo**. Além do mais, decorre da interpretação do art. 8º da LEP que **não** se realiza exame criminológico aos condenados em **regime aberto ou à pena restritiva de direitos**.

Assistência. A assistência ao preso descrita na LEP será das seguintes espécies: **material**, à **saúde**, **jurídica**, **educacional**, **social**, **religiosa**, e ao **egresso** (art. 11 da LEP). O objetivo dessa assistência é **prevenir a prática criminosa**, bem como **orientar o retorno à convivência em sociedade**. Observem aí a preocupação com a **finalidade ressocializadora da pena**. A assistência material ao preso e ao internado consistirá no fornecimento de **alimentação**, **vestuário** e **instalações higiênicas**. A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreenderá **atendimento médico**, **farmacêutico** e **odontológico**. As Unidades da Federação deverão ter serviços de **assistência jurídica**, integral e gratuita, pela Defensoria Pública, **dentro e fora dos estabelecimentos penais**, cabendo ainda a esses entes proporcionar **auxílio estrutural, pessoal e**

material à Defensoria Pública para o exercício de suas funções. Em todos os estabelecimentos penais, haverá **local apropriado destinado ao atendimento pelo Defensor Público**. A assistência educacional compreenderá a **instrução escolar** e a **formação profissional** do preso e do internado. A assistência social tem por finalidade amparar o preso e o internado e prepará-los para o retorno à liberdade. A assistência religiosa, com liberdade de culto, será prestada aos presos e aos internados, permitindo-se a participação nos serviços organizados no estabelecimento penal, bem como a posse de livros de instrução religiosa. A assistência ao egresso consiste na orientação e apoio para reintegrá-lo à vida em liberdade e na concessão, se necessário, de alojamento e alimentação, em estabelecimento adequado, pelo prazo de 2(dois) meses.

Trabalho. A LEP estabelece a **remuneração mínima**, que **não poderá ser inferior a ¼ do salário mínimo**. Reparem que foi estabelecido o limite mínimo da remuneração do preso. Dessa forma, o preso pode ganhar mais que ¼ do salário mínimo, mas nunca deve auferir renda menor que isso. Em conformidade com a finalidade educativa e produtiva do trabalho, o produto da remuneração deverá atender:

- 1) à indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios;
- 2) à assistência à família;
- 3) a pequenas despesas pessoais;
- 4) ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado, em proporção a ser fixada e sem prejuízo da destinação previstas nas situações acima.

E depois de tudo isso acima, se ainda **sobrar algum dinheiro** (fato praticamente impossível no mundo real), tal quantia remanescente será destinada à constituição de pecúlio, mediante **depósito em Caderneta de Poupança**, que será entregue ao condenado quando posto em liberdade. O trabalho pode ser **interno** ou **externo**. Para ficar bem claro, trabalho interno é realizado no interior do estabelecimento penal, enquanto o trabalho externo é o realizado *extramuros*, ou seja, fora do estabelecimento prisional. Em regra, o trabalho do preso será o interno. O condenado à **pena privativa de liberdade está obrigado** ao trabalho na medida de sua capacidade e aptidões, segundo constatado no exame de classificação. O preso também pode se capacitar por meio de curso profissionalizante. O **trabalho do preso provisório é facultativo**. Todavia, se vier a trabalhar, situação recomendável em razão do benefício da remição, tal preso exercerá esse mister no interior do estabelecimento. Em resumo, para preso provisório há previsão apenas de trabalho interno.

Deveres O **condenado definitivo** à pena privativa de liberdade ou restritivas de direitos e o **preso provisório** devem **obediência à disciplina carcerária**, sendo informados, no momento que ingressam no sistema penitenciário, das regras de disciplina vigentes. Se, por acaso, ocorrer o descumprimento de norma disciplinar, o condenado poderá sofrer sanção disciplinar, devendo **essa transgressão (falta) estar previamente descrita em lei ou regulamento** (princípio da legalidade e anterioridade), não podendo tal penalidade, colocar em perigo a integridade física e moral do condenado. O art. 39 da LEP elenca esses deveres em 10 incisos.

I - Comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença;
II - Obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se;
III – urbanidade e respeito no trato com os demais condenados;
IV – conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina;
V – execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas;
VI – submissão à sanção disciplinar imposta
VII – indenização à vítima ou aos seus sucessores
VIII – indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho;
IX – higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento;
X – conservação dos objetos de uso pessoal;

Destaque os **incisos II** (obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se) e **V** (execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas). Motivo: O **seu descumprimento** acarreta punição por **falta grave** (art. 50, VI, da LEP).

Direitos O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral. Eis alguns direitos descritos na LEP:

I – alimentação suficiente e vestuário ;
II – atribuição de trabalho e sua remuneração ;
III – Previdência Social ;
IV – constituição de pecúlio ;
V – proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;
VI – exercício de atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena ;
VII – assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa ;
VIII – proteção contra qualquer forma de sensacionalismo ;
IX – entrevista pessoal e reservada com o advogado ;
X – visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;
XI – chamamento nominal ;
XII – igualdade de tratamento , salvo quanto às exigências da individualização da pena.
XIII – audiência especial com o diretor do estabelecimento;
XIV – representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito.
XV – contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes;

XVI – atestado de pena a cumprir, emitido **anualmente**, sob pena de responsabilidade da autoridade judiciária competente.

Alguns **direitos podem ser suspensos ou restringidos** mediante **ato motivado pelo Diretor do estabelecimento**. São 3 direitos que podem sofrer isso, quais sejam, **incisos V** (proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação), **X** (visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados) e **XV** (contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes).

Disciplina As condutas contrárias às normas disciplinares recebem o nome de **faltas disciplinares**. **Pune-se a tentativa com a sanção correspondente à falta consumada** (Vejam que não é o mesmo raciocínio da tentativa do CP - art. 14). Nas **faltas graves**, a autoridade administrativa deve informar o Juízo da execução para os fins de **regressão de regime** (art. 118, I, da LEP), **revogação de saídas temporárias** (art. 125 da LEP), **perda dos dias remidos** (art. 127 da LEP) e **conversão da pena restritivas de direitos em privativa de liberdade** (art. 181, §§1, “d” e 2º, da LEP). **As faltas médias e leves**, assim como suas sanções correspondentes, **são descritas em estatutos penitenciários (legislação estadual)**. Já as **faltas graves** estão descritas em **rol taxativo** na LEP, não admitindo **interpretação extensiva**. Vejamos um julgado do STJ. Diante da lacuna da LEP acerca do prazo prescricional da falta disciplinar, os Tribunais Superiores firmaram o entendimento que deve ser levado em conta **o menor prazo prescricional previsto na tabela do art. 109 do Código Penal**, qual seja, o prazo de **3 anos** (art. 109, inciso VI, do CP). O **termo inicial** desse prazo é **data da consumação da infração disciplinar**. Só lembrando que no caso de fuga do estabelecimento penal (art. 50, II, da LEP), falta disciplinar de natureza permanente, o termo inicial será a data da recaptura do preso, ocasião em cessa a permanência, em conformidade com o art. 111, III, do CP.

As sanções disciplinares estão num **rol taxativo** do art. 53 da LEP:

I - advertência verbal;

II - repreensão;

III - suspensão ou restrição de direitos (artigo 41, parágrafo único);

IV - isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo, observado o disposto no artigo 88 desta Lei (o condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório);

V - inclusão no regime disciplinar diferenciado.

As sanções dos **incisos I a IV** serão aplicadas por ato motivado do **diretor do estabelecimento**. A sanção do inciso V (**regime disciplinar diferenciado**) será por **decisão judicial**. O RDD é uma sanção disciplinar, cujas características são: a) **Duração máxima de 360 dias**, sem prejuízo de repetição dessa sanção até o limite de um sexto da pena aplicada em caso de cometimento de nova falta grave. **OBS:** No caso de preso provisório, ainda sem pena fixada, será levada em conta a pena mínima cominada para o delito); b) Recolhimento em **cela individual**; c) **Visitas semanais de 2 pessoas, sem**

contar as crianças, com duração de 2 horas; d) Direito do preso de sair da cela por **2 horas para banho de sol**.

Procedimento administrativo Praticada a falta disciplinar, deverá ser instaurado o procedimento administrativo disciplinar (PAD) pelo diretor do estabelecimento para a sua apuração, com observância do contraditório e da ampla defesa, devendo a defesa técnica ser realizada por advogado ou defensor público (Súmula 533 do STJ). A decisão será motivada.

Recompensas O bom comportamento também mereceu atenção da LEP, com a previsão de benefícios chamados de **recompensas** como forma de incentivar tal comportamento durante o cumprimento da pena. Então, as recompensas têm em vista o **bom comportamento** reconhecido em favor do condenado, de sua **colaboração com a disciplina** e de sua **dedicação ao trabalho**. Essas benesses chamadas de recompensas são divididas em 2 modalidades: Elogio e Regalias. A legislação estadual e os regulamentos **estabelecerão a natureza e a forma de concessão de regalias**. É evidente que a concessão dessas regalias não pode frustrar os objetivos da Lei de Execução Penal, tampouco conceder privilégios inaceitáveis. Impõe-se também a observância do princípio da legalidade quando da concessão de recompensas. Exemplo de recompensa: visita íntima.

Órgãos de Execução Penal. A LEP, em seu art. 61, elenca **8 órgãos de execução penal**:

1) Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (arts.62/64 da LEP);

2) Juízo da Execução (arts. 65/66 da LEP);

3) Ministério Público (arts.67 e 68 da LEP);

4) Conselho Penitenciário (arts. 69 e 70 da LEP)

5) Departamentos Penitenciários (arts. 71/77 da LEP)

6) Patronato (arts. 78/79 da LEP)

7) Conselho da Comunidade (arts. 80 e 81 da LEP)

8) Defensoria Pública (arts. 81-A e 81-B da LEP)

A execução penal competirá ao **juiz indicado na lei de organização judiciária**. Na ausência dessa previsão na citada lei, figurará como competente o juízo da sentença.

Estabelecimentos. Os estabelecimentos, em linhas gerais, são os seguintes:

Penitenciária: é o local previsto para o cumprimento da pena em regime fechado

Colônia Agrícola, Industrial ou Similar é o local previsto para cumprimento da pena em regime semiaberto

Casa de Albergado é o local previsto ao cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto e para o cumprimento da pena de limitação de fim de semana (pena restritiva de direito)

Centro de Observação é o local onde se realiza os exames gerais e o criminológico.

Hospital de Custódia e Tratamento é o local previsto para os inimputáveis e os imputáveis descritos no artigo 26, *caput* e parágrafo único do CP.

Cadeia Pública é o local previsto para os presos provisórios.

Guia de recolhimento: é o documento que materializa o título executivo judicial, sendo imprescindível para a deflagração do processo de execução, pois conterá os dados principais da pena a ser cumprida. Nesse sentido, devo destacar a importância desse documento para a execução penal, conforme se vê no art. 107, *caput*, da LEP: *Ninguém será recolhido, para cumprimento de pena privativa de liberdade, sem a guia expedida pela autoridade judiciária*. Lembre-se, no entanto, segundo já vimos, que pode existir **execução provisória da pena**, podendo, assim, ser expedida guia de recolhimento provisória (arts. 8º/11 da Resolução nº 113/10 do CNJ), a fim de que o condenado **goze de maneira antecipada dos benefícios da execução penal**. Essa situação é cabível quando o agente já foi condenado em primeiro grau de jurisdição, mas aguarda preso de modo cautelar o julgamento do recurso exclusivo da defesa em 2º grau de jurisdição ou, de acordo como o novo entendimento do STF firmado no HC 126292, estiver solto, porém condenado em 2º grau de jurisdição, esperando tão somente o julgamento dos recursos constitucionais (especial ou extraordinário), que não gozam de efeito suspensivo.

Regimes de cumprimento de pena privativa de liberdade: O art. 33, §1º do Código Penal estabelece **três regimes** de cumprimento da pena privativa de liberdade, quais sejam, o aberto, o semiaberto e o fechado.

Regime fechado – a execução da pena ocorre em estabelecimento de segurança máxima ou média

Regime semiaberto – a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar

Regime aberto – a execução da pena se dá em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

Unificação de penas - Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo **resultado da soma** ou **unificação das penas**, observada, quando for o caso, a detração penal ou a remição (art.111 da LEP).

Progressão de regime – A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um **sexto da pena no regime anterior** e ostentar **bom comportamento carcerário**, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. Para os crimes hediondos ou assemelhados será necessário o cumprimento de 2/5 da pena se primário ou 3/5 se reincidente. É inadmissível a progressão *per saltum* de regime prisional.

Regressão de regime – A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado: I - praticar o fato definido como crime doloso ou falta grave; II – sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena,

somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime. O condenado do regime aberto também sofrerá regressão se frustrar os fins da execução. O não atendimento das regras previstas para a monitoração eletrônica (cabível para a prisão domiciliar e para a saída temporária no regime aberto) também autoriza a regressão de regimes.

Autorização de saída – A autorização de saída é gênero que comporta duas espécies: permissão de saída e saída temporária.

Remição – O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena. Ao condenado em regime aberto e ao que está em gozo de livramento condicional apenas pode se valer da remição por estudo. Em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar.

Livramento condicional - O **livramento condicional** é um benefício previsto em sede de execução penal consistente em uma antecipação provisória da liberdade do acusado, após o cumprimento de determinada parcela da pena, mediante condições fixadas pelo Juiz da Vara de Execuções Penais. É um benefício que decorre do sistema progressivo de cumprimento de pena, **mas não se exige a passagem por todos os regimes prisionais para a sua concessão**.

Monitoração eletrônica – O juiz poderá definir a fiscalização por meio da monitoração eletrônica quando autorizar a saída temporária no regime semiaberto ou determinar a prisão domiciliar.

Penas restritivas de direitos: As penas restritivas de direito são as seguintes: prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana. As penas restritivas de direitos ainda podem ser classificadas em **personais** (prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana) e **reais** (prestação pecuniária e perda de bens e valores). Essas penas restritivas de direitos são marcadas por 2 características: **autônomas** e **substitutivas**³³. **Autônomas** porque as penas restritivas de direitos não podem ser aplicadas de forma cumulada com as penas privativas de liberdade (reclusão, detenção e prisão simples). **Substitutivas** porque as penas restritivas de direitos são aplicadas em substituição a uma pena privativa de liberdade (o juiz, após aplicar uma pena privativa de liberdade, realiza a sua substituição por uma ou mais penas restritivas de direitos, desde que presentes os requisitos do art. 44 do Código Penal. Reparem que os tipos penais não possuem em seu preceito secundário a previsão de penas privativas de direitos).

Suspensão condicional da pena: Unificação de penas - A **suspensão condicional da pena privativa de liberdade**, também conhecida como **sursis**, é um benefício aplicado em sede de execução penal que **evita o encarceramento de penas de pequena duração**, permitindo, assim, uma melhor ressocialização do condenado, que permanece em seu convívio familiar e social. O Código Penal adotou o **sistema franco-belga**, também conhecido como **européu-continental**. Motivo: Depois de fixada a pena numa sentença penal condenatória, o agente é submetido a um período de prova,

³³ Art. 44, *caput*, do CP: “ As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as penas privativas de liberdade, quando:

devendo cumprir as condições fixadas no ato decisório, ou seja, **é suspensa a execução da pena privativa de liberdade**. De acordo com o art. 156 da LEP, o juiz poderá suspender, pelo período de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, a execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, na forma prevista nos arts. 77 a 82 do Código Penal.

Pena de multa – A **pena de multa** consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias multa. Também recebe o nome de pena pecuniária. **Após a alteração dada ao art. 51 do Código Penal³⁴ pela Lei nº 9268/96**, restou determinado que, **após o trânsito em julgado**, a multa passou a ser considerada **dívida de valor**, não admitindo a sua conversão em pena privativa de liberdade em caso de inadimplemento, passando a sua cobrança ser feito por meio de execução fiscal.

Medidas de segurança: É uma espécie de sanção penal. Pode ser classificada de 2 formas: A) **Detentiva** – refere-se à internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico. Essa medida de segurança é obrigatória aos condenados com penas de reclusão; B) **Restritiva** – diz respeito ao tratamento ambulatorial. Nesse caso não há internação, o agente permanece livre, porém realizando tratamento em clínica psiquiátrica. OBS: Nos crimes apenados com detenção caberá ao magistrado decidir pela sujeição, ou não, ao tratamento ambulatorial. Para tanto, o magistrado levará em conta o grau de periculosidade.

Incidentes de execução - A LEP aponta as seguintes modalidades de incidentes: **conversões** (arts. 180/184), **excesso ou desvio** (arts. 185/186), **anistia e indulto** (arts. 187/193). O **excesso de execução** ocorre quando o condenado suporta tratamento mais rigoroso do que o estipulado na decisão ou do que o fixado na lei. Reparem que no excesso o erro incide no âmbito quantitativo da pena descrita na decisão judicial. É uma situação sempre prejudicial ao condenado. Exemplo: Alguém ficar preso por tempo superior ao fixado na decisão judicial transitada em julgado. Já o **desvio de execução** ocorre quando a execução destoa do previsto na decisão judicial ou na lei. O erro incide no aspecto qualitativo. O desvio pode ser desfavorável ou favorável ao condenado. Exemplo: Concede permissão de saída em situação não prevista em lei. A **anistia** corresponde ao esquecimento pelo Estado da conduta criminosa cometida pelo agente. Essa causa extintiva da punibilidade decorre de lei elaborada pelo Congresso Nacional, submetida a sanção presidencial, com efeitos retroativos, nos exatos termos dos artigos 21, XVII e 48, VIII, da Constituição Federal. **Graça** é o indulto individual e se dá mediante solicitação (provação) do apenado, ou seja, graça é o indulto individual (indulto em sentido restrito). O **indulto** apresenta caráter coletivo e se dá mediante ato espontâneo do Presidente da República.

Agravo em execução é o único recurso previsto na LEP é o **agravo em execução**, conforme se vê no artigo 197: Das decisões proferidas pelo Juiz caberá recurso de agravo, **sem efeito suspensivo**. **Regra:** O agravo em execução não apresenta efeito suspensivo, **salvo** no caso de desinternação ou

³⁴ Art. 51 do CP: “Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.”

liberação de pessoa sujeita à medida de segurança. O agravo em execução também possui o efeito regressivo (admite juízo de retratação).

SÚMULAS:

- **Súmula 40 do Superior Tribunal de Justiça:** Para obtenção dos benefícios de saída temporária e trabalho externo, considera-se o tempo de cumprimento da pena no regime fechado.
- **Súmula 269 do Superior Tribunal de Justiça** → é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos, se favoráveis as circunstâncias judiciais
- **Súmula 439 do Superior Tribunal de Justiça** → Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão fundamentada.
- **Súmula 440 do Superior Tribunal de Justiça** → Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão de sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.
- **Súmula 441 do Superior Tribunal de Justiça** → A falta grave não interrompe o prazo para obtenção de livramento condicional.
- **Súmula 471 do Superior Tribunal de Justiça** → Os condenados por crimes hediondos ou assemelhados cometidos antes da vigência da Lei n. 11.464/2007 sujeitam-se ao disposto no art. 112 da Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) para a progressão de regime prisional.
- **Súmula 491 do Superior Tribunal de Justiça** → É inadmissível a chamada progressão per saltum de regime prisional.
- **Súmula 493 do Superior Tribunal de Justiça:** É inadmissível a fixação de pena substitutiva como condição especial ao regime aberto.
- **Súmula 520 do Superior Tribunal de Justiça:** O benefício da saída temporária no âmbito da execução penal é ato jurisdicional insuscetível de delegação à autoridade administrativa do estabelecimento prisional.
- **Súmula 521 do Superior Tribunal de Justiça** → A legitimidade para a execução fiscal de multa pendente de pagamento imposta em sentença condenatória é exclusiva de Procuradoria da Fazenda Pública.
- **Súmula 526 do Superior Tribunal de Justiça** → O reconhecimento de falta grave decorrente de fato definido como crime doloso no cumprimento da pena prescinde do trânsito em julgado de sentença penal condenatória no processo penal instaurado para a apuração do fato.
- **Súmula 527 do Superior Tribunal de Justiça** → O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite da pena abstratamente cominada ao delito praticado.

- **Súmula 533 do Superior Tribunal de Justiça** → Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado.
- **Súmula 534 do Superior Tribunal de Justiça** → A prática de falta grave interrompe a contagem do prazo para progressão de regime de cumprimento de pena, o qual se reinicia a partir do cometimento dessa infração.
- **Súmula 535 do Superior Tribunal de Justiça** → A prática de falta grave não interrompe o prazo para fim de comutação de pena ou indulto.
- **Súmula 562 do Superior Tribunal de Justiça** → É possível a remição de parte do tempo de execução da pena quando o condenado, em regime fechado ou semiaberto, desempenha atividade laborativa, ainda que extramuros.
- **Súmula 611 do Supremo Tribunal Federal** → Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao Juízo das execuções a aplicação da lei mais benigna.
- **Súmula 693 do Supremo Tribunal Federal** → Não cabe habeas corpus contra decisão condenatória a pena de multa, ou relativo a processo em curso por infração penal a que a pena pecuniária seja a única cominada.
- **Súmula 700 do Supremo Tribunal Federal** → É de cinco dias o prazo para interposição de agravo contra decisão do juiz da execução penal.
- **Súmula 715 do Supremo Tribunal Federal** → a pena unificada para atender ao limite de 30 anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do Código Penal, não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional.
- **Súmula 716 do Supremo Tribunal Federal** → Admite-se a progressão de regime de cumprimento de pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.
- **Súmula 717 do Supremo Tribunal Federal** → Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.
- **Súmula 718 do Supremo Tribunal Federal** → A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.
- **Súmula 719 do Supremo Tribunal Federal** → A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exigir motivação idônea.
- **Súmula vinculante 9 do Supremo Tribunal Federal:** O disposto no art. 127 da Lei nº 7210/1984 (Lei de Execução Penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se aplica o limite temporal previsto no caput do artigo 58.

- **Súmula vinculante 26 do Supremo Tribunal Federal** → Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.
- **Súmula vinculante 35 do Supremo Tribunal Federal** → A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial.

DIREITO CIVIL E LEGISLAÇÃO CIVIL ESPECIAL

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Olá, sou o Prof. Paulo Sousa, de Direito Civil (DC) e de Legislação Civil Especial (LCE) aqui do Estratégia Carreira Jurídica. Eu objetivo aqui resumir uma parte do conteúdo todo de maneira analítica, para ajudar você nessa reta final. Infelizmente, como o conteúdo programático do DC e de LCE é muito grande e detalhado – foram 23 aulas de DC e 12 aulas de LCE no curso –, não é possível resumir tudo.

Por isso, vou passar algumas dicas a você para a prova que se aproxima, de maneira a tentar condensar os principais pontos de DC e de LCE que eu aposto que vão aparecer na sua prova. Das aproximadamente 3.500 páginas do curso, o resumo contará com 40 páginas, menos de 1,5% da extensão do Curso todo. Aceita o desafio?

DIREITO CIVIL

Parte Geral

Pessoa natural

INCAPACIDADE ABSOLUTA

- Somente os menos de 16 anos, sem exceção!
- Sujeitos à representação

INCAPACIDADE RELATIVA

- Maiores de 16 e menores de 18 anos
- Ébrios habituais, viciados em tóxicos

- Aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade
- Pródigos
- Sujeitos a assistência

PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

- São **PLENAMENTE** capazes; não são nem absolutamente nem relativamente capazes
- **EXCEPCIONALMENTE**, se sujeitam à curatela
- A deficiência ou a curatela **NÃO** afetam a capacidade para:
 - Casar-se e constituir união estável
 - Exercer direitos sexuais e reprodutivos
 - Exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar
 - Conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória
 - Exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária
 - Exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas

PRESUNÇÃO DE MORTE

- Não há confirmação, mas é provável:
 - Se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida (casos de acidentes aéreos no mar, desaparecido durante uma nevasca numa expedição de montanhismo, um jornalista em uma zona de distúrbio civil etc.)
 - Se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra
 - Quando da abertura da sucessão definitiva na ausência

AUSÊNCIA

- Não se pode presumir a morte, diretamente, pois não é nenhuma das situações anteriores
- Necessário chegar à sucessão definitiva para presumir a morte, até é ausente
- Procedimento
 - O juiz, a requerimento de qualquer interessado ou do Ministério Público, declara a ausência, e nomeia curador
 - Arrecadação dos bens
 - Publica editais por 1 ano
 - Se não reaparece, abertura da sucessão provisória
 - Citação dos herdeiros e do curador
 - Habilitação dos herdeiros
 - Sentença determinando a abertura da sucessão provisória (6 meses depois)
 - Se ninguém requisitar em 30 dias a abertura do Inventário, vira herança jacente (bens vagos)

- Conversão em sucessão definitiva (presunção de morte):
 - 10 anos da abertura da sucessão provisória ou
 - Se o ausente for maior de 80 anos e passados 5 anos do sumiço
- Se regressa nos 10 anos seguintes, retoma os bens no estado em que se encontram
- Se não regressa, termina a sucessão definitiva e não pode mais reclamar nada, ainda que retorne

COMORIÊNCIA

- Presunção de morte simultânea de pessoas reciprocamente herdeiras

Associações

- Pode ter meios lucrativos, mas não fins, nem distribuir lucros
- Nenhum associado poderá ser impedido de exercer direito ou função
- A exclusão do associado, assim, só é admissível se houver justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso

Fundações

- Objetivos
 - Assistência social
 - Cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico
 - Educação
 - Saúde
 - Segurança alimentar e nutricional
 - Defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável
 - Pesquisa científica, desenvolvimento de tecnologias alternativas, modernização de sistemas de gestão, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos
 - Promoção da ética, da cidadania, da democracia e dos direitos humanos;
 - Atividades religiosas
- Quando forem insuficientes os fundos para constituir a fundação, os bens a ela destinados serão, se de outro modo não dispuser o instituidor, incorporados em outra fundação que se proponha a fim igual ou semelhante

Bens

CLASSIFICAÇÃO

- Imóveis e Móveis

O solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente	Os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social
Os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram	Os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes
O direito à sucessão aberta	As energias que tenham valor econômico
	Os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações
As edificações que, separadas do solo, mas conservando a sua unidade, forem removidas para outro local	Os materiais destinados a alguma construção, enquanto não forem empregados, conservam sua qualidade de móveis
Os materiais provisoriamente separados de um prédio, para nele se reempregarem	Os materiais provenientes da demolição de algum prédio

- Fungíveis e Infungíveis
 - Fungíveis: bens móveis que podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade, ou seja, substituíveis
- Consumíveis e inconsumíveis
 - Consumíveis: bens móveis cujo uso importa destruição imediata da própria substância, sendo também considerados tais os destinados à alienação
- Divisíveis e indivisíveis
 - Divisíveis: bens que se podem fracionar sem alteração na sua substância, diminuição considerável de valor, ou prejuízo do uso a que se destinam
 - Os bens naturalmente divisíveis podem tornar-se indivisíveis por determinação da lei ou por vontade das partes
- Singulares e coletivos
 - Singulares: bens que, embora reunidos, se consideram de per si, independentemente dos demais (árvore frutífera ou garrafa de refrigerante)
 - Coletivos: bens singulares – iguais ou diferentes – reunidos em um todo. Passa-se a considerar o todo, ainda que não desapareça a peculiaridade individual de cada um (pomar de árvores frutíferas ou um carregamento de garrafas de refrigerante)
 - Universalidade de fato: pluralidade de bens singulares que, pertinentes à mesma pessoa, tenham destinação unitária (biblioteca)

- Universalidade de direito: não constitui uma totalidade na prática, mas, para efeitos do Direito, constitui um complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico, uma unitariedade (herança ou patrimônio)

➤ Principais e acessórios

- Principal é o bem que existe sobre si, abstrata ou concretamente (o solo ou um veículo automotor)
- Acessório é aquele cuja existência pressupõe a existência do principal (a casa que se liga ao solo ou os pneus do carro)
- Acessórios se subdividem em:
 - 1. Frutos: bens que se derivam periodicamente do bem principal, sem que ele se destrua, ainda que parcialmente (as frutas de uma árvore ou o aluguel de um imóvel.)
 - 2. Produtos: ao contrário dos frutos, sua obtenção significa redução do valor do bem, pois não são produzidos periodicamente (a madeira da árvore ou o petróleo de um campo)
 - 3. Benfeitorias: acréscimos realizados num bem preexistente, com diversas finalidades. Podem ser:
 - Voluptuárias: as de mero deleite ou recreio, que não aumentam o uso habitual do bem, ainda que o tornem mais agradável ou sejam de elevado valor (piscina, bancadas de mármore)
 - Úteis: as que aumentam ou facilitam o uso do bem (calçada, inclusão de um novo cômodo)
 - Necessárias: as que têm por fim conservar o bem ou evitar que se deteriore (recolocação de uma viga deteriorada pela chuva ou a reconstrução de um muro de arrimo)
 - 4. Acessões: diferentemente das benfeitorias, as acessões não agregam alguma coisa a algo preexistente, elas são criações – naturais ou artificiais – de bens (edificação de uma casa num terreno baldio)
 - 5. Pertencas: bens que, não constituindo partes integrantes, se destinam, de modo duradouro, ao uso, ao serviço ou ao aformoseamento de outro (piano numa casa, aparelhos de adaptação veicular para pessoa deficiente)
 - 6. Partes integrantes: bens acessórios que se ligam de tal modo ao principal, que sua remoção tornaria o bem principal incompleto (portas da casa ou das rodas e pneus de um veículo)
 - ATENÇÃO!!! As partes integrantes seguem a coisa principal, mas o negócio estipulado entre as partes não abrange as pertencas, salvo se o contrário resultar da lei, da manifestação de vontade, ou das circunstâncias do caso.

➤ Públicos e privados

- Públicos: bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno. Subdividem-se em:
 - Os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças
 - Os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias
 - Os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades, bem como os bens pertencentes às pessoas

jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado, salvo disposição em contrário

- Privados: por exclusão, todos os demais bens são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem
 - **ATENÇÃO!!!** Os bens públicos em geral não estão sujeitos a usucapião, mas os dominicais são alienáveis (os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem tal qualificação)

Fato Jurídico

NULIDADE

- Não convalida pelo decurso do tempo (prescrição e decadência)
- Nem o juiz nem as partes podem suprir
- Devem ser pronunciadas de ofício pelo juiz
- Podem ser alegadas por qualquer interessado e pelo MP
- Causas
 - Menoridade (menores de 16 anos)
 - Simulação (vício social)
 - Motivo determinante ilícito comum
 - Objetivo ilícito, impossível ou indeterminado
 - Ausência de forma determinada em lei ou seguimento de forma proibida

ANULABILIDADE

- Convalida pelo decurso do tempo. Prazo de 4 anos de prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado:
 - No caso de coação, do dia em que ela cessar
 - No de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico
 - No de atos de incapazes, do dia em que cessar a incapacidade
 - **ATENÇÃO!!!** Quando lei dispuser que determinado ato é anulável, sem estabelecer prazo para pleitear-se a anulação, será o prazo de 2 anos, a contar da data da conclusão
- Podem ser supridas
- Não podem ser pronunciadas de ofício pelo juiz
- Não podem ser alegadas por qualquer interessado, apenas pelas próprias partes
- Causas
 - Falta de assistência (relativamente incapazes)
 - Os maiores de 16 e menores de 18 anos;
 - Os ébrios habituais e os viciados em tóxico
 - Aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade
 - Os pródigos

- Vícios de consentimento
 - Erro
 - Dolo
 - Coação
 - Estado de perigo
 - Lesão

Vícios de consentimento

ERRO

- Falsa representação psicológica da realidade
 - Hipóteses
 - Interessar à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração, ou a alguma das qualidades essenciais
 - Relativa à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade, desde que tenha influenciado de modo relevante
 - Sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico
 - Não poder ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio
 - For razão determinante do negócio
- Erro de cálculo
 - Mera correção do valor, não anula
- Erro de indicação da pessoa ou coisa
 - Se pelo contexto eu consigo identificar o correto, não nula
- Pode-se afastar a anulação se o outro consentir em cumprir de acordo com o que se pensara

DOLO

- Induzir alguém em erro
- Dolo por terceiro: anula o negócio desde que o outro negociante saiba ou devesse saber que aquilo não correspondia à realidade. O outro não sabia? Não anula, e o agente responde por perdas e danos
- Dolo incidental/acidental: não anula o negócio, apenas se indeniza o negociante prejudicado pelas perdas e danos
- Dolo recíproco: não anula

COAÇÃO

- Medo de dano a si, à família, a outrem ou aos bens
 - Contra terceiro, não pertencente à família do paciente: o juiz, com base nas circunstâncias, decide se houve coação
- Ameaça do exercício normal de um direito e simples temor reverencial: NÃO é coação

- Coação por terceiro: anula o negócio desde que o outro negociante saiba ou devesse saber da coação. O outro não sabia? Não anula, e o coator responde por perdas e danos

ESTADO DE PERIGO

- Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa
 - Contra terceiro, não pertencente à família do paciente: o juiz, com base nas circunstâncias, decide se houve estado de perigo
- ATENÇÃO!!! Necessário que a contraparte saiba do estado de perigo, e aja dolosamente

LESÃO

- Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta
 - Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico
- ATENÇÃO!!! Desnecessário que a contraparte saiba da lesão, ou seja, não é preciso demonstrar o dolo
- Não se anula o negócio se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito

Vícios sociais

SIMULAÇÃO

- Faz uma coisa, mas no fundo fez outra, acobertando o real propósito (pai doa uma casa para um laranja que doa para o filho desse pai, de modo que a doação não conste na partilha quando do falecimento, para favorecer um filho em detrimento do outro). Quando ocorre?
 - Aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem (compra e venda de imóvel por “laranja”)
 - Contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira (confesso dívida que não existe para não pagar o credor)
 - Os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados (faço um recibo pós-datado, para usar como prova, ou pagar menos tributos)
- Nulo o negócio jurídico simulado, mas mantém o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma

FRAUDE CONTRA CREDITORES

- Todo o ato de disposição e oneração de bens, créditos e direitos, a título gratuito ou oneroso, praticado por devedor insolvente, ou por ele tornado insolvente, que acarrete redução de seu patrimônio, em prejuízo de credor preexistente
- Presume fraude
 - Atos gratuitos (doação, remissão de dívida)
 - Garantia de dívida dada durante a insolvência

- Atos onerosos em situação de insolvência notória
- Ação Pauliana: prova da fraude na própria ação anulatória, trazendo o bem/valor de volta ao patrimônio do devedor, para pagamento do credor quirografário
- Protegem-se os terceiros adquirentes de boa-fé

Prescrição

REGRAS GERAIS

- Extingue/encobre a pretensão
- Se permite
 - Interrupção
 - Para e recomeça desde o início
 - Suspensão
 - Para e recomeça de onde parou
 - Renúncia
 - Expressa: somente depois de consumado o prazo
 - Tácita: somente depois de consumado o prazo
- NÃO se permite
 - Alteração do prazo
- Pode ser alegada em qualquer grau de jurisdição
- Pode ser alegada somente pela parte
- Pode ser conhecida de ofício pelo juiz

SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO

- Se suspensa a prescrição em favor de um dos credores solidários, só aproveitam os outros se a obrigação for indivisível
- Causas
 - Entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal
 - Entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar
 - Entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela
 - Contra os absolutamente incapazes (art. 3º)
 - Contra os ausentes do País em serviço público da União, dos Estados, dos Municípios, do Distrito Federal ou dos Territórios
 - Contra os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra
 - Pendendo condição suspensiva
 - Não estando vencido o prazo
 - Pendendo ação de evicção
 - Quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva

- Os relativamente incapazes e as pessoas jurídicas têm ação contra os seus assistentes ou representantes legais, que derem causa à prescrição, ou não a alegarem oportunamente
- A prescrição iniciada contra uma pessoa continua a correr contra o seu sucessor

INTERRUPÇÃO

- Só pode ocorrer UMA ÚNICA vez
- Causas
 - Por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual
 - Por protesto, nas condições do inciso antecedente
 - Por protesto cambial
 - Pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores
 - Por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor
 - Por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor

Decadência

REGRAS GERAIS

- Extingue o direito
- NÃO se permite
 - Interrupção
 - Suspensão
 - EXCEÇÃO: em favor dos absolutamente incapazes
 - Renúncia
 - EXCEÇÃO: decadência convencionada entre as partes
- Se permite
 - Alteração do prazo
- Pode ser alegada por qualquer um, incluindo o MP
 - EXCEÇÃO: decadência convencionada entre as partes
- Deve ser conhecida de ofício pelo juiz
 - EXCEÇÃO: decadência convencionada entre as partes

DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

Modalidades obrigacionais

OBRIGAÇÕES ALTERNATIVAS

- Relacionam-se com o objeto
- A presunção é de que a escolha cabe ao DEVEDOR

- A escolha tem de ser integral: ou A, ou B
- Não pode obrigar a escolher parte de A e de B
- Se for escolha periódica, escolhe a cada período
- Se uma das obrigações se torna impossível
 - A escolha compete ao credor
 - Com culpa do devedor
 - Credor escolhe a subsistente ou a equivalente da outra, mais perdas e danos
 - Sem culpa do devedor
 - Concentra na subsistente
 - A escolha compete ao devedor
 - Com culpa do devedor
 - Concentra na subsistente
 - Sem culpa do devedor
 - Concentra na subsistente
- Se ambas as obrigações se tornam impossíveis
 - A escolha compete ao credor
 - Com culpa do devedor
 - Credor escolhe o equivalente por uma delas, mais perdas e danos
 - Sem culpa do devedor
 - Extingue a obrigação
 - A escolha compete ao devedor
 - Com culpa do devedor
 - Equivalente pela que por último se impossibilitou, mais perdas e danos
 - Sem culpa do devedor
 - Extingue a obrigação
- **ATENÇÃO!!!** Essas alternativas caem com frequência na OAB, já que é fácil confundir. Entenda a lógica e a razão para cada uma das consequências

OBRIGAÇÕES DIVISÍVEIS E INDIVISÍVEIS

- Relacionam-se com o objeto (divisível ou não). Não se relacionam com o sujeito
- A presunção é de que a obrigação é divisível
- Se três devedores devem 90 a um credor, presume-se que cada um tem de pagar 30, e o credor só pode cobrar 30 de cada um; se é um devedor que deve 90 a três credores, qualquer um deles pode cobrar os 90
- A obrigação é indivisível quando a prestação tem por objeto uma coisa ou um fato não suscetíveis de divisão, por sua natureza, por motivo de ordem econômica, ou dada a razão determinante do negócio jurídico
 - Se houver dois ou mais devedores, cada um fica obrigado pela dívida toda
 - Se a pluralidade for dos credores, pode cada um destes exigir a dívida inteira

- Os devedores se desobrigam, pagando, a todos os credores conjuntamente, ou a um, dando este caução de ratificação dos demais
 - Perde a qualidade de indivisível a obrigação que se resolver em perdas e danos

Solidariedade

- Relaciona-se com os sujeitos, não com os objetos
- Solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes
- A obrigação solidária pode ser pura e simples para um dos cocredores ou codevedores, e condicional, ou a prazo, ou pagável em lugar diferente, para o outro
- Se a obrigação solidária se converte em perdas e danos, subsiste a solidariedade (ao contrário da obrigação indivisível, que perde o caráter de indivisibilidade, se convertida em perdas e danos)

PASSIVA

RELAÇÃO CREDOR-CODEVEDORES

- O credor escolhe quais devedores podem ser compelidos a cumprir a integralidade da obrigação. Isso não exonera os demais, nem o próprio cumpridor
 - Não importa renúncia da solidariedade a propositura de ação pelo credor contra um ou alguns dos devedores
- Pagamento parcial feito por um dos devedores aproveita aos demais
- O credor tem também o poder de renunciar à solidariedade ou de perdoar a dívida em relação a um ou alguns dos codevedores
- Exceções gerais aproveitam aos demais codevedores
- Exceções pessoais não aproveitam aos demais codevedores
- Se um dos devedores solidários falecer deixando herdeiros, nenhum destes será obrigado a pagar senão a quota que corresponder ao seu quinhão hereditário, salvo se a obrigação for indivisível
 - **EXCEÇÃO:** obrigação indivisível. Explica-se: a solidariedade se relaciona com os sujeitos; a morte de um codevedor extingue a solidariedade em relação aos sucessores. Se o objeto é indivisível, porém, não adianta “quebrar” a solidariedade
- Qualquer cláusula, condição ou obrigação adicional, estipulada entre um dos devedores solidários e o credor, não pode agravar a posição dos demais sem consentimento
- Obrigação impossível
 - Todos respondem pela dívida
 - Causador da impossibilidade responde sozinho pelas perdas e danos
- Obrigação em atraso
 - Todos respondem pelos juros, mesmo que não tenham sido cobrados
 - Causador do atraso responde sozinho perante os demais, posteriormente

RELAÇÃO CODEVEDOR PAGANTE-DEMAIS CODEVEDORES

- Pretensão de nivelamento: quem paga regressa contra os demais codevedores solidários

- Pretensão de ressarcimento: a parte de um codevedor insolvente é rateada entre todos
 - Isso inclui os exonerados da solidariedade
- Se a dívida solidária interessar exclusivamente a um dos devedores, responde ele por toda a dívida perante o codevedor pagador

Inadimplemento

MORA

- Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma devidos
 - Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora
- Obrigação impura: mora ex re (automática)
 - O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor
- Obrigação pura: mora ex persona (depende de interpelação)
 - Não havendo termo, a mora se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial
- Nas obrigações decorrentes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora desde que o ato

MORA DO DEVEDOR

- Prestações Acessórias
 - Surge uma série de prestações acessórias, que vêm a se acoplar à obrigação principal, especialmente juros moratórios, correção monetária, honorários advocatícios e demais prejuízos decorrentes da mora, como a perda dos frutos e os lucros cessantes
- Perpetuação da Obrigação
 - Responde o devedor em mora pela impossibilidade da prestação, pela perda ou deterioração do bem, mesmo na ocorrência de caso fortuito ou força maior, ou seja, independentemente de sua culpa
 - EXCEÇÃO: se comprovar que o prejuízo ocorreria de qualquer modo independentemente da mora

MORA DO CREDOR

- Sujeita o credor a receber a coisa pela estimação mais favorável ao devedor, se o seu valor oscilar entre o dia estabelecido para o pagamento e o da sua efetivação
- Subtrai o devedor isento de dolo à responsabilidade pela conservação da coisa
- O credor em mora deve arcar com todos os prejuízos que o devedor teve adicionado para a conservação da prestação
 - EXCEÇÃO: se o devedor é desidioso na conservação do bem, responde pelos danos, se age com dolo

PURGAÇÃO DA MORA

- Devedor
 - Oferecendo este a prestação mais a importância dos prejuízos decorrentes do dia da oferta
- Credor
 - Oferecendo-se este a receber o pagamento e sujeitando-se aos efeitos da mora até a mesma data

JUROS MORATÓRIOS

- São presumidos
 - Necessitam, em prestações não monetárias, de liquidação
- Decorrentes do inadimplemento
- Independem de prova do prejuízo

CLÁUSULA PENAL

- Prestação acessória que é devida nos casos de inadimplemento absoluto ou relativo ou ainda de descumprimento de alguma cláusula específica
- Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo
- Limitada ao valor da própria obrigação
 - A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se
 - A obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou
 - Se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio
- Espécies
 - Cláusula penal compensatória (disjuntiva)
 - Aplicada em caso de inadimplemento total ou parcial
 - Se for total, cabe ao credor escolher se prefere o cumprimento da obrigação principal ou da acessória
 - O credor tem apenas uma alternativa e não pode exigir ambas as obrigações, ou exige a obrigação principal ou a indenização substitutiva
 - Cláusula penal moratória (cumulativa)
 - Infração de uma cláusula ou mora
 - Pode o credor exigir o cumprimento da obrigação principal e a cláusula penal, conjuntamente
- Indenização suplementar
 - O credor pode exigir indenização suplementar se foi convenciona
 - Se foi, a cláusula penal vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente
 - Se não foi, não pode cobrar, ainda que prove o prejuízo a mais
- Quem responde?
 - Obrigação indivisível: todos os devedores
 - Mas ela só se poderá demandar integralmente do culpado, respondendo cada um dos outros somente pela sua cota
 - Aos não culpados fica reservada a ação regressiva contra aquele que deu causa à aplicação da pena
 - Obrigação divisível
 - Só incorre na pena o devedor que a infringir

PERDAS E DANOS

- Danos emergentes
 - Dano positivo
 - Representa uma perda patrimonial (veículo batido)
- Lucros cessantes
 - Dano negativo
 - Representa não uma perda patrimonial direta, mas a frustração da expectativa de ganho, a perda de um lucro esperado (um “deixar de ganhar”)
- Provado que os juros da mora não cobrem o prejuízo, e não havendo pena convencional, pode o juiz conceder ao credor indenização suplementar

ARRAS

- Arras confirmatórias
 - Consistem na entrega de uma quantia ou coisa para a garantia de que o pacto será cumprido, servindo também como adiantamento do pagamento
 - Não permitem direito de arrependimento
 - Permitem indenização suplementar
- Arras penitenciais
 - Possuem natureza meramente indenizatória
 - Permitem direito de arrependimento
 - Não permitem indenização suplementar

DIREITO DOS CONTRATOS

Classificação

- UNILATERAL/BILATERAL
 - Não é relativa ao número de contratantes (negócio jurídico)
 - Nos unilaterais há obrigações somente para um dos contratantes (doação pura, mútuo, comodato)
 - Nos bilaterais, cada contratante é credor e devedor ao mesmo tempo em vetores contrários (compra e venda, locação, seguro)
 - Consequência: a exceção de contrato não-cumprido não se aplica aos contratos unilaterais (salvo os unilaterais que têm parecem bilaterais, como o mútuo)
- PESSOAL/IMPESSOAL
 - Consequência: pessoais são intransmissíveis (no caso de morte ou interdição) e não podem ser cedidos (numa assunção de dívida ou numa cessão de posição contratual)
- INDIVIDUAL/COLETIVO (NORMATIVO)
 - Contratos coletivos: acordo normativo, que engloba pessoas certas, mas apenas determináveis (convenção coletiva de trabalho)
- GRATUITO (BENÉFICO)/ONEROSO

- Onerosos: à vantagem equivale um sacrifício, seja para a parte seja para um terceiro (permuta, compra e venda, locação)
- Gratuitos: só uma parte tem proveito (comodato, doação, mesmo que remuneratória ou com encargo)
- **COMUTATIVO/ALEATÓRIO**
 - Essa classificação que só vale para os contratos onerosos
 - Comutativos: a vantagem e o sacrifício são equivalentes (locação, comodato, compra e venda)
 - Aleatórios: alternativa de ganho ou perda, havendo incerteza na contraprestação ou em sua duração (loteria, previdência privada com renda vitalícia, compra e venda de safra, mercado de ações)
 - Se o contrato for aleatório, por dizer respeito a coisas ou fatos futuros, cujo risco de não virem a existir um dos contratantes assuma, terá o outro direito de receber integralmente o que lhe foi prometido, desde que de sua parte não tenha havido dolo ou culpa, ainda que nada do avençado venha a existir
- **PRINCIPAL/ACESSÓRIO**
 - Acessórios: não têm existência autônoma, própria, independente, mas têm por função garantir o cumprimento das obrigações contraídas no contrato principal (penhor, anticrese, hipoteca, fiança, caução, todos os contratos de garantia; outros contratos também podem ser acessórios, como o seguro, quando ligado a um financiamento imobiliário)
 - O contrato acessório segue a sorte do principal
- **INSTANTÂNEO/DURAÇÃO**
 - Instantâneos: prestações podem ser realizadas em um único instante
 - De duração (contrato de trato sucessivo, de execução continuada, de débito permanente, de duração): prestações não podem ser realizadas em um único instante
- **INSTANTÂNEO DE EXECUÇÃO IMEDIATA/EXECUÇÃO DIFERIDA**
 - Classificação que vale apenas para os contratos instantâneos
 - Contratos instantâneos de execução imediata: a execução é feita imediatamente após a formação (compra e venda com pagamento imediato)
 - Contratos de duração de execução diferida: a execução se alarga no tempo, por conveniência das partes, em virtude de existência de termo (compra e venda com parcelamento)
- **TEMPO DETERMINADO/INDETERMINADO**
 - Por tempo indeterminado: puro, não se subordina a cláusula especial alguma
 - Por tempo determinado: impuro, se submete à condição ou ao termo
 - Consequência: contrato por tempo indeterminado pode ser extinto a qualquer tempo, por iniciativa de uma ou de ambas as partes ou por força maior
- **CONSENSUAIS/FORMAIS (SOLENES)**
 - Nos contratos formais/solenes há prescrição legal exigindo formalidade específica, ou seja, exige-se que o consentimento seja expresso de determinada forma
- **NOMINADO/INOMINADO OU TÍPICO/ATÍPICO**
 - Típicos ou nominados: referem-se a contratos esquematizados em lei, com previsão legal mínima

- Atípicos ou inominados: não têm previsão legal

Garantias

➤ VÍCIOS REDIBITÓRIOS

- Vale para todos os contratos comutativos e onerosos
 - Exceção: doação onerosa ou doação em transação
- Defeitos ocultos que desvalorizam a coisa ou tornam-na imprestável para o uso proposto
- Deve ter se originado antes da tradição
- Não importa se o alienante sabia ou não do vício, sua responsabilidade subsiste
 - Se sabia responderá também por perdas e danos
- Recebida a coisa com vícios, o que fazer? Optar por uma das ações, inacumuláveis e irrevogáveis:
 - Redibitória
 - Meio para enjeitar a coisa pelos vícios
 - Efeito: resolução do contrato
 - Direito à restituição do preço pago e ao reembolso das despesas pelo contrato
 - Estimatória (quanti minoris)
 - Meio para obter abatimento do preço
 - Efeito: redução do preço (não tem por efeito a resolução)
- Prazos
 - Bens móveis: 30 dias (contado a partir da tradição)
 - Bens imóveis: 1 ano (contado a partir da tradição)
 - Exceções:
 - 1. Se o sujeito já estava na posse do bem o prazo cai pela metade, contado da conclusão do negócio
 - 2. Quando o vício se conhece posteriormente, começa a contar o prazo de seu conhecimento
 - Limita-se o prazo total a 180 dias (bens móveis) ou 1 ano (bens imóveis)
 - 3. os semoventes têm regulamentação própria
 - 4. Não corre o prazo na constância de cláusula de garantia
 - Adquirente deve denunciar o defeito em 30 dias, tomando conhecimento, sob pena de decadência
- Não há proteção ao adquirente em relação aos vícios redibitórios caso o bem seja adquirido em hasta pública

➤ EVICÇÃO

- É a perda judicial da coisa, em virtude de sentença judicial, por quem a possuía como sua, em favor de terceiro, detentor de direito anterior sobre ela
- Indenização
 - Restituição integral do preço
 - Frutos

- Despesas e prejuízos
- Custas e honorários
- Pode ser estabelecida cláusula de evicção em contrário
 - Não obstante a cláusula que exclui a garantia contra a evicção, se esta se der, tem direito o evicto a receber o preço que pagou pela coisa evicta, se não soube do risco da evicção, ou, dele informado, não o assumiu
- Há proteção ao adquirente em relação à evicção caso o bem seja adquirido em hasta pública

Extinção

➤ RESOLUÇÃO

- Cabível no caso de inadimplemento
- Lesado pode exigir perdas e danos, ou pode exigir a execução coativa do contrato, também cabendo, neste caso, indenização
- Aplica a cláusula penal
- Extinguir o contrato com eficácia *ex tunc* (retroativamente)
- Cláusula resolutive tácita: autoriza a parte a requerer a resolução contrato, mas apenas judicialmente
- Cláusula resolutive expressa: independe de interpelação judicial

➤ RESILIÇÃO

- Cabível no caso de direito de arrependimento
- Dissolução do contrato por simples declaração de vontade de uma ou das duas partes contratantes
- Resilição bilateral (distrato)
 - O conteúdo do distrato é livre, mas sua forma deve ser igual à do contrato, se a lei exige forma específica para ele
- Resilição unilateral (denúncia)
 - Motivada: precisa declinar seus motivos, as razões (na locação, se chama denúncia cheia; no contrato de trabalho, demissão com justa causa)
 - Desmotivada: não há necessidade de apresentar razões, basta apresentar a denúncia (na locação, chamada de denúncia vazia; no contrato de trabalho, demissão sem justa causa)
- Prazo da denúncia é geralmente estipulado em lei
 - Exceção: em determinados negócios, o lapso temporal deve ser compatível com a natureza do negócio e o montante de investimentos que a outra parte realizou para que o contrato pudesse ser executado

➤ RESCISÃO

- Usada como gênero, englobando a resilição e a rescisão

Teoria do adimplemento substancial

➤ REQUISITOS

- Cumprimento expressivo do contato
- Realização da prestação correspondente ao fim visado

- Preservação da boa-fé objetiva do devedor na execução
- Preservação do equilíbrio contratual
- Ausência de enriquecimento sem causa e abuso de direito

Teoria da imprevisão

➤ REQUISITOS

- Evento imprevisível
- Circunstâncias externas e radicais
- Enriquecimento inesperado e injusto ao credor
- Excessiva onerosidade ao devedor (cunho objetivo: tem de ser muito oneroso para todo contratante em semelhante situação)
- Contrato de duração (exceção para os contratos instantâneos de execução diferida)

➤ EFEITOS

- Revisão: para que o contrato seja reequilibrado
- Resolução: extinção do contrato, para evitar mais efeitos danosos

Responsabilidade Civil

Indenização

➤ PRAZO

- Ação de reparação de danos: 3 anos, contados da data do evento

➤ VALOR

- Quando a responsabilidade é contratual, podem os contratantes prefixar no próprio contrato, em uma cláusula penal, os valores de ressarcimento
- O ordenamento jurídico brasileiro veda que as vítimas sejam indenizadas em duplicidade pelo mesmo evento danoso
 - Exceção: seguro de vida
- Parâmetros: o que perdeu (dano emergente) e o que deixou de ganhar (lucro cessante)

Excludentes de responsabilidade

➤ LEGÍTIMA DEFESA

- Não é necessário o prévio julgamento no juízo criminal para ficar comprovada, pois há independência dos juízos
- Requisitos
 - Agressão atual ou iminente e injusta (sem provocação)
 - Preservação de direito próprio ou alheio
 - Emprego moderado dos meios
- A legítima defesa que ofende a honra não exclui a indenização

- Se o resultado da legítima defesa ofende a pessoa estranha à agressão, a responsabilidade de indenizar subsiste em relação ao terceiro
- A legítima defesa putativa – em que há erro de fato sobre a situação de legítima defesa – não exclui a ilicitude, nem o dever de indenizar
- ESTADO DE NECESSIDADE
 - Deve haver deterioração/destruição de coisa alheia para remover perigo iminente, restringindo-se aos casos absolutamente necessários, e desde que não haja excesso
 - Se o dono da coisa ou a pessoa lesada não forem culpados por causar o perigo, fica-lhes garantido o direito à indenização pelos danos a ser pago por quem os causou
 - Há direito de regresso do autor do dano contra quem causou o perigo a ser evitado
- CASO FORTUITO E/OU FORÇA MAIOR
 - Devedor não responde pelos prejuízos resultantes do caso fortuito ou da força maior se não se houver responsabilizado expressamente
- CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA
 - Excludente de nexo de causalidade
 - Culpa concorrente não exclui a responsabilidade, apenas minora a indenização

Responsabilidade por fato de outrem

- GENERALIDADES
 - Vê-se aqui a possibilidade de não causar dano a outrem e, ainda assim, ser responsabilizado
 - A responsabilidade do responsável é objetiva
 - Isso significa que a responsabilidade do causador do dano é objetiva? NÃO!!! Assim, se meu filho causou dano, eu respondo objetivamente, mas a vítima tem de provar a culpa de meu filho. MUITO CUIDADO!!!
 - Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou
 - Exceção: se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz
 - A responsabilidade entre o causador do dano e o responsável é solidária
 - Exceção: filhos menores, caso no qual a responsabilidade dos menores é subsidiária
 - Porém, se os responsáveis legais não tiverem a obrigação de indenizar ou quando estes não possuem meios para adimplir com a indenização, os próprios incapazes responderão, subsidiariamente
- RESPONSABILIDADE DOS PAIS
 - Respondem os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia
 - Cuidado em relação às expressões “sob sua autoridade” e “em sua companhia”. A autoridade liga-se ao poder familiar; se um ou ambos ou genitores não detém poder familiar sobre o menor, não responde pelo dano
 - A companhia não remete apenas à companhia momentânea, mas duradoura, ou seja, se o menor sai, à noite, e causa um dano, os pais são responsáveis
 - Emancipação voluntária mantém a responsabilidade dos pais, segundo o STJ; nos demais casos, não
- RESPONSABILIDADE DO TUTOR/CURADOR

- Responde tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições
- Cuidado com as alterações do Estatuto da Pessoa com Deficiência
- **RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR**
 - Responde o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele
 - Essa responsabilização ocorre, em regra, apenas durante a execução da atividade subordinada, ou seja, durante o “expediente”
 - Por aplicação da Teoria da Aparência, há exceções, eis que aquele que sofre o dano “acredita” que o causador do dano o fez em razão do emprego e, por isso, deve ser indenizado
- **RESPONSABILIDADE DOS ALBERGUES**
 - Respondem os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos
 - Essa responsabilidade abrange os danos causados pelos hóspedes a terceiros e pelo estabelecimento aos hóspedes
 - Cláusulas que atenuam ou isentam a responsabilidade do estabelecimento são nulas, mesmo que existam avisos ostensivos, segundo o CDC
- **RESPONSABILIDADE NO PRODUTO DO CRIME**
 - Respondem os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia
 - Não confunda com a coautoria!
 - Na coautoria o sujeito participa do evento, aqui, apenas recebe o produto do crime (o que, em realidade, configura o tipo de receptação do art. 180 do CP)
 - Na receptação responde apenas pelo dano até o valor que recebeu, na coautoria, responde integralmente pelo dano

Responsabilidade civil-penal

- **INDEPENDÊNCIA DO JUÍZO**
 - Não se pode discutir mais a autoria e existência do fato quando já há decisão na esfera criminal
 - Ainda que exista uma sentença criminal absolutória, pode-se ingressar com uma ação cível indenizatória, por: falta de provas e atipicidade de conduta
- **SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO**
 - Quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva

DIREITO DAS COISAS

Posse

- **DETENÇÃO**

- Ordem de outrem em manter uma "posse", mas sem animus de mantê-la
- Atos de mera tolerância do proprietário
- Situação de posse violenta ou clandestina
- **COMPOSSE**
 - Domínio sobre uma coisa comum a mais de uma pessoa, de modo *pro indiviso*
 - A comosse exige que todos possam utilizar a coisa diretamente, sem excluir os demais
- **ESPÉCIES**
 - Quanto ao vício objetivo
 - Posse justa
 - Se for adquirida por meios legalmente admitidos, a posse é justa, ou seja, posse conforme o Direito
 - Ela é justa quando não maculada pela violência, clandestinidade ou precariedade
 - Posse injusta
 - Ao contrário, aquela adquirida de modo violento, clandestino ou precário
 - Posse violenta é aquela adquirida por força, mediante a prática de atos irresistíveis
 - Posse clandestina é aquela obtida às escondidas, usando de artifícios para enganar o possuidor.
 - A Posse precária, por sua vez, se obtém por abuso de confiança, sem que fosse restituída a coisa devida.
 - Quanto ao vício subjetivo
 - Posse de boa-fé
 - O possuidor ignora o obstáculo que impede a aquisição da coisa. Pode ser:
 - Real: apoiada em elementos evidentes que não deixam dúvida
 - Presumida: quando possui justo título
 - Posse de má-fé
 - Mesmo conhecendo o vício, possui. O estado de dúvida não induz, necessariamente, a má-fé
 - Quanto ao desdobramento
 - Posse direta
 - Aquele que detém o domínio, detém a posse direta. Em geral, o proprietário é também possuidor direto. Mas nem sempre
 - O possuidor indireto pode defender autonomamente sua posse, mesmo contra o possuidor direto, se for turbando na posse
 - Posse indireta
 - O proprietário, ainda que limitadamente, detém a posse indireta da coisa, mesmo que não a detenha, não a tenha consigo ou não a utilize
 - É o caso do locador, que não detém a posse direta, mas, por causa do direito de propriedade, detém posse indireto

➤ **AQUISIÇÃO**

- Adquire-se a posse desde o momento em que se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade
- Modos
 - Pelo próprio sujeito
 - Por representante ou procurador
 - Por terceiro sem procuração
 - Tem de ratificar, obrigatoriamente
- Transmissão
 - Sucessão
 - Sucessão universal: quando os herdeiros continuam na posse dos bens herdados
 - Transmissão da posse é obrigatória
 - União
 - Sucessão singular: quando alguém transfere, por uma relação jurídica, a posse a outrem, pelo que suas posses se unem
 - Transmissão da posse é facultativa

➤ **PERDA**

- A posse se perde, portanto, desde o momento em que cessa o poder do possuidor sobre a coisa, ainda que contra sua vontade
- Porém, se exige que o possuidor saiba da perda; se não presenciou a perda, só se considera perdida a posse quando, tendo notícia dela, se abstém o possuidor de retornar a coisa, ou, tentando recuperá-la, é violentamente repellido
- Constituto possessório
 - Ocorre quando o possuidor passa a exercer a posse em nome alheio
 - Esse é um modo especial de tradição da coisa, em que o sujeito deixa de possuir a coisa em nome próprio para o fazer em nome alheio, transferindo-lhe a posse indireta (a tradição da coisa é meramente ficta)

Proteção possessória

➤ **DIREITO AOS INTERDITOS**

- Direito a proteger sua posse independentemente da qualidade dela
- A proteção possessória é geralmente feita por instrumentos chamados interditos
 - Excepcionalmente há tutela para a autodefesa da posse, em casos de agressão à posse que exija ação pronta, enérgica e imediata (desforço possessório)

➤ **DIREITO DE PERCEPÇÃO DOS FRUTOS**

- Pertencem os frutos ao possuidor de boa-fé, desde que a percepção ocorra antes de sua cessação
- Ao possuidor de má-fé, restituem-se apenas as despesas de produção e custeio dos frutos percebidos

- Os produtos devem ser restituídos
- DIREITO DE INDENIZAÇÃO POR BENFEITORIAS
 - As benfeitorias necessárias devem ser ressarcidas ao possuidor a qualquer título
 - As benfeitorias úteis são indenizadas somente ao possuidor de boa-fé
 - As benfeitorias voluptuárias comportam apenas o levantamento, se puderem ser retiradas sem destruição do bem principal
 - As benfeitorias compensam-se com os danos, e só obrigam ao ressarcimento se ao tempo da evicção ainda existirem
 - O reivindicante tem o direito de optar entre o valor atual e o seu custo ao possuidor de má-fé; ao possuidor de boa-fé indeniza pelo valor atual
- DIREITO DE RETENÇÃO PELOS VALORES
 - O possuidor de boa-fé tem direito de retenção da coisa principal até que lhe seja pago o valor das benfeitorias necessárias e úteis
 - O possuidor de má-fé não tem esse direito
- DIREITO DE RETENÇÃO PELAS BENFEITORIAS
 - O possuidor de boa-fé tem direito de retenção das benfeitorias voluptuárias, no caso de o proprietário não lhe pagar, desde que sua retirada não implique em destruição do bem principal
- DIREITO DE INDENIZAÇÃO PELOS PREJUÍZOS
 - O possuidor de boa-fé não responde pela perda ou deterioração da coisa a que não der causa
 - O possuidor de má-fé responde pela perda ou deterioração da coisa, ainda que acidentais, salvo se provar que mesmo que a coisa estivesse na posse do reivindicante teria ocorrido a perda ou deterioração
- DIREITO À USUCAPIÃO

Usucapião Imobiliária

- ORDINÁRIA
 - Rural e urbana
 - Prazo: 10 anos
 - Requisitos: boa-fé, com justo título
- EXTRAORDINÁRIA
 - Rural e urbana
 - Prazo: 15 anos
 - 10 anos se o possuidor houver estabelecido sua moradia ou realizado obras ou serviços de caráter produtivo
 - Requisitos: comuns (não exige boa-fé nem justo título)
- CONSTITUCIONAL
 - Rural e urbana
 - Prazo: 5 anos

- Requisitos
 - Urbano (ESPECIAL, PRO MORADIA)
 - Área de até 250 m²
 - Sem oposição
 - Moradia sua ou de família
 - Não ser proprietário de outro imóvel
 - Não pode usucapir deste modo mais de uma vez
 - Rurais (ESPECIAL, PRO LABORE)
 - Área de até 50 ha
 - Sem oposição
 - Tornar produtiva e ter moradia
 - Não ser proprietário de outro imóvel

➤ **COLETIVA**

- Somente urbana
- Prazo: 5 anos
- Requisitos
 - Área superior a 250 m²
 - Ocupada por população de baixa renda
 - Moradia
 - Sem oposição
 - Impossibilidade de identificar os terrenos ocupados por cada possuidor
- A sentença de procedência da usucapião coletiva constitui um condomínio entre os possuidores, sendo que a sentença deve atribuir igual fração ideal de terreno para cada um dos possuidores
- Esse é o caso de um condomínio especial, pois dotado de indivisibilidade, sendo somente divisível se por decisão favorável de dois terços dos condôminos, desde que na hipótese de uma urbanização posterior à constituição do condomínio

➤ **FAMILIAR**

- Somente urbana
- Prazo: 2 anos
- Requisitos
 - Área de até 250m²
 - Moradia
 - Sem oposição
 - Único imóvel
 - Abandono do lar conjugal pelo cônjuge/companheiro

Direitos de vizinhança

- Os vizinhos, porém, não se limitam aos confinantes, mas abrangem todos os que se localizam nas proximidades
- PASSAGEM FORÇADA
 - O dono do prédio que não tiver acesso à via pública poderá, mediante pagamento de indenização, reclamar passagem
 - Como estabelecer qual dos vizinhos estabelecerá a passagem? Será aquele que tem mais facilidade para dar a passagem

Condomínio

- CONDOMÍNIO GERAL
 - Ele se verifica quando um objeto é titularizado por mais de um sujeito, havendo divisão dos sujeitos, mas indivisão do objeto
 - Só tem parte comum
 - Em regra, tudo o que ocorre num condomínio deve ser partilhado entre os condôminos, tanto em relação a despesas, quanto aos ganhos, sempre na proporção dos quinhões
 - Presumem-se iguais as partes ideais dos condôminos, se nada tiver sido estipulado
 - A maioria delibera sobre a administração da coisa comum, escolhendo o administrador, que pode, inclusive, ser estranho ao condomínio, funcionando na qualidade de representante comum
 - Espécies
 - Pro diviso: tendente à divisão
 - Pro indiviso: tendente à indivisão

Direitos reais sobre coisa alheia

- SERVIDÃO
 - Servidão X Direito de vizinhança
 - Na servidão delimita-se um prédio como dominante o qual desfruta da prerrogativa sobre o prédio serviente, enquanto que no direito de vizinhança existe uma reciprocidade que cria igualmente direitos e obrigações.
 - O direito de vizinhança é criado por lei, enquanto que a servidão decorre da manifestação de vontade das partes
 - As limitações de vizinhança dispensam registro para constituição, ao passo que a servidão é criada mediante vontade devidamente registrada no Registro de Imóveis
 - Excepcionalmente, há uma espécie de “usucapião” de servidão, que independe de acordo prévio
 - Prazo: 10 anos
 - 20 anos, se sem justo título
 - Uso contínuo e pacífico da área, com justo título, e após decisão judicial

- Ela é indivisível e perpétua, com duração indefinida, prendendo-se ao bem imóvel
- Em regra, como o proprietário do imóvel dominante (que necessita da servidão) tem de exercer a servidão causando o menor prejuízo, cumpre a ele arcar com suas despesas
- O proprietário do imóvel serviente, então, não pode atrapalhar o uso da servidão, mas pode removê-la, se isso não causar dano ao dominante
- Adquire-se servidão por meio de sentença judicial, em duas ações
 - Ação confessória
 - Ação de divisão
- Extinção da servidão:
 - Desapropriação
 - Cancelamento
 - Quando o titular houver renunciado a sua servidão
 - Quando tiver cessado, para o prédio dominante, a utilidade ou a comodidade, que determinou a constituição da servidão
 - Quando o dono do prédio serviente resgatar a servidão
 - Pela reunião dos dois prédios no domínio da mesma pessoa
 - Pela supressão das respectivas obras por efeito de contrato, ou de outro título expresso
 - Pelo não uso, durante 10 anos contínuos
- Servidão de aqueduto
 - Espécie imprópria de servidão, porque tratada dentro dos direitos de vizinhança, numa espécie um tanto híbrida, já que conjuga algumas características de servidão (imóvel dominante e imóvel serviente) com outras de direito de vizinhança (desnecessidade de registro)
 - Mediante prévia indenização aos proprietários prejudicados, pode-se construir canalização através de seus prédios para receber as águas a que tenha direito, indispensáveis às primeiras necessidades da vida, e, desde que não cause prejuízo considerável aos proprietários, bem como para o escoamento de águas supérfluas ou acumuladas, ou a drenagem de terrenos
 - Ao proprietário prejudicado assiste direito a ressarcimento pelos danos que de futuro lhe advenham da infiltração das águas, bem como da deterioração das obras destinadas a canalizá-las
 - O proprietário prejudicado poderá exigir que seja subterrânea a canalização que atravessa áreas edificadas, pátios, hortas, jardins ou quintais, bem como da maneira que cause o menor prejuízo aos proprietários dos imóveis vizinhos, e a expensas do seu dono, a quem incumbem também as despesas de conservação
 - Se aplica ao direito de aqueduto o regramento da disciplina a passagem forçada de cabos e tubulações

➤ **USUFRUTO**

- Recai em bens móveis ou imóveis, abrangendo, no todo ou em parte, os frutos e utilidades, inclusive os acessórios
- Necessita de registro

- O usufruto não se transfere, mas seu exercício pode ceder-se por título gratuito ou oneroso
- Direitos do usufrutuário
 - Possuir, usar, administrar e perceber os frutos
 - Perceber os frutos e cobrar as dívidas, quando o usufruto recai em títulos de crédito
 - Perceber os frutos naturais, pendentes ao começar o usufruto, sem encargo de pagar as despesas de produção
 - Por outro lado, os frutos naturais, pendentes ao tempo em que cessa o usufruto, pertencem ao dono, também sem compensação das despesas
 - Perceber os frutos civis vencidos na data em que cessa o usufruto
 - Já os frutos civis, vencidos na data inicial do usufruto, pertencem ao proprietário
 - Usufruir da coisa em pessoa, ou mediante arrendamento
- Deveres do usufrutuário
 - Não mudar a destinação econômica do bem, sem expressa autorização do proprietário
 - Inventariar os bens recebidos e prestar garantia, caso exija o proprietário
 - Se quem receber o usufruto for o doador do próprio bem, não precisa dar garantia
 - Velar pela conservação dos bens, e entregá-los findo o usufruto
 - Pagar pelas deteriorações resultantes do exercício irregular do usufruto
 - Pagar pelas despesas ordinárias de conservação dos bens e pelas prestações e tributos devidos pela posse ou rendimento
 - Pagar pelas reparações que lhe competir, cobrando do proprietário a importância despendida
 - Informar o dono sobre qualquer lesão produzida contra a posse da coisa, ou os direitos deste
 - Pagar pelo seguro, se a coisa estiver segurada
 - O valor do seguro pertence, porém, ao segurador, salvo no caso de prejuízo do usufrutuário, que se sub-roga no valor da indenização
- Extinção do usufruto, cancelando-se o registro:
 - Pela renúncia ou morte do usufrutuário
 - Pelo termo de sua duração
 - Pela extinção da pessoa jurídica, em favor de quem o usufruto foi constituído, ou, se ela perdurar, pelo decurso de trinta anos da data em que se começou a exercer
 - Pela cessação do motivo de que se origina
 - Pela destruição da coisa
 - Pela consolidação
 - Por culpa do usufrutuário, quando aliena, deteriora, ou deixa arruinar os bens, não lhes acudindo com os reparos de conservação, ou quando, no usufruto de títulos de crédito, não dá às importâncias recebidas a aplicação prevista em lei
 - Pelo não uso, ou não fruição, da coisa em que o usufruto recai

- No caso de destruição da coisa dada em usufruto, sem culpa do proprietário, ele não será obrigado a reconstruí-lo, nem o usufruto se restabelecerá, se o proprietário reconstruir à sua custa o prédio
 - No entanto, se a indenização do seguro for aplicada à reconstrução do prédio, restabelecer-se-á o usufruto
- No caso de usufruto em favor de mais de uma pessoa, ele se extingue parcialmente em relação a cada uma das que falecerem
 - Exceção: se, por estipulação expressa, o quinhão desses couber ao sobrevivente

Impenhorabilidade

➤ LEI DO BEM DE FAMÍLIA

- Impenhorável
 - Imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar, limitado a uma única residência utilizada pela entidade como residência permanente
 - Se a entidade familiar tiver mais de um imóvel, considera-se bem de família o de menor valor
 - Exceção: se outro tiver sido registrado junto ao Registro de Imóveis como o bem de família, por meio de escritura pública
 - Abrange o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados
 - Abrange qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam
- Exceções: é penhorável o bem de família se a ação for movida por
 - Titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato
 - Credor da pensão alimentícia, resguardados os direitos, sobre o bem, do seu coproprietário que, com o devedor, integre união estável ou conjugal, observadas as hipóteses em que ambos responderão pela dívida
 - Cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar
 - Execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar
 - Ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens
 - Obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação
 - Igualmente, não se aplica a impenhorabilidade do bem de família quando o credor adquire imóvel mais valioso, de má-fé, quando em insolvência, alienando ou não a moradia anterior

DIREITO DE FAMÍLIA

Regimes de bens

➤ GENERALIDADES

- Regulação contratual acerca do funcionamento patrimonial das pessoas que se unem por casamento ou união estável, valendo desde a data do casamento ou união
- O pacto antenupcial é obrigatório sempre que o regime de bens escolhido pelos nubentes seja qualquer um, exceto quando se escolhe o regime de comunhão parcial de bens
 - Nulo
 - Se não feito por escritura pública
 - Convenções que contravenham disposição absoluta de lei
 - Ineficaz
 - Se não lher seguir o casamento
- Podem os casados trocar o regime de bens, a todo tempo, mediante autorização judicial
- Se as partes nada convencionarem, aplica-se o regime da comunhão parcial de bens, que é o regime supletivo e geral
- Seja qual for o regime de bens, os cônjuges podem livremente:
 - Praticar todos os atos de disposição e de administração necessários ao desempenho de sua profissão
 - Administrar os bens próprios
 - Desobrigar ou reivindicar os imóveis que tenham sido gravados ou alienados sem o seu consentimento ou sem suprimento judicial
 - Demandar a rescisão dos contratos de fiança e doação, ou a invalidação do aval, realizados pelo outro cônjuge sem consentimento
 - Reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo outro cônjuge ao concubino, desde que provado que os bens não foram adquiridos pelo esforço comum destes, se o casal estiver separado de fato por mais de cinco anos
 - Praticar todos os atos que não lhes forem vedados expressamente
 - Comprar, ainda a crédito, as coisas necessárias à economia doméstica
 - Como são em prol da unidade familiar, obrigam elas solidariamente ambos os cônjuges
 - Obter, por empréstimo, as quantias que a aquisição dessas coisas possa exigir
 - Como são em prol da unidade familiar, obrigam elas solidariamente ambos os cônjuges

➤ COMUNHÃO PARCIAL DE BENS

- Regime em que os bens adquiridos antes da união formam o patrimônio individual de cada cônjuge, ao passo que o patrimônio adquirido depois da constância da união forma o patrimônio comum, em comunhão
- Entram na comunhão
 - Os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges

- Os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior
- Os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges
- As benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge
- Os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão
- NÃO entram na comunhão
 - Os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar
 - Os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares
 - As obrigações anteriores ao casamento
 - As obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal
 - Os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão
 - Os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge
 - As pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes
- Presumem-se adquiridos os bens móveis na constância do casamento, quando não se provar que o foram em data anterior
- Exige-se a anuência de ambos os cônjuges para os atos, a título gratuito, que impliquem cessão do uso ou gozo dos bens comuns
- A administração e a disposição dos bens constitutivos do patrimônio particular competem ao cônjuge proprietário, salvo convenção diversa em pacto antenupcial
- Regime aplicável às uniões estáveis, salvo prévio pacto escrito
- **SEPARAÇÃO LEGAL/OBRIGATÓRIA DE BENS**
 - Exige-se esse regime
 - Das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento
 - O viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros
 - A viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal
 - O divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal
 - O tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas
 - Da pessoa maior de 70 anos
 - De todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial
 - Os bens do casal são todos individuais
 - Cada cônjuge tem patrimônio autônomo, que não se comunica com o patrimônio do outro

- S. 377/STF estabelece que no regime da separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento, desde originados de esforço comum
- Esse regime veda a mudança de regimes de bens

DIREITO DAS SUCESSÕES

Sucessão geral

➤ GENERALIDADES

- A transmissão da herança é automática, por força do princípio da *saisine*
- O foro competente para os procedimentos que envolvem a transmissão patrimonial é o último domicílio do falecido

➤ HERANÇA

- Se morre a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos
- Se houver herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança
 - Essa metade, que pertence aos herdeiros necessários, constitui a chamada legítima
 - O herdeiro necessário que receber do testador parte disponível da herança, ou algum legado, não perde o direito à legítima
 - A legítima se calcula sobre o valor dos bens existentes na abertura da sucessão, abatidas as dívidas e as despesas do funeral, adicionando-se, em seguida, o valor dos bens sujeitos a colação
 - São herdeiros necessários: os descendentes, os ascendentes e o cônjuge
 - Os colaterais não são herdeiros necessários (incluindo irmãos)
 - Para excluir da sucessão os herdeiros colaterais basta que o testador disponha de seu patrimônio sem os contemplar
- Se houver justa causa, declarada no testamento, pode o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade e de incomunicabilidade
 - Se o falecido insere cláusula de inalienabilidade, ela implica impenhorabilidade e incomunicabilidade, automaticamente
 - O inverso não vale, pois, se há apenas incomunicabilidade, o bem pode ser penhorado e alienado
 - Mediante autorização judicial e havendo justa causa, podem ser alienados os bens gravados, convertendo-se o produto em outros bens, que ficarão sub-rogados
- Herança jacente: se a pessoa morre sem deixar testamento e sem deixar herdeiros, ou, tendo herdeiros, eles renunciam
 - Depois de arrecadados, ficam sob a guarda e administração de um curador, até a sua entrega ao sucessor devidamente habilitado ou à declaração de sua vacância
 - Nesse caso, vai para o Estado
- Herdam-se dívidas até os limites do patrimônio recebido na herança

POLÍTICA AGRÍCOLA E REFORMA AGRÁRIA

- Reforma Agrária
 - O conjunto de medidas que visem a promover melhor distribuição da terra, mediante modificações no regime de sua posse e uso, a fim de atender aos princípios de justiça social e ao aumento de produtividade
- Política Agrícola
 - O conjunto de providências de amparo à propriedade da terra, que se destinem a orientar, no interesse da economia rural, as atividades agropecuárias, seja no sentido de garantir-lhes o pleno emprego, seja no de harmonizá-las com o processo de industrialização do país
- Minifúndio
 - Imóvel rural de área e possibilidades inferiores às da propriedade familiar
- Latifúndio
 - Imóvel rural que exceda a 600 vezes o módulo médio da propriedade rural ou a 600 vezes a área média dos imóveis rurais, considerando-se as condições ecológicas, sistemas agrícolas regionais e o fim a que se destine
 - Imóvel cuja área é inferior à área supramencionada e igual ou superior à dimensão do módulo de propriedade rural, sendo mantido inexplorado em relação às possibilidades físicas, econômicas e sociais do meio, com fins especulativos, ou seja deficiente ou inadequadamente explorado, de modo a vedar-lhe a inclusão no conceito de empresa rural
- NÃO SE CONSIDERA LATIFÚNDIO
 - Imóvel rural, qualquer que seja a sua dimensão, cujas características recomendem, sob o ponto de vista técnico e econômico, a exploração florestal racionalmente realizada, mediante planejamento adequado
 - Imóvel rural, ainda que de domínio particular, cujo objeto de preservação florestal ou de outros recursos naturais haja sido reconhecido para fins de tombamento, pelo órgão competente da administração pública

CONTRATOS NO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO

- SFI
 - Objetivo: promover o financiamento imobiliário em geral, segundo condições compatíveis com as da formação dos fundos respectivos
 - Abrangência: financiamento imobiliário GERAL
- SFH
 - Objetivo: estimular a construção de habitações de interesse social e o financiamento da aquisição da casa própria, especialmente pelas classes da população de menor renda
 - Abrangência: financiamento imobiliário HABITACIONAL
- Quem integra o SFH e nele opera?
 - Bancos múltiplos
 - Bancos comerciais
 - Caixas econômicas

- Sociedades de crédito imobiliário
 - Associações de poupança e empréstimo
 - Companhias hipotecárias
 - Órgãos federais, estaduais e municipais, inclusive sociedades de economia mista com participação majoritária do poder público, que operem no financiamento de habitações e obras conexas
 - Fundações, cooperativas e outras formas associativas para construção ou aquisição da casa própria sem finalidade de lucro, constituídas na forma da Lei
 - Caixas militares
 - Entidades abertas de previdência complementar
 - Companhias securitizadoras de crédito imobiliário
 - Outras instituições que venham a ser consideradas pelo CMN como integrantes do SFH
- Quem integra o SFI e nele opera?
 - As caixas econômicas
 - Os bancos comerciais
 - Os bancos de investimento
 - Os bancos com carteira de crédito imobiliário
 - As sociedades de crédito imobiliário
 - As associações de poupança e empréstimo
 - As companhias hipotecárias
 - Outras entidades, a critério do CMN
 - Não corresponde a limitação de juros remuneratórios vinculados aos contratos do SFH
 - Se prevista correção monetária nos contratos do SFH pelo índice da poupança, incide a TR
 - É legal a atualização do saldo devedor anteriormente à amortização pelo pagamento da prestação nos contratos regidos pelo SFH
 - É proibido que o mutuário do SFH seja compelido a contratar o seguro habitacional obrigatório com a instituição financeira mutuante ou com a seguradora por ela indicada
 - Nos contratos de financiamento celebrados no âmbito do SFH, sem cláusula de garantia de cobertura do FCVS, o saldo devedor residual deverá ser suportado pelo mutuário
 - No caso de sociedades anônimas impera a regra de que apenas os administradores da companhia e seu acionista controlador podem ser responsabilizados pelos atos de gestão e pela utilização abusiva do poder
 - O Ministério Público possui legitimidade ativa para o ajuizamento de ação civil pública cujo objeto se relaciona à tutela de mutuários do SFH
 - A liquidação antecipada com desconto integral do saldo devedor é cabível nos contratos de financiamentos imobiliários regidos pelo SFH que contenham cláusula de cobertura pelo FCVS e tenham sido firmados até 31/12/1987, à luz do disposto no art. 2º, §3º da Lei 10.150/2000
 - Devem ser restituídos os valores pagos por mutuários sem o desconto da liquidação antecipada cujos contratos se enquadrem na hipótese do referido dispositivo legal

- As associações civis têm legitimidade para propor ação civil pública na defesa de interesses individuais homogêneos relativos aos contratos de mútuo vinculados ao SFH
- No caso de cessão de direitos sobre imóvel financiado no âmbito do SFH após 25/10/1996, a anuência da instituição financeira mutuante é indispensável para que o cessionário adquira legitimidade ativa para requerer revisão das condições ajustadas, tanto para os contratos garantidos pelo FCVS como para aqueles sem referida cobertura
- Deve ser afastada a aplicação da cláusula que prevê foro de eleição diverso do domicílio do devedor em contrato de compra e venda de imóvel e financiamento regido pelo SFH
- A exigência de comum acordo entre o credor e o devedor na escolha do agente fiduciário aplica-se tão somente aos contratos não vinculados ao SFH

Considerações Finais

Chegamos ao final do nosso resumo. Me esforcei bastante para não deixar o resumo grande demais, ou ele não é um resumo. Por intermédio dele, você pode visualizar quais são as minhas apostas para a sua prova, já que decidi excluir dele os pontos que têm menos incidência nas provas da Magistratura Federal. Dos diversos aspectos, esses me parecem os relevantes, e que devem aparecer na sua prova. Força nos estudos!

Paulo H M Sousa

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

VISÃO GERAL DO NCPD

CPC 1973	CPC 2015 (entrou em vigor 18/03/2016 – Enunciado Administrativo n. 1, STJ)
Livro I: Do Processo de Conhecimento (arts. 1º ao 565); Livro II – Do Processo de Execução (arts. 566 ao 795); Livro III – Do Processo Cautelar (arts. 796 ao 889); Livro IV – Procedimentos Especiais (arts. 890 ao 1.210); Livro V – Das Disposições Finais e Transitórias (arts. 1.211 ao 1.220).	Parte geral: Livro I – Das Normas Processuais (arts. 1º ao 15); Livro II – Da Função Jurisdicional (arts. 16 ao 69); Livro III – Dos Sujeitos do Processo (arts. 70 ao 187); Livro IV – Dos Atos Processuais (arts. 188 ao 293) Livro V – Da Tutela Provisória (arts. 294 ao 311) Livro VI – Da Formação, Suspensão e Extinção do Processo (arts. 312 ao 317); Parte Especial: Livro I: Do Processo de Conhecimento e do Cumprimento de Sentença (arts. 318 ao 770); Livro II: Do Processo de Execução (arts. 771 ao 925); Livro III: Do Processo nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais (arts. 926 ao 1.044); Livro Complementar: Disposições Finais e Transitórias (arts. 1.045 a 1.072).

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS (5 OBJETIVOS)

- 1) Estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal
- 2) Criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa
- 3) Simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal
- 4) Dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado
- 5) Finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade

FASES DO PROCESSO CIVIL

<u>1ª Fase:</u> <u>Sincretismo/Civilismo/Imanentismo/Praxismo</u>	Não havia autonomia didático-científica do Direito Processual Civil. Ele era concebido de uma forma entrelaçada, imanente, inerente ao Direito Material.
<u>2ª fase: Processualismo/Autonomismo/Fase Científica</u>	Iniciada em 1868, quando Oskar Von Bülow publicou sua obra, percebeu-se o processo como uma relação jurídica autônoma, mais precisamente uma relação jurídica triangular, formada pelas partes e pelo Estado-Juiz. Direito material e processual desuniram-se, passando este a ser estudado como ciência autônoma.
<u>3ª fase: Instrumentalismo/Fase do Acesso à Justiça</u>	Promoveu reaproximação do Direito material com o Direito Processual, de modo que este, mantendo sua autonomia didático-científica, foi concebido como um instrumento para a realização do Direito Material. Como livro representativo dessa fase, temos a obra “Acesso à Justiça” ³⁵ , do italiano <i>Mauro Cappelletti</i> e norte-americano <i>Bryant Garth</i> , em que os autores analisam as deficiências de alguns sistemas jurídicos do ocidente e propõe uma reformulação do Processo pela adoção de 3 ondas renovatórias , quais sejam: i) luta pela assistência judiciária (justiça aos pobres); ii) representação dos interesses difusos (coletivização do processo); iii) novo enfoque de acesso à justiça (efetividade do processo).

³⁵ Título original, traduzido, seria o seguinte: **Acesso à Justiça: O movimento mundial para tornar os direitos efetivos.** Foi publicado originalmente em 1978 e traduzido para o Português pela Ministra Ellen Gracie em 1988.

<p><u>4ª Fase: Neoprocessualismo (ou formalismo valorativo)</u></p>	<p>Tem por objetivo manter a noção alcançada pela fase anterior, isto é, concepção de que o processo é um instrumento para se alcançar, efetivar o direito material, <u>mas acrescentar em seu estudo todos os avanços operados pelo Neoconstitucionalismo</u>. É a fase do instrumentalismo revisitada pelos influxos do neoconstitucionalismo e do pós-positivismo.</p>
--	---

Neoconstitucionalismo: marco histórico (pós 2ª guerra); marco filosófico (pós-positivismo); marco teórico, este subdividido em a) o reconhecimento de força normativa à Constituição³⁶; b) a expansão da jurisdição constitucional³⁷; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional).

Na Constituição, o núcleo do Processo Civil está nos seguintes artigos:

Devido processo legal	Art. 5º, LIV
Contraditório e ampla defesa	Art. 5º, LV
Duração razoável do processo	Art. 5º, LXXVIII
Inafastabilidade da jurisdição	Art. 5º, XXXV
Motivação das decisões	Art. 93, IX
Publicidade	Art. 5º, LX
Isonomia	Art. 5º, caput
Proibição de produção de provas ilícitas	Art. 5º, LVI

Repercussões do Neoconstitucionalismo no Processo Civil³⁸		
Teoria das Fontes	Teoria da Hermenêutica	Relação do Direito Processual com o Direito Constitucional
Teoria dos princípios como espécie de norma	Distinção entre texto e norma	Força Normativa da Constituição
Jurisprudência como fonte do Direito	Atividade criativa	Teoria dos Direitos Fundamentais

³⁶ Interessante citar a obra “**A Força Normativa da Constituição**”, do alemão Konrad Hesse, traduzida pelo Min. Gilmar Mendes.

³⁷ Interessante citar a criação e expansão dos Tribunais Constitucionais nos países ocidentais, criação esta derivada da formulação teórica de Hans Kelsen na elaboração da Constituição Austríaca de 1920.

³⁸ Conforme o Curso de Fredie Didier.

Mudança na técnica legislativa (reforço de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados)	Proporcionalidade e razoabilidade	Expansão da Jurisdição Constitucional
---	-----------------------------------	---------------------------------------

Mudança na Teoria das Fontes

Doutrina clássica	Doutrina moderna
<ul style="list-style-type: none"> Fonte formal <u>imediate</u>: Lei <i>lato sensu</i>. Fonte formal <u>mediata</u>: analogia, costumes e princípios gerais do direito (art. 4º, LINDB). 	<ul style="list-style-type: none"> Fonte formal <u>imediate</u>: lei <i>lato sensu</i>, princípios, Jurisprudência (mais especificamente os precedentes vinculantes). Fonte formal <u>mediata</u>: analogia, costumes
<ul style="list-style-type: none"> Fonte não formal: doutrina e jurisprudência 	<ul style="list-style-type: none"> Fonte não formal: doutrina

CRFB, Art. 22. Compete **privativamente à União** legislar sobre:

*I - direito civil, comercial, penal, **processual**, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.*

Parágrafo único. *Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.*

Ademais, lembrem-se que o art. 24, incisos IV, X e XI, CRFB dispõem que:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

IV - custas dos serviços forenses;

X - criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas;

XI - procedimentos em matéria processual³⁹;

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

§1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

I – relativa a:

*b) direito penal, processual penal e **processual civil**; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)*

LEI PROCESSUAL CIVIL NO ESPAÇO

Art. 13. A jurisdição civil será regida pelas normas processuais brasileiras, ressalvadas as disposições específicas previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte.

Art. 16. A jurisdição civil é exercida pelos juízes e pelos tribunais em todo o território nacional, conforme as disposições deste Código.

³⁹ O Estado de Pernambuco publicou recentemente, de forma inovadora no país, um código de procedimentos em matéria processual (Lei n. 16.397 de 04/07/2018).

Obs1: o art. 16, da LACP estabelece que:

Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. (Redação dada pela Lei nº 9.494/97)

O artigo quis dizer que a decisão do juiz na ação civil pública não produz efeitos no Brasil todo. Ela irá produzir efeitos apenas na comarca (se for Justiça Estadual) ou na seção ou subseção judiciária (se for Justiça Federal) do juiz prolator.

O STJ, após várias divergências, entendeu que:

A eficácia das decisões proferidas em ações civis públicas coletivas não deve ficar limitada ao território da competência do órgão jurisdicional que prolatou a decisão. (STJ, Corte Especial. EREsp 1134957/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 24/10/2016).

LEI PROCESSUAL CIVIL NO TEMPO

Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

TRT/RN/2015: As regras de direito processual são instrumentais às de direito material, razão pela qual alterações legislativas de natureza processual não se aplicam a processos futuros, mantendo-se para as pretensões deduzidas em juízo, a legislação processual vigente, ao tempo da propositura da demanda. Incorreto.

✓ **Aplicação imediata (predomínio da teoria do isolamento dos atos processuais)**

Exceções à Teoria do Isolamento dos Atos Processuais

i- Coisa julgada das questões prejudiciais (art. 503, §1º, CPC) só se aplica para processos ajuizados após 18 de março de 2016.

ii- Os processos pendentes (não sentenciados) do rito sumário e especial revogados continuam tramitando normalmente com base na legislação antiga. Trata-se de ultratividade da lei processual civil revogada (art. 1.046, § 1º, CPC).

Por outro lado, para processos ajuizados a partir de 18/03/2016, reger-se-ão pelo procedimento comum, procedimento este que fundiu o procedimento ordinário e sumário.

iii- O disposto no art. 525, §§ 14 e 15, e no art. 535, §§ 7º e 8º, aplica-se às decisões transitadas em julgado após a entrada em do NCPC.

iv- Como os juizados também julgavam demandas cujo rito era o sumário, em algumas hipóteses (art. 275, II, CPC/73 c/c art. 3º, II, Lei 9.099/95), a competência prorrogará até a edição de lei específica (art. 1.063, CPC).

✓ **Vacatio legis de 1 ano (NCPC entrou em vigor 18/03/2016).**

Vejam os enunciados do STJ a respeito que, inclusive, já caíram em prova.

Enunciado administrativo n. 1: O Plenário do STJ, em sessão administrativa em que se interpretou o art. 1.045 do novo Código de Processo Civil, decidiu, por unanimidade, que o Código de Processo Civil aprovado pela Lei n. 13.105/2015, entrará em vigor no dia 18 de março de 2016.

Enunciado administrativo n. 2: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Enunciado administrativo n. 3: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.

Enunciado administrativo n. 4: Nos feitos de competência civil originária e recursal do STJ, os atos processuais que vierem a ser praticados por julgadores, partes, Ministério Público, procuradores, serventuários e auxiliares da Justiça a partir de 18 de março de 2016, deverão observar os novos procedimentos trazidos pelo CPC/2015, sem prejuízo do disposto em legislação processual especial.

Enunciado administrativo n. 5: Nos recursos tempestivos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016), não caberá a abertura de prazo prevista no art. 932, parágrafo único, c/c o art. 1.029, § 3º, do novo CPC.

Enunciado administrativo n. 6: Nos recursos tempestivos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016), somente será concedido o prazo previsto no art. 932, parágrafo único, c/c o art. 1.029, § 3º, do novo CPC para que a parte sane vício estritamente formal.

Enunciado administrativo n. 7: Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC.

- ✓ **Regime jurídicos dos ED passam a ser idêntico nos Juizados e no CPC (agora, ambos interrompem o prazo).**
- ✓ **Vigora ainda o CPC 73** no que tange à insolvência civil.
- ✓ **Possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica.** Aplica-se também para juizados especiais.
- ✓ **Possibilidade de usucapião extrajudicial.**

Aplicação Subsidiária e Supletiva

Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

Enunciados do CJF relativos ao assunto:

ENUNCIADO 3 – As disposições do CPC aplicam-se supletiva e subsidiariamente ao Código de Processo Penal, no que não forem incompatíveis com esta Lei.

ENUNCIADO 2 – As disposições do CPC aplicam-se supletiva e subsidiariamente às Leis n. 9.099/1995, 10.259/2001 e 12.153/2009, desde que não sejam incompatíveis com as regras e princípios dessas Leis.

ENUNCIADO 16 – As disposições previstas nos arts. 190 e 191 do CPC poderão aplicar-se aos procedimentos previstos nas leis que tratam dos juizados especiais, desde que não ofendam os princípios e regras previstos nas Leis n. 9.099/1995, 10.259/2001 e 12.153/2009.

NORMAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL (NCPC)

Art. 1º: Constitucionalização (inclusão e releitura) do Processo Civil

Art. 2º: Dispositivo, Impulso Oficial

Art. 3º: Inafastabilidade da Jurisdição e Estímulo à Resolução Consensual dos Conflitos

Art. 4º: Razoável Duração do Processo, Primazia das Decisões de Mérito e Efetividade

Art. 5º: Boa-Fé Objetiva Processual

Art. 6º: Cooperação

Art. 7º: Isonomia Material ou Paridade de Armas

Art. 8º: Dignidade da Pessoa Humana, Proporcionalidade, Razoabilidade, Legalidade, Publicidade, Eficiência

Art. 9º: Contraditório Participativo

Art. 10: Vedação às decisões por emboscada (surpresas)

Art. 11: Publicidade e Fundamentação

Art. 12: Ordem Cronológica

Obs1: Esse rol é **exemplificativo**. Como outros exemplos, temos segurança jurídica (precedentes vinculantes – art. 927, IRDR, IAC, art. 333 vetado), devido processo legal, instrumentalidade das formas etc.

Cespe/DPU/2017: Para garantir os pressupostos mencionados em sua exposição de motivos, o CPC estabelece, de forma exaustiva, as normas fundamentais do processo civil. Incorreto. Não é exaustiva.

Princípios

Devido Processo Legal

A doutrina identifica duas dimensões do devido processo legal.

a) **Dimensão formal** ou processual: O devido processo legal é a fonte de uma **série de direitos e garantias que dizem respeito à validade do processo**, a exemplo do contraditório, o juiz natural, a publicidade, a motivação, etc.

b) **Dimensão material (substancial):** É a fonte dos deveres de proporcionalidade e razoabilidade, ou seja, o devido processo legal impõe que o juiz, administrador e legislador tomem atitudes observando esses dois princípios⁴⁰.

Princípio do Contraditório (art. 5º, CRFB e art. 8º Pacto de San José da Costa Rica⁴¹)

O contraditório, segundo a doutrina, possui duas dimensões:

I. Dimensão formal: é a concepção clássica do contraditório, que o bipartia no binômio ciência e reação. Cumpria-se o contraditório se as partes tivessem ciência da decisão prolatada, bem como se lhe fosse oportunizada a possibilidade de reação⁴².

II. Dimensão substancial: concepção moderna do contraditório consubstancia-se num trinômio: ciência, reação e poder de influência. Este último tem a intenção de tornar a decisão judicial mais democrática, mais coparticipativa. Nesse ponto, o contraditório tem intrínseca ligação com o modelo cooperativo de processo (art. 6º, CPC), dentro do qual o juiz possui deveres de *esclarecimento* (ex. art. 357, § 3º), *prevenção* (art. 321), *adequação* (ex. arts. 139, VI e 373, § 1º), *consulta* (arts. 9º e 10), sempre oportunizando às partes a possibilidade de apresentarem suas razões para efetivamente influenciar a decisão do magistrado.

(FMPRS/TJMT – Juiz/2014) Quanto ao direito ao contraditório no processo civil, é correto afirmar que:

- a) esgota-se no direito de informação e no direito de reação a respeito das alegações de fato e das provas produzidas pelas partes.
- b) também chamado de bilateralidade da instância, é um princípio que tem por titulares e destinatários apenas as partes no processo.
- c) é o direito de ser informado, de reagir e de influenciar, tendo como titulares e destinatários apenas as partes no processo.
- d) é o direito de ser informado, de reagir e de influenciar, tendo como titulares as partes e como destinatário o juiz no processo.
- e) nenhuma das afirmações é totalmente correta.

⁴⁰ Em nosso curso a gente destaca bem a história e a conceituação de razoabilidade e proporcionalidade.

⁴¹ Art. 5º, LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Art. 8º Garantias Judiciais “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

⁴² Uma hipótese de violação à reação é o caso de indisponibilidade do sistema de peticionamento eletrônico por motivos técnicos no último dia do prazo, o que prorrogará o prazo para o dia útil subsequente (art. 10, § 2º, Lei 11.419/2006).

Cespe – DPU/2017: Voltado para a concepção democrática atual do processo justo, o CPC promoveu a evolução do contraditório, que passou a ser considerado efetivo apenas quando vai além da simples possibilidade formal de oitiva das partes. Correto.

Questões Interessantes

a) Mitigações ao contraditório

O parágrafo único do art. 9º estabelece algumas exceções à oitiva anterior da parte. Vejamos:

Art. 9o Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência;

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;

III - à decisão prevista no art. 701 (ação monitória).

Obs1: trata-se de rol exemplificativo. Como outros exemplos, temos os artigos 562 (liminar em possessória), 678 (embargos de terceiros), 332 (improcedência liminar do pedido), 355 (julgamento antecipado do mérito, total ou parcial, art. 8º, § 1º da LACP (inquérito civil instaurado pelo MP), arts. 77/81 (imposição de ofício de multas).

Dentro desse tópico de mitigação do contraditório, questão importantíssima é saber se é possível tutela provisória contra Fazenda Pública.

Art. 1.059. À tutela provisória requerida contra a Fazenda Pública aplica-se o disposto nos arts. 1o a 4o da Lei no 8.437, de 30 de junho de 1992, e no art. 7o, § 2o, da Lei no 12.016, de 7 de agosto de 2009.

STF - SÚMULA Nº 729 - A decisão na ADC-4 não se aplica à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária.

Art. 300, § 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

ENUNCIADO 40 da I Jornada do CJF – A irreversibilidade dos efeitos da tutela de urgência não impede sua concessão, em se tratando de direito provável, cuja lesão seja irreversível.

Enunciado 25/ENFAM - vedação da concessão de tutela de urgência cujos efeitos possam ser irreversíveis (art. 300, § 3º, do CPC/2015) pode ser afastada no caso concreto com base na garantia do acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, da CRFB).

b) Contraditório e questões de ordem pública

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

c) Prova emprestada

Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.

Não é necessário que as partes do processo do qual se retira a prova sejam as mesmas do processo que receberá a prova. Elas se manifestarão agora. Nesse sentido, confira-se enunciado 30/CJF e informativo 543, STJ:

ENUNCIADO 30 – É admissível a prova emprestada, ainda que não haja identidade de partes, nos termos do art. 372 do CPC.

É admissível, assegurado o contraditório, prova emprestada de processo do qual não participaram as partes do processo para o qual a prova será trasladada (STJ, info 543).

Princípio da Inafastabilidade (art. 5º, XXXV, CRFB⁴³)

Ocorre que há leis que ainda exigem a provocação da via administrativa antes da provocação do Poder Judiciário, a exemplo do art. 8º, parágrafo único, Lei nº. 9.507/97 (Habeas Data); art. 5º, I, Lei nº. 12.016/2009 (MS); art. 7º, § 1º, Lei n. 11.417/2006 (uso da reclamação por descumprimento de súmula vinculante).

No RE 63.240, o STF considerou constitucional a exigência de prévio requerimento administrativo para haver o interesse de agir de demandar perante o Judiciário, salvo em algumas hipóteses⁴⁴.

Princípio da Duração Razoável do Processo (5º, LXXVIII, CRFB incluído pela EC 45/04⁴⁵ - e art. 4º, NCP)

Vale dizer que esse direito já estava garantido no Pacto de San José da Costa Rica, em seu artigo 8.1 CADH, pacto este que no Brasil vigora desde 1992.

Mesmo antes de 1992, porém, os autores afirmam que esse princípio era corolário do devido processo legal.

DPU/2017: Apesar de o CPC garantir às partes a obtenção, em prazo razoável, da solução integral do mérito, esse direito já existia no ordenamento jurídico brasileiro até mesmo antes da Emenda Constitucional n.º 45/2004. Correto.

⁴³ Art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

⁴⁴ **a)** Não há necessidade de prévio requerimento administrativo para que o segurado ingresse judicialmente com pedido de revisão de benefício previdenciário já recebido; **b)** Se a ação foi proposta em um juizado itinerante; **c)** Se a ação foi proposta sem prévio requerimento administrativo, mas o INSS já apresentou contestação de mérito; **d)** O interessado requereu administrativamente o benefício, mas o INSS não deu uma decisão em um prazo máximo de 45 dias; **e)** O interessado não requereu administrativamente o benefício, mas é notório que, sobre essa matéria, o INSS tem posição contrária ao pedido feito pelo segurado (ex: desaposentação).

⁴⁵ Na exposição, há passagem expressa de que “antes de ser expressamente incorporado à Constituição Federal em vigor (art. 5º, inciso LXXVIII), já havia sido contemplado em outros instrumentos normativos estrangeiros (veja-se, por exemplo, o art. 111, da Constituição da Itália) e convenções internacionais (Convenção Européia e **Pacto de San Jose da Costa Rica**). Trata-se, portanto, de tendência mundial”.

Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III, CRFB e art. 8º, NCPC⁴⁶)

O conceito de dignidade humana pode ser decomposto, segundo Luís Roberto Barroso⁴⁷, em três elementos: 1) valor intrínseco; 2) autonomia; e 3) valor comunitário.

Princípio da Isonomia (art. 5º, caput, CRFB e arts. 7º e 139, I, CPC⁴⁸)

No direito constitucional, diz-se que a igualdade se expressa em três dimensões: igualdade formal; igualdade material e igualdade como reconhecimento.

No **processo civil**, é interessante ter a isonomia correlacionada ao **princípio da paridade de armas**, segundo o qual as partes devem ter igual oportunidade dentro do processo. Como exemplo, as partes terão prazo uniforme para interpor e contrarrazoar recursos (15 dias úteis, salvo embargos de declaração, que são 5 dias úteis).

Com a adoção da igualdade **material**, em se constatando hipóteses de hipossuficiência de uma parte em relação a outra, poderá haver discriminação positiva. Dentre essas hipóteses, podemos citar:

a) Inversão do ônus da prova, que no sistema antigo estava apenas no CDC (art. 6º VIII), mas que o NCPC traz a teoria da carga dinâmica da prova, na forma do art. 373, § 1º.

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

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

⁴⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana;

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

⁴⁷ Texto do Min. Barroso intitulado: “Aqui, lá e em todo lugar”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. Pode ser facilmente encontrado na internet.

⁴⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

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

- b) Prerrogativas da Fazenda Pública, subdivididas em: a) prazo diferenciado (art. 183 – prazo em dobro); b) remessa necessária (art. 496); c) desnecessidade de adiantamento das custas processuais (art. 91); d) intimação/citação pessoal (art. 183, § 1º)
- c) Prerrogativa do MP e DP: a) prazo em dobro; b) citação/intimação pessoal⁴⁹.
- d) nomeação de curador especial quando o réu está em desvantagem: a) réu revel citado de maneira ficta- edital e hora certa; b) réu preso revel; c) incapaz quando: i- não tiver representante legal; ii- interesses daquele colidirem com os deste.
- e) tramitação prioritária: a) idosos (art. 71, Estatuto); b) ECA; c) portadores de doenças graves (art. 1.048, CPC); d) portadores de deficiência (art. 9º, VII, Lei n .13.146/2015).
- f) Alteração no procedimento no NCPC: o juiz poderá dilatar os prazos e alterar a ordem das provas (art. 139, IV), de acordo com a complexidade da causa.
- g) Ao trazer o sistema de precedentes (microsistema), o NCPC tenta garantir a igualdade e previsibilidade, que leva à segurança jurídica.
- h) Ordem cronológica (art. 12, CPC).

Princípio da Cooperação (art. 6º, CPC)

O princípio da cooperação tem, por **principal característica, transformar a atuação do juiz**, gerando **quatro** deveres principais.

i. Dever de esclarecimento: É dever do juiz esclarecer seus posicionamentos. O juiz tem o dever de ser claro (art. 489, § 1º, CPC).

Outro aspecto é o dever de esclarecer-se quando o juiz tiver dúvida sobre aquilo que as partes pleiteiam. Ex: saneamento compartilhado.

Art. 357, § 3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações

ii. Dever de prevenção: o juiz tem o dever de apontar defeitos que comprometam a validade do processo e dizer como eles devem ser corrigidos. Ex1: quando o relator verifica a ausência de uma peça em um agravo de instrumento, ele deve atestar a falta, e dizer qual a peça que está faltando para que o agravo seja corrigido. Ex2: na emenda da petição inicial, deve indicar o que está faltando.

⁴⁹ Cuidado: o STJ decidiu, em 23/08/2017, o REsp 1.349.935-SE, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, em sede de recurso repetitivo, no qual aduziu que o **termo inicial da contagem do prazo para impugnar decisão judicial é, para o Ministério Público, a data da entrega dos autos na repartição administrativa do órgão, sendo irrelevante que a intimação pessoal tenha se dado em audiência, em cartório ou por mandado.**

Entretanto, o referido posicionamento se aplica aos **processos criminais**. Aos **processos cíveis** ainda não há decisão do STJ a respeito, mas devemos seguir a disposição legal que, no art. 1.003, § 1º, CPC, diz: **Os sujeitos previstos no caput considerar-se-ão intimados em audiência quando nesta for proferida a decisão.**

Art. 321 O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado.

ENUNCIADO 95, I Jornada CJF – O juiz, antes de rejeitar liminarmente a impugnação ao cumprimento de sentença (art. 525, § 5º, do CPC), deve intimar o impugnante para sanar eventual vício, em observância ao dever processual de cooperação (art. 6º do CPC).

iii. Dever de consulta: o juiz não pode decidir com base em questão a respeito da qual as partes não foram intimadas a se manifestar (arts. 9º e 10, CPC, já transcritos acima).

iv. Dever de adequação: O juiz deve adequar o procedimento às necessidades do processo. Contudo, a possibilidade de adequação ficou mais limitada do que queriam alguns doutrinadores, permitida apenas nos casos expressos em lei.

Exs: para inversão da ordem das provas (art. 373, § 1º), ou ainda a ampliação de prazos, quando houver, por exemplo, dificuldade para o cumprimento do prazo posto na lei (art. 139, VI, e art. 437, § 2º).

Princípio⁵⁰ da Motivação das Decisões Judiciais (art. 93, IX, CRFB e art. 489, CPC)

Art. 489, § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, **seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:**

I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

Obs: STJ entendeu que não precisa enfrentar todos os argumentos. Basta combater aqueles principais para o deslinde da causa.

V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de **colisão entre normas**, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

Objetivos⁵¹

⁵⁰ Embora Fredie Didier fala em “regra” da motivação das decisões judiciais, seguiremos a doutrina majoritária que diz se tratar de princípio.

⁵¹ Os objetivos da motivação já foram cobrados em prova de 2ª fase do TJSP (2017).

- ✓ Controle da atividade estatal é inerente ao Estado democrático. Como o juiz não é eleito pelo povo, donde emana o poder (art. 1º, parágrafo único, CRFB), a sua atividade é legitimada, sobretudo, por meio da fundamentação das suas decisões.
- ✓ Pelo persuasão racional⁵², o juiz tem liberdade na apreciação das provas e demais alegações das partes, mas deve indicar em suas decisões as razões de seu convencimento (art. 131, CPC/73/art. 371, CPC/2015).
- ✓ Permitir que a parte tenha ciência dos argumentos para impugnar aquela decisão.

Vejam os seguintes enunciados da ENFAM:

10) A fundamentação sucinta não se confunde com a ausência de fundamentação e não acarreta a nulidade da decisão se forem enfrentadas todas as questões cuja resolução, em tese, influencie a decisão da causa.

12) Não ofende a norma extraível do inciso IV do § 1º do art. 489 do CPC/2015 a decisão que deixar de apreciar questões cujo exame tenha ficado prejudicado em razão da análise anterior de questão subordinante.

13) O art. 489, § 1º, IV, do CPC/2015 não obriga o juiz a enfrentar os fundamentos jurídicos invocados pela parte, quando já tenham sido enfrentados na formação dos precedentes obrigatórios.

Há controvérsia se o art. 498 se aplica aos juizados. A ENFAM entende que não, ao passo que a I Jornada de Direito Processual Civil entendeu que sim:

Enfam – 47 - O art. 489 do CPC/2015 não se aplica ao sistema de juizados especiais.

CJF - 37 – Aplica-se aos juizados especiais o disposto nos parágrafos do art. 489 do CPC.

Princípio da Primazia da Decisão de Mérito (art. 4º, CPC)

O **modelo constitucional de Processo Civil** impõe que promovamos, nas palavras de Cássio Scarpinella Bueno, não só a *juris-dição*, mas também a *juris-satisfação*.

Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

MPGO, 2016: Discorra sobre o princípio da primazia da decisão de mérito, consagrada no CPC, demonstrando quatro situações processuais em que o princípio se concretiza.

Poderíamos citar vários exemplos⁵³:

1 – A previsão no art. 1.007, §§ 2º e 4º, CPC, de que a parte que realizou insuficientemente o preparo terá a possibilidade de complementar, em 5 dias, bem como que a parte que não realizou qualquer preparo terá a oportunidade de realizar o preparo em dobro. O objetivo é solucionar o mérito, impedindo a antiga e famosa jurisprudência defensiva dos Tribunais que se apegavam em questões formais para não admitir recursos.

⁵² Antigamente designada de livre convencimento motivado (art. 131, CPC/1973). Tal expressão foi retirada do NCCP para demonstrar que não há qualquer permissão para discricionariedade do juiz.

⁵³ Há ainda outros exemplos: art. 218, § 4º; art. 488, art. 1.024, § 3º; art. 1.025; art. 1.032; art. 1.033.

2 - Art. 932, parágrafo único, CPC: “antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício⁵⁴ ou complementada a documentação exigível”.

3 – Art. 317: “antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício”, combinado com o art. 139, IX, que diz “o juiz dirigirá o processo, determinando o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais”. São normas gerais, podendo ser aplicados pelo juiz em variados casos.

4 – Art. 282, §2º, CPC:

Art. 282, § 2º Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

6 – Art. 485, §7º, CPC:

Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

§ 7º Interposta a apelação em qualquer dos casos de que tratam os incisos deste artigo, o juiz terá 5 (cinco) dias para retratar-se.

Princípio da Boa-Fé

Está implícito na Constituição, mas explícito no CPC (arts 5º, 322, § 2º, 489, § 3º).

Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

Art. 322, § 2º A interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé.

Art. 489, § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

A **boa-fé objetiva** é uma **norma** que impõe comportamentos éticos, leais, de acordo com **padrões objetivos de conduta** vigentes em uma determinada coletividade.

ENUNCIADO 1/CJF – A verificação da violação à boa-fé objetiva dispensa a comprovação do animus do sujeito processual.

O Século XX se caracterizou pelo desenvolvimento significativo da boa-fé do âmbito privado⁵⁵. A exemplo, a doutrina civilista destaca a boa-fé objetiva em três funções: a) função interpretativa (art. 113, CC); b) função limitadora (art. 187, CC); c) função integrativa (art. 422, CC). Ainda, são institutos dela decorrentes a *supressio, surrectio, venire contra factum proprium, exceptio non adimplente contractus* (ou *tu quoque*), a *exceptio doli* (desdobrada em *exceptio doli generalis* e *exceptio doli specialis*), *duty to mitigate the loss*.

No Processo Civil, o princípio da boa-fé se **dirige a todos os sujeitos do processo, inclusive ao juiz**, derivando as seguintes regras, segundo Didier.

⁵⁴ Pode sanar apenas vícios formais. Segundo o STF, não pode ser intimado para complementar a fundamentação.

⁵⁵ Por influência, sobretudo, alemã (§242 do BGB).

i- Impede o abuso de direitos processuais: esse princípio torna ilícito o exercício abusivo de um direito processual. Qualquer abuso de direito (art. 187, CC) no processo é ilícito.

Ex1: proíbe-se a nulidade de algibeira, isto é, a parte guarda a nulidade na algibeira, no bolso, durante muito tempo e apenas a suscita posteriormente, quando lhe for oportuno. A nulidade alegada não ser admitida, bem como a parte pode sofrer as sanções da litigância de má-fé (art. 81, CPC/2015), que, segundo o STJ, independe de comprovação do dano⁵⁶.

Ex2: O autor só pode desistir de um processo se o réu que contestou concordar. Porém, a recusa do réu deve ser fundamentada, segundo o STJ. Mas, para o mesmo STJ, basta o réu dizer o óbvio, isto é, de que quer que haja decisão de mérito (é preferível sentença definitiva a terminativa, pois fará coisa julgada).

Na hipótese em que o autor, após o decurso do prazo para a resposta, pretenda desistir da ação, constituirá motivação apta a impedir a extinção do processo a alegação do réu de que também faz jus à resolução do mérito da demanda contra si proposta. (REsp 1.318.558-RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 4/6/2013 - informativo 526, STJ).

Ex3: a parte que abusa do direito de defesa pode autorizar que o juiz defira tutela provisória de evidência (art. 311, I, CPC).

Ex4: o abuso no direito de recorrer é litigância de má-fé (art. 80, VII, CPC).

ii. Torna ilícitos os comportamentos dolosos

Ex: retirada de uma peça do processo, pedido de citação por edital quando o autor sabe onde reside o réu (art. 258, CPC) e etc.

iii. Proibição de comportamentos contraditórios: é o chamado *nemo potest venire contra factum proprium*.

Ex1: não pode pedir a invalidação de um ato a cujo defeito deu causa (art. 276, CPC).

Ex2: oferecimento de bem à penhora. O juiz determina a penhora do bem, e depois se alega que o bem é impenhorável. Novamente, aqui está caracterizado o venire contra factum proprium. STJ já chegou a sancionar tal conduta e permitir a penhora de bem de família. Todavia, tal entendimento, posteriormente, sofreu alguns reveses.

iv. Surgimento dos deveres de cooperação processual: Vimos anteriormente esses deveres.

v. Função hermenêutica: os atos postulatórios e as decisões judiciais devem ser interpretados de acordo com a boa-fé. Tal função está representada pelos arts. 322, §2º⁵⁷ e 489, § 3º, ambos do CPC.

⁵⁶ (STJ. 3ª Turma. REsp 1.628.065-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. p/acórdão Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 21/2/2017 - Info 601).

⁵⁷ Tem-se entendido que os pedidos devem ser extraídos da petição inicial como um todo e não apenas da parte final da peça, no rol dos pedidos.

Princípio da Segurança Jurídica e da Proteção da Confiança

O princípio, numa compreensão atual, é dividido em dois sentidos⁵⁸:

a) **objetivo**: estabilização do ordenamento jurídico (certeza do direito), tendo fundamento implícito no Estado Democrático de Direito (art. 1º, CRFB) e no art. 5º, XXXVI, CRFB. No âmbito infraconstitucional, é mencionado no art. 2º, Lei 9.784/99.

b) **subjetivo**: proteção da confiança das pessoas em relação às expectativas geradas pelas promessas e atos estatais.

Qual a aplicação desses entendimentos ao Processo Civil?

- a) **O dever de o tribunal uniformizar sua jurisprudência**: o dever de uniformizar a jurisprudência é um dever de dar segurança jurídica aos cidadãos (veja exposição de motivos do NCPC⁵⁹). Confira o seguinte trecho da exposição de motivos do NCPC:
- b) **O dever de modular os efeitos de uma mudança de jurisprudência**: para preservar a confiança legítima, a decisão de mudança da jurisprudência (overruling ou overriding) deve vir acompanhada de uma modulação, para não surpreender as pessoas que acreditavam na jurisprudência anterior e não poderiam ser surpreendidas com uma mudança que as pegasse desprevenidas. O art. 27 da lei da ADI e o **art. 927, § 4º, CPC** são exemplos disso.
- c) **Em qualquer decisão em que haja uma quebra da estabilidade** (ex: revisão de um entendimento já consolidado), **poderia o julgador criar regras de transição entre a posição que era estável e a posição nova**. Como exemplos disso, Didier cita o julgamento do STF no caso Raposa do Sol, em que foram fixadas 19 regras de transição para o caso, bem como o RE n. 631.240/MG (2014), em que foram aplicadas regras de transição entre o entendimento jurisprudencial antigo (não era necessário requerimento administrativo prévio para configurar interesse de agir) e o novo (é necessário requerimento administrativo prévio).

⁵⁸ A própria **exposição de motivos do NCPC** faz essa diferenciação, citando, para tanto, Canotilho: “O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da **segurança jurídica** e da **proteção à confiança** como elementos constitutivos do Estado de Direito. Esses dois princípios – segurança jurídica e proteção da confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexcionada com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a **proteção da confiança** se prende mais com os componentes subjetivos da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos dos actos”. (JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Almedina, Coimbra, 2000, p. 256).

⁵⁹ Mas talvez as alterações mais expressivas do sistema processual ligadas ao objetivo de harmonizá-lo com o espírito da Constituição Federal, sejam as que dizem respeito a regras que induzem à **uniformidade** e à **estabilidade da jurisprudência**.

Trata-se, na verdade, de um outro viés do princípio da segurança jurídica⁵⁹, que recomendaria que a jurisprudência, uma vez pacificada ou sumulada, tendesse a ser mais estável.

JURISDIÇÃO

Na linha do defendido por Fredie Didier Jr., a **jurisdição** é a *função atribuída a terceiro imparcial de realizar o Direito de modo imperativo e criativo (reconstrutivo) reconhecendo/efetivando/protegendo situações jurídicas concretamente deduzidas em decisão insuscetível de controle externo e com aptidão para tornar-se indiscutível.*

Escopos: Todos os Manuais apontam para três **objetivos (escopos)** fundamentais da jurisdição, quais sejam: fins **sociais; políticos e jurídicos**.

Características: caráter substitutivo; lide; inércia; definitividade.

Princípios: investidura; territorialidade (ou aderência); indelegabilidade; inevitabilidade; inafastabilidade; juiz natural.

Equivalentes Jurisdicionais

Autotutela

É a solução do conflito por imposição de um conflitante ao outro. "A autotutela é a solução egoísta do conflito".

Em regra, é crime (art. 345, CP, se for particular; Lei de Abuso de Autoridade – Lei nº. 4.898/65, se for o Estado)

Contudo, o ordenamento jurídico admite algumas hipóteses:

- i) desforço imediato no esbulho (art. 1210, par. 1º, CC):
- ii) legítima defesa (art. 188, I, CC):
- iii) apreensão do bem com penhor legal (art. 1.467, I, CC):
- iv) Autoexecutoriedade – prerrogativa do Poder Público de executar seus próprios atos;
- v) Direito de retenção (arts. 681, 708, 742, 1.219, 1.220, 1.433, II, 1.507, §2º, todos do CC):
- vi) Direito de greve (arts. 9º e 37, VII, ambos da CRFB):
- vii) Guerra⁶⁰ (a Carta das Nações Unidas, de 1945 permite o uso da força em caso de legítima defesa):

Autocomposição

É a solução consensual do conflito (solução altruísta), podendo ser: a) transação; b) submissão; c) mediação e conciliação; d) dispute board.

a) Transação

Os conflitantes fazem *concessões mútuas* e solucionam o conflito (art. 844, CC).

⁶⁰ Verão em direito internacional que o direito da guerra se divide em: "**Jus ad Bellum**", que é o **direito de fazer a guerra**; "**Jus in Bello**": o direito que deve reger a guerra, mais conhecido como **direito humanitário**. As convenções mais significativas são as **quatro Convenções de Genebra** e seus protocolos adicionais.

b) Submissão

Um dos conflitantes se submete à pretensão do outro voluntariamente, abdicando dos seus interesses. Quando é feita **em juízo**, a submissão do autor se chama renúncia (art. 487, III, “c”, CPC); a do réu se chama reconhecimento da procedência do pedido (art. 487, III, “a”, CPC).

Nesses casos, a autocomposição será homologada pelo juiz, prolatando uma sentença de mérito (art. 487, II, III, V, CPC), com formação de coisa julgada material.

A autocomposição pode ser alcançada por meio de um diálogo travado apenas pelas partes (**negociação direta**).

Mas também pode ser alcançada com a ajuda de um terceiro, que é chamado para ajudar as partes a chegar à autocomposição. Esse terceiro será um facilitador da autocomposição (**mediação e conciliação**).

c) Mediação e Conciliação

Entre os dois há diferenças e semelhanças. Vejamos quais são.

Diferenças: As principais diferenças que vêm caindo em prova são:

- i- Enquanto o mediador **não propõe soluções** no conflito às partes, o conciliador tem uma participação mais ativa, **podendo sugerir soluções** para o litígio.
- ii- O mediador deve atuar nos casos em que já houver vínculo anterior entre as partes (família, vizinhos, sócios), ao passo que o conciliador atuará quando não houver relação anterior entre os interessados (acidente de trânsito).

Princípios da Mediação e Conciliação: Independência; Imparcialidade; Autonomia da Vontade; Confidencialidade; Oralidade; Informalidade; Decisão Informada.

O NCPC deu enorme enfoque à conciliação e mediação:

a) arts. 165 a 175 – tratam da mediação e conciliação;

b) permite homologação judicial de acordo extrajudicial de qualquer natureza (arts. 515, III e 725, VIII);

c) permite que, no acordo judicial, seja incluída matéria estranha ao objeto do processo (art. 515, §2º);

d) permite negócios jurídicos processuais (art. 190);

e) Lei nº. 13.140/15, que disciplina exaustivamente a mediação;

f) Os entes da Administração (U, DF, E, M) podem criar câmaras administrativas de solução consensual (art. 174, CPC).

g) art. 3º, CPC, norma geral que estimula a autocomposição.

h) estruturação do procedimento a fim de tentar a autocomposição antes do oferecimento da defesa pelo réu (arts. 334 e 695, CPC).



Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com **antecedência mínima de 30 (trinta) dias**, devendo ser citado o réu com pelo menos **20 (vinte) dias de antecedência**.

§ 1º O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária.

§ 2º Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes.

§ 3º A intimação do **autor** para a audiência será feita na **pessoa de seu advogado**.

§ 4º A audiência não será realizada:

I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;

II - quando não se admitir a autocomposição.

§ 5º O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência.

§ 6º Havendo litisconsórcio, o **desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes**.

§ 7º A audiência de conciliação ou de mediação **pode realizar-se por meio eletrônico**, nos termos da lei.

§ 8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado **ato atentatório à dignidade da justiça** e será sancionado com **multa de até dois por cento** da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

§ 9º As partes devem estar **acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos**.

§ 10. **A parte poderá constituir representante**, por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir.

§ 11. **A autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença**.

§ 12. A pauta das audiências de conciliação ou de mediação será organizada de modo a **respeitar o intervalo mínimo de 20 (vinte) minutos entre o início de uma e o início da seguinte**.

FCC- DPE/ES 2016 Sobre conciliação e mediação, diante dos conceitos e regras do novo Código de Processo Civil:

- a) No procedimento comum, o não comparecimento injustificado do réu à audiência de conciliação ou mediação gera a sua revelia e impõe o pagamento de multa.
- b) A audiência prévia de conciliação ou mediação somente não será realizada se o autor ou o réu manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual.
- c) A conciliação seria o método mais adequado para a solução consensual para uma ação ajuizada como divórcio litigioso.
- d) Na sua atuação, o mediador deverá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

e) O conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.

(FMP CONCURSOS – PGE AC/2017) Considere as seguintes afirmativas sobre o tema da audiência de conciliação ou de mediação no âmbito do Código de Processo Civil. Assinale a alternativa INCORRETA.

a) Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

b) A audiência não será realizada quando não se admitir a autocomposição.

c) A audiência de conciliação ou de mediação deve ser realizada sempre com a presença física dos interessados, vedando-se a sua realização por meio eletrônico.

d) A pauta das audiências de conciliação ou de mediação será organizada de modo a respeitar o intervalo mínimo de 20 (vinte) minutos entre o início de uma e o início da seguinte.

e) A parte poderá constituir representante, por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir.

d) Dispute board⁶¹

Fernando Marcondes, com base na definição da Dispute Resolution Board Foundation (DRB-F), afirma que o *dispute board* “é um comitê formado por profissionais experientes e imparciais, contratado **antes** do início de um projeto de construção para acompanhar o progresso da execução da obra, encorajando as partes a evitar disputas e assistindo-as na solução daquelas que não puderem ser evitadas, visando à solução definitiva”⁶².

É conhecido como *Comitê de Prevenção de Disputas*.

Recentemente, ele foi previsto em enunciados da **I Jornada sobre Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios**:

49. Os Comitês de Resolução de Disputas (*Dispute Boards*) são um método de solução consensual de conflito, na forma prevista no parágrafo 3º do artigo 3º do CPC.

76. As decisões proferidas por um Comitê de Resolução de Disputas (*Dispute Board*), quando os contratantes tiverem acordado pela sua adoção obrigatória, vinculam as partes ao seu cumprimento até que o Poder

⁶¹ Sobre esse tema, interessantes os seguintes artigos publicados na Revista Conjur, que serviram de base para essas descrições: https://www.conjur.com.br/2017-jun-03/opiniao-dispute-boards-contratos-construcao-infraestrutura#_ftn1; <https://www.conjur.com.br/2016-set-13/rodrigo-oliveira-dispute-board-aliado-resolucao-conflitos>

⁶² MARCONDES, 2011 apud VAZ, Gilberto José. *Os Dispute Boards como método alternativo de resolução de disputas na indústria da construção*. Revista de Arbitragem e Mediação. Vol. 11, São Paulo: Ed. RT, abr-jun/2014, p. 327.

Judiciário ou o juízo arbitral competente emitam nova decisão ou a confirmem, caso venham a ser provocados pela parte inconformada.

80. *A utilização do Dispute Board, com a inserção da respectiva cláusula contratual, é recomendável para os contratos de construção ou de obras de infraestrutura, como mecanismo voltado para a prevenção de litígios e a redução dos custos correlatos, permitindo a imediata resolução de conflitos surgidos no curso da execução dos contratos.*

Ademais, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em acórdão relatado pelo ministro Marco Aurélio Bellizze (REsp 1.569.422-RJ), ainda que apenas na fundamentação, reconheceu a existência, validade e a eficácia dos Dispute Boards.

Arbitragem (Lei nº. 9.307/96)

A arbitragem é forma de resolução de conflito em que as partes buscam terceira pessoa, de sua confiança, para solucionar o litígio. É uma forma de **heterocomposição**.

*Art. 1º As pessoas **capazes** de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a **direitos patrimoniais disponíveis**.*

§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015) (Vigência)

§ 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015) (Vigência)

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

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

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

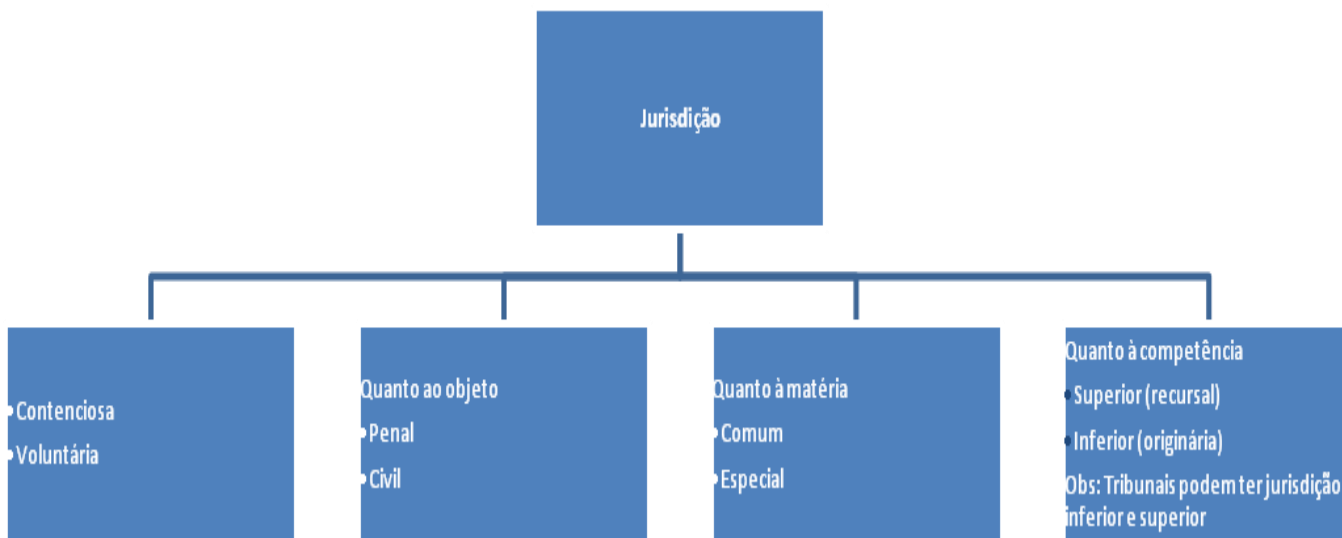
*§ 3º A arbitragem que envolva a **administração pública** será **sempre** de **direito** e respeitará o princípio da **publicidade**. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015) (Vigência)*

Cláusula compromissória: convenção de arbitragem em que se decide que conflitos **futuros**.

Compromisso arbitral: é uma convenção de arbitragem que **se refere a um conflito específico, determinado**.

Essa sentença arbitral é, inclusive, **título executivo judicial** (art. 515, VII, CPC). Ademais, ela faz coisa julgada material, autorizando a revisão judicial apenas quanto a vícios formais e **nunca** quanto ao seu **conteúdo** (art. 32 e 33, Lei 9.307/96). Por esses fatores, a doutrina majoritária diz que arbitragem possui natureza jurisdicional.

Espécies de Jurisdição



Cooperação Internacional

(ESAF/PFN/2012) No Brasil, os instrumentos de cooperação jurídica internacional são o auxílio direto, a homologação de sentença estrangeira, a carta rogatória e a extradição (mesmo que estes não estejam todos previstos na Constituição da República Federativa do Brasil). Correto.

(TRF2/2014) O auxílio direto é espécie do gênero cooperação jurídica internacional e consiste na assistência que a autoridade nacional presta à autoridade estrangeira requerente por meio de um procedimento nacional. Como regra, deve estar previsto em tratado internacional e prescinde da concessão de exequatur pelo Superior Tribunal de Justiça.

Correto.

Segue abaixo quadro formulado por Denise Abade, Procuradora Regional da República:

Carta rogatória	Auxílio direto
Trata-se de uma solicitação de auxílio direto por meio do cumprimento de ordem de autoridade competente.	Mesmo que o pedido venha do sistema de justiça (juiz ou promotor), é revestido do pedido internacional da parte de outro Estado, da alçada do Poder Executivo brasileiro.
Juízo de deliberação (cognição restrita)	Juízo de apreciação dos fatos (cognição ampla)
O poder Executivo meramente transmite ao STJ. Concedido o exequatur, o cumprimento cabe a juízo federal.	Ampla atuação do Poder Executivo. Somente se for exigida ordem judicial (caso de direito submetido à reserva de jurisdição) é que o pedido será submetido a juízo federal criminal pelo MPF.
Competência do STJ (exequatur)	Competência da Justiça Federal (art. 109, III) somente quando existir direito cuja restrição esteja submetida à decisão judicial.
Fundado em tratado ou promessa de reciprocidade.	Fundado em tratado ou promessa de reciprocidade. Se existir tratado internacional de auxílio direto, este será Lex specialis.

COMPETÊNCIA

Competência⁶³ é a **capacidade para exercer o Poder Jurisdicional**, sendo a **delimitação do exercício dessa atividade jurisdicional**.

A competência tem **natureza jurídica requisito/pressuposto de validade do processo**.

Princípios: Juiz Natural; Tipicidade; Competência Adequada; Kompetenzkompetenz

Competência Absoluta e Relativa⁶⁴

Competência Absoluta e Relativa		
Semelhanças	Diferenças	
Forma de alegação da incompetência → preliminar de contestação (art. 64, CPC)	Absoluta	Relativa
<i>Translatio iudicii</i> → reconhecida incompetência – <u>relativa</u> ou <u>absoluta</u> -, o processo será remetido ao juízo competente, preservando-se a litispendência e os efeitos materiais e processuais , devendo os atos serem revistos ou ratificados (ainda que tacitamente) pelo juízo que receber os autos.	Tem por finalidade atender a interesse público.	Tem por finalidade atender a interesse particular.
São matérias dilatórias → não levam à extinção do processo. Exceção: art. 51, III, Lei 9.099/99.	Não pode ser alterada pela vontade das partes. Também não são modificadas pela conexão e continência.	É possível alteração pela vontade das partes, tanto pelo foro de eleição (art. 63, CPC), quanto pela não alegação da incompetência relativa e a consequente prorrogação da competência (art. 65, <i>caput</i> , CPC). Além disso, podem ser modificadas por conexão e continência.
Efeitos da citação e do despacho citatório do juiz incompetente (absoluta e relativamente) → a citação válida , ainda que	Pode ser alegada por qualquer das partes, podendo ser reconhecida de	Somente pode ser arguida pelo réu, na contestação, sob pena de prorrogação de competência. Magistrado não pode reconhecer de

⁶³ Antônio Carlos Marcato, Alexandre Freitas Câmara e Daniel Assumpção, Marinoni, Mitidiero e Arenhart.

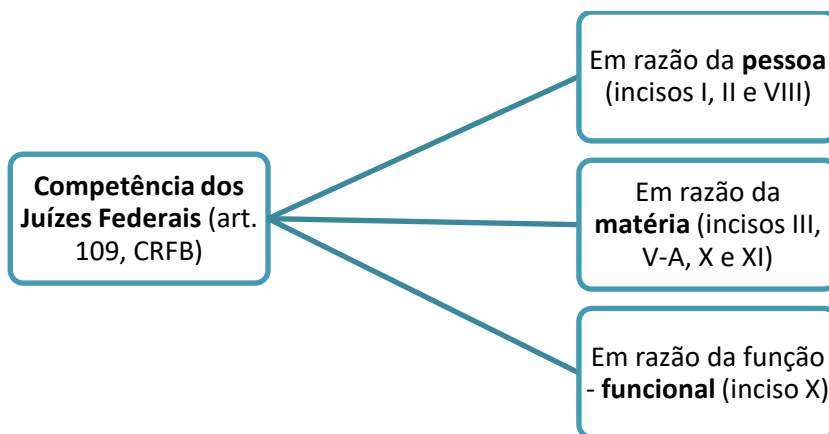
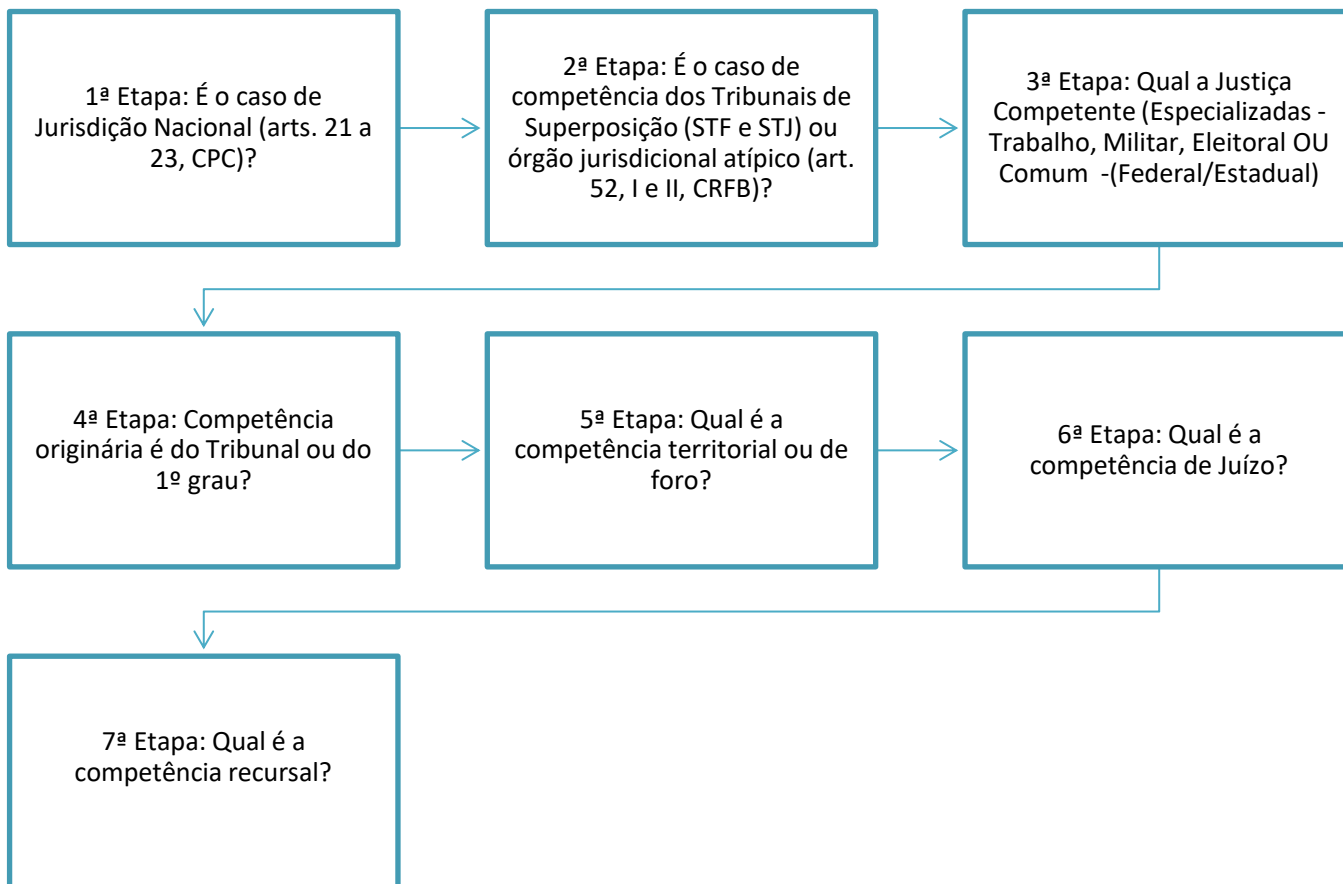
⁶⁴ São as diferenciações que mais caem em provas.

<p>ordenada por juízo incompetente (absoluta ou relativamente), <u>induz litispendência para o réu, faz litigiosa a coisa e constitui em mora o devedor</u>. O art. 240, §1º complementa dizendo que o despacho citatório, ainda que ordenado por juízo incompetente, <u>interrompe a prescrição</u>.</p>	<p>ofício pelo juízo (art. 64, §1º, CPC). Ademais, pode ser alegada a qualquer tempo, inclusive depois do trânsito em julgado, no prazo de dois anos da rescisória. Obs: doutrina e jurisprudência, até então, dizem que não pode ser suscitada apenas em recurso especial ou extraordinário, pois faltaria o prequestionamento.</p>	<p>ofício (súmula 33, STJ), mas há exceções: a) nulidade de cláusula de eleição de foro (art. 63, CPC); b) incompetência territorial no JEF (art. 51, III, Lei n. 9.099/95). O MP pode alegar nas causas que atuar como fiscal (art. 65, parágrafo único, CPC).</p>
<p>Recurso → embora não haja previsão expressa no art. 1.015, CPC, doutrina e jurisprudência tem admitido a interposição do agravo de instrumento.</p>	<p>As competências em razão da <u>matéria, pessoa e funcional</u> (MPF) são exemplos de competência absoluta. Excepcionalmente, podemos ter competência absoluta em razão do <u>valor da causa</u> (ex: Juizados Especiais Federais e da Fazenda Pública Estadual) e <u>territorial</u> (ex: ação civil pública).</p>	<p>As competências em razão do <u>valor da causa e territorial</u> são, em regra, relativas.</p>
	<p>A mudança superveniente de competência absoluta exige o deslocamento da causa para outro juízo, salvo se já tiver sido sentenciado (súmula 367, STJ). É uma exceção ao princípio da perpetuação da jurisdição (art. 43, CPC). Veremos mais a frente esse princípio.</p>	<p>A mudança superveniente da competência relativa é irrelevante, pois é mantida a perpetuação da jurisdição (<i>perpetuatio jurisdictionis</i>).</p>

Critérios Determinativos da Competência

Objetivo (partes, pedido e causa de pedir); Funcional; Territorial.

Distribuição da Competência



Art. 109, I (Maior Incidência)

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

Compete à Justiça Federal processar e julgar demanda proposta em face do INSS com o objetivo de ver reconhecido exclusivamente o direito da autora de receber pensão decorrente da morte do alegado

companheiro, ainda que seja necessário enfrentar questão prejudicial referente à existência, ou não, da união estável (STJ, CC 126.489-RN, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 10/4/2013).

Súmula 66, STJ: Compete à Justiça Federal processar e julgar execução fiscal promovida por Conselho de fiscalização profissional.

*Súmula 324, STJ: Compete à Justiça Federal processar e julgar ações de que participa a. **Fundação Habitacional do Exército, equiparada à entidade autárquica federal.***

	Empresa Pública Fed.	Sociedade de Economia Mista Fed.
Forma Jurídica	Pode se revestir de qualquer forma admitida em nosso ordenamento	Sociedade anônima (S.A)
Composição do capital	Capital integralmente público	Formado por capital público E privado
Foro processual	Justiça Federal (art. 109, I, CRFB)	Justiça Estadual

Súmula 556, STF: É competente a Justiça Comum (Estadual) para julgar as causas em que é parte sociedade de economia mista.

Súmula 42, STJ: Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar as causas cíveis em que é parte sociedade de economia mista e os crimes praticados em seu detrimento.

Súmula 508, STF: Compete à Justiça Estadual, em ambas as instâncias, processar e julgar as causas em que for parte o Banco do Brasil S.A.

Obs: o BB é uma sociedade de economia mista (SEM) que conta com a participação majoritária da União. Mesmo assim, pelo fato de ser SEM, litiga na Justiça Estadual.

Súmula 517, STF - As sociedades de economia mista só têm foro na Justiça Federal, quando a União intervém como assistente ou oponente.

Compete à Justiça Estadual, e não à Justiça Federal, processar e julgar ação proposta em face de sociedade de economia mista, ainda que se trate de instituição financeira em regime de liquidação extrajudicial, sob intervenção do Banco Central. Precedentes citados: REsp 459.352-RJ, Terceira Turma, DJe 31/10/2012, e REsp 1.162.469-PR, Terceira Turma, DJe 9/5/2012. REsp 1.093.819-TO, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 19/3/2013.

Súmula 516, STF: O Serviço Social da Indústria (SESI) está sujeito à jurisdição da Justiça estadual.

Súmula Vinculante 22, STF: A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho propostas por empregado contra empregador, inclusive aquelas que ainda não possuíam sentença de mérito em primeiro grau quando da promulgação da Emenda Constitucional 45/2004.

Súmula 367 do STJ: A competência estabelecida pela EC n. 45/2004 não alcança os processos já sentenciados.

*Súmula vinculante 53, STF: A competência da Justiça do Trabalho prevista no art. 114, VIII, da Constituição Federal alcança a execução de ofício das contribuições previdenciárias relativas ao **objeto da condenação constante das sentenças que proferir e acordos por ela homologados.***

Súmul 506, STJ: A Anatel não é parte legítima nas demandas entre a concessionária e o usuário de telefonia decorrentes de relação contratual.

*Súmula Vinculante 27, STF: Compete à Justiça Estadual julgar causas entre consumidor e concessionária de serviço público de telefonia, **quando a ANATEL não seja litisconsorte passiva necessária, assistente, nem oponente.***

*Art. 138, § 1º A intervenção de que trata o caput **não implica alteração de competência** nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.*

Obs1: Intervenção Anômala - no caso do artigo 5º, parágrafo único da Lei 9.469/97, também não há deslocamento de competência.

Art. 5º A União poderá intervir nas causas em que figurarem, como autoras ou rés, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais.

*Parágrafo único. As pessoas jurídicas de direito público poderão, nas causas cuja decisão possa ter **reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica**, intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer, hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes.*

Todavia, este ingresso, segundo a lei, **não alterará a competência fixada, salvo se ao final do processo o ente público apresentar recurso, quando passará a ser considerado como parte.** Assim, caso a União recorra, o recurso irá para o TRF.

Obs2: A simples presença do Ministério Público Federal já atrai a competência da Justiça Federal?

Sim. A jurisprudência do STJ e do STF, embora ainda não haja julgados em sede de repetitivos, tem caminhado nesse sentido.

No STJ prevalece o entendimento de que o MPF é um órgão da União. Dessa feita, a sua simples presença na relação jurídica processual faz com que a causa seja de competência da Justiça Federal (competência 'ratione personae') consoante o art. 109, inciso I, da CF/88 (CC 112.137/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, julgado em 24/11/2010).

Figurando o Ministério Público Federal, órgão da União, como parte na relação processual, a um juiz federal caberá apreciar a demanda, ainda que seja para dizer que não é ele, e sim o Ministério Público Estadual, o que tem legitimidade para a causa" (REsp 440.002/SE, DJ 06/12/2004).

O STF, embora já tenha adotado tese diversa (RE 596.836/ES, 10/05/2011), em julgado mais recente, RE 822816 AgR, 2ª Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 08/03/2016, manifestou-se na mesma linha do STJ (competência da Justiça Federal quando o MPF está presente).

Demais súmulas importantes

Súmula 161, STJ: É da competência da Justiça Estadual autorizar o levantamento dos valores relativos ao PIS/PASEP e FGTS, em decorrência do falecimento do titular da conta.

Súmula 82, STJ: Compete à Justiça Federal, excluídas as reclamações trabalhistas, processar e julgar os feitos relativos a movimentação do FGTS.

Súmula 553-STJ: Nos casos de empréstimo compulsório sobre o consumo de energia elétrica, é competente a Justiça estadual para o julgamento de demanda proposta exclusivamente contra a Eletrobrás. Requerida a intervenção da União no feito após a prolação de sentença pelo juízo estadual, os autos devem ser remetidos ao Tribunal Regional Federal competente para o julgamento da apelação se deferida a intervenção.

Súmula 365, STJ: A intervenção da União como sucessora da Rede Ferroviária Federal S/A. (RFFSA) desloca a competência para a Justiça Federal ainda que a sentença tenha sido proferida por Juízo estadual.

Súmula 505, STJ: A competência para processar e julgar as demandas que têm por objeto obrigações decorrentes dos contratos de planos de previdência privada firmados com a Fundação Rede Ferroviária de Seguridade Social - REFER é da Justiça estadual.

Súmula 270, STJ - O protesto pela preferência de crédito, apresentado por ente federal em execução que tramita na Justiça Estadual, não desloca a competência para a Justiça Federal.

Questão importante

*Art. 45. Tramitando o processo perante outro juízo, **os autos serão remetidos ao juízo federal competente se nele intervier a União, suas empresas públicas, entidades autárquicas e fundações, ou conselho de fiscalização de atividade profissional, na qualidade de parte ou de terceiro interveniente, exceto as ações:***

I - de recuperação judicial, falência, insolvência civil e acidente de trabalho;

II - sujeitas à justiça eleitoral e à justiça do trabalho.

Súmula 150, STJ: Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas.

Súmula 224, STJ: Excluído do feito o ente federal, cuja presença levara o Juiz Estadual a declinar da competência, deve o Juiz Federal restituir os autos e não suscitar conflito.

CPC/2015 - Art. 45, § 3º O juízo federal restituirá os autos ao juízo estadual sem suscitar conflito se o ente federal cuja presença ensejou a remessa for excluído do processo.

Julgados importantes

A CRFB/88 prevê, em seu art. 102, I, r, que compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar originariamente: “*as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público*”.

O STF, em vários julgados (ex: AO 1706, AgR, Rel. Min. Celso de Mello, 18/12/2013), tem dado interpretação restrita a esse dispositivo, para assumir como de sua competência apenas quando o CNJ e CNMP figurem no polo passivo. Isso ocorre em **mandado de segurança, habeas corpus e habeas data**.

Se a demanda for **ordinária**, a competência será do Juiz Federal de 1ª instância, pois a União que comporá o polo passivo, já que CNJ e CNMP são órgãos federais destituídos de personalidade jurídica.

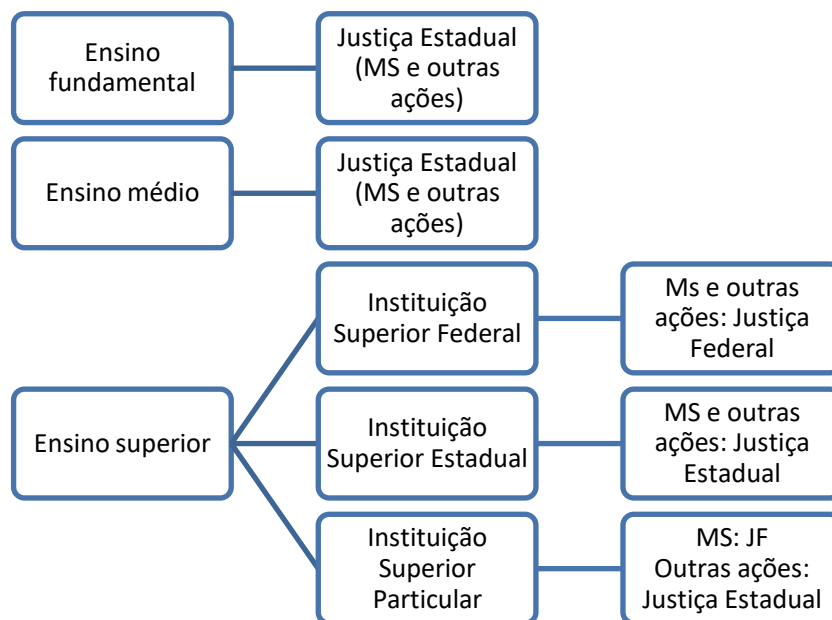
Art. 109, VIII

*Art. 109, VIII - os **mandados de segurança** e os "**habeas-data**" contra **ato de autoridade federal**, excetuados os casos de competência dos tribunais federais;*

A autoridade federal é definida pela lei do MS (art. 2º, *caput*, Lei n. 12.016/2009).

*Art. 2º Considerar-se-á **federal a autoridade** coatora **se as consequências de ordem patrimonial do ato contra o qual se requer o mandado houverem de ser suportadas pela União ou entidade por ela controlada.***

Compete à Justiça Federal** decidir da admissibilidade de mandado de segurança impetrado contra **atos de dirigentes de pessoas jurídicas privadas**, ao argumento de estarem **agindo por delegação do poder público federal.



Súmula 570, STJ: *Compete à Justiça Federal o processo e julgamento de demanda em que se discute a ausência de ou o obstáculo ao credenciamento de instituição particular de ensino superior no Ministério da Educação como condição de expedição de diploma de ensino a distância aos estudantes.*

"Juntas comerciais. Órgãos administrativamente subordinados ao Estado, mas tecnicamente à autoridade federal, como elementos do sistema nacional dos Serviços de Registro do Comércio. Consequente **competência da Justiça Federal** para o julgamento de mandado de segurança contra ato do presidente da Junta, compreendido em sua atividade fim." (RE 199.793, Rel. Min. Octavio Gallotti, julgamento em 4-4-2000, Primeira Turma, DJ de 18-8-2000.)

Compete à Justiça Federal processar e julgar ações em que a Ordem dos Advogados do Brasil, quer mediante o Conselho Federal, quer seccional, figure na relação processual (STF, RE 595.332, repercussão geral).

Delegação de Competência

i- Art. 109, §3º

Art. 109, § 3º - *Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado (tanto para benefícios previdenciários, quanto para fins assistenciais), sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual.*

Súmula 689, STF: *O segurado pode ajuizar ação contra a instituição previdenciária perante o Juízo Federal do seu domicílio OU nas Varas Federais da capital do Estado-membro.*

Súmula 8, TRF4: *Subsiste no novo texto constitucional a **opção** do segurado para ajuizar ações contra a Previdência Social no foro estadual do seu domicílio ou no juízo federal.*

ii- Disposições do NCPC

Art. 69. *O pedido de cooperação jurisdicional deve ser prontamente atendido, prescinde de forma específica e pode ser executado como:*

§ 3º *O pedido de cooperação judiciária **pode ser realizado entre órgãos jurisdicionais de diferentes ramos do Poder Judiciário.***

Art. 237. *Será expedida carta:*

*Parágrafo único. Se o ato relativo a processo em curso na justiça federal ou em tribunal superior **houver de ser praticado em local onde não haja vara federal, a carta poderá ser dirigida ao juízo estadual da respectiva comarca.***

Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que:

§ 4º O juízo estadual tem competência para produção antecipada de prova requerida em face da União, de entidade autárquica ou de empresa pública federal se, na localidade, não houver vara federal.

iii- Súmula 349, STJ

Súmula 349, STJ - Compete à Justiça Federal ou aos juízes com competência delegada o julgamento das execuções fiscais de contribuições devidas pelo empregador ao FGTS.

Obs1: a ação civil pública não é hipótese de causa federal que pode tramitar na justiça estadual. Se no local do dano não tiver vara federal, vai a causa para a justiça federal que abranja aquela região.

Súmula 489, STJ: Reconhecida a continência, devem ser reunidas na Justiça Federal as ações civis públicas propostas nesta e na Justiça estadual.

Em regra, não é possível a reunião de feitos conexos que tramitam em justiças diferentes, até porque conexão e continência modificam a competência relativa e não absoluta.

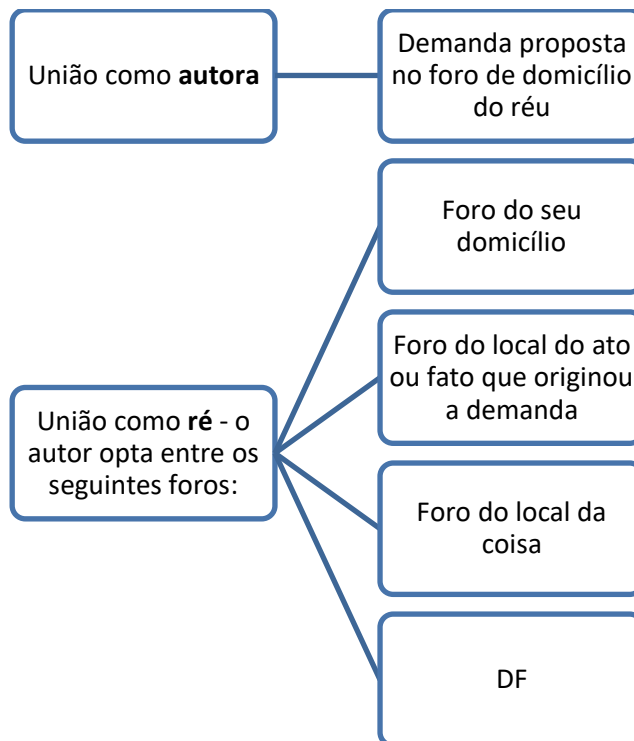
No entanto, o STJ abre uma exceção para o caso da ação civil pública⁶⁵.

Competência de Foro na Constituição

Art. 109, § 1º As causas em que a União for autora serão aforadas na seção judiciária onde tiver domicílio a outra parte.

§ 2º As causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal.

⁶⁵ Embora a súmula fale apenas em continência, e não em conexão, os precedentes citados admitem também este posicionamento para o caso de conexão.



A regra prevista no § 2º do art. 109 da CF **também se aplica às ações movidas em face de autarquias federais**. RE 627709/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 20.8.2014.

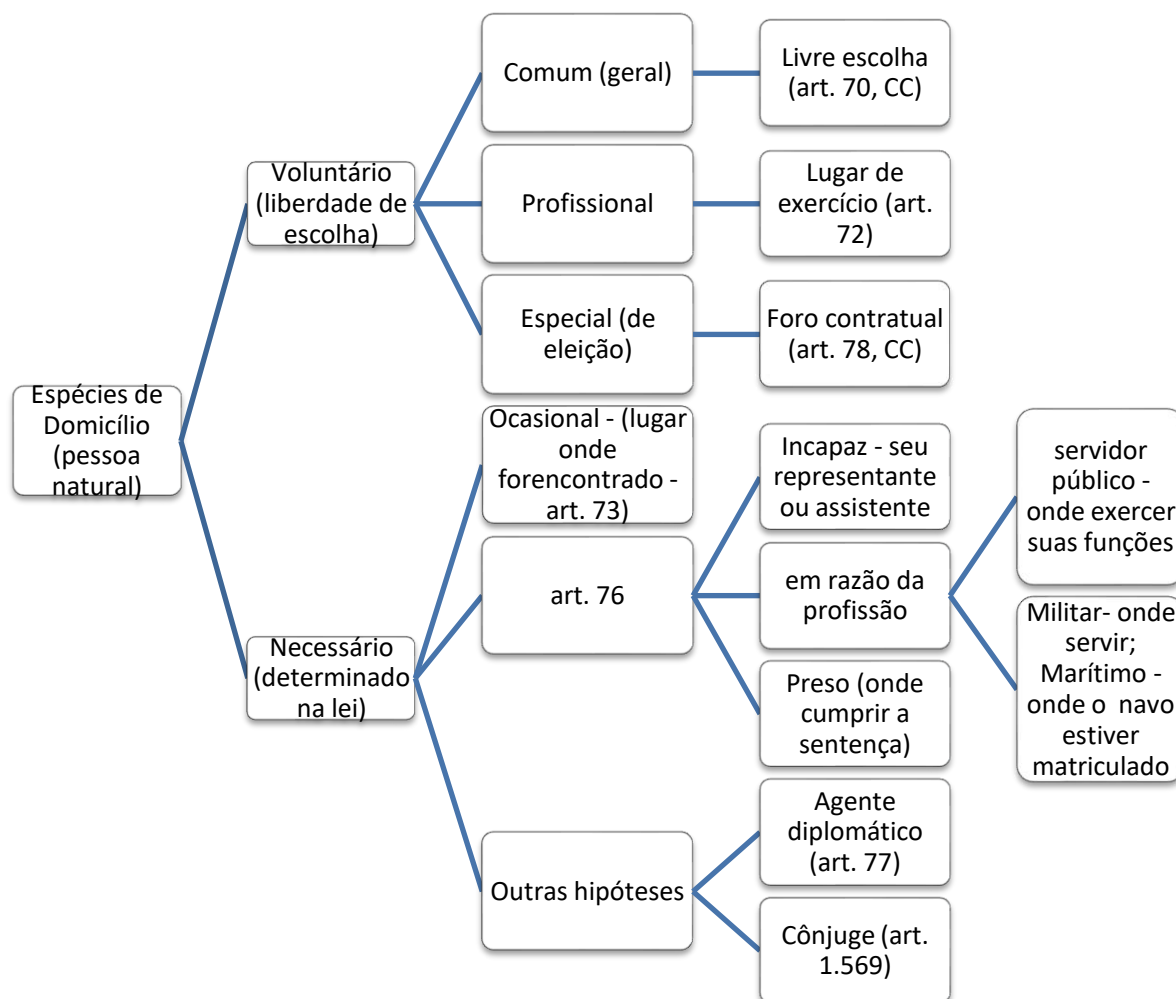
O § 2º do art. 109 da CF/88 é aplicável também quando se tratar de mandado de segurança. É a posição que vem ganhando força no STJ e já pode ser considerada majoritária (CC 147.266/DF, CC 147.361/DF, CC 147.261/DF, CC 138.595/DF, CC 146.430/DF, CC 148.082/DF).

Competência de foro no NCPC

A regra geral é propositura da demanda no foro de domicílio do réu.

Marcos Ehrhardt Jr. elaborou⁶⁶ um quadro bem elucidativo a respeito do domicílio:

⁶⁶ EHRHARDT JR, Marcos. Direito Civil – Parte Geral e LINDB. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

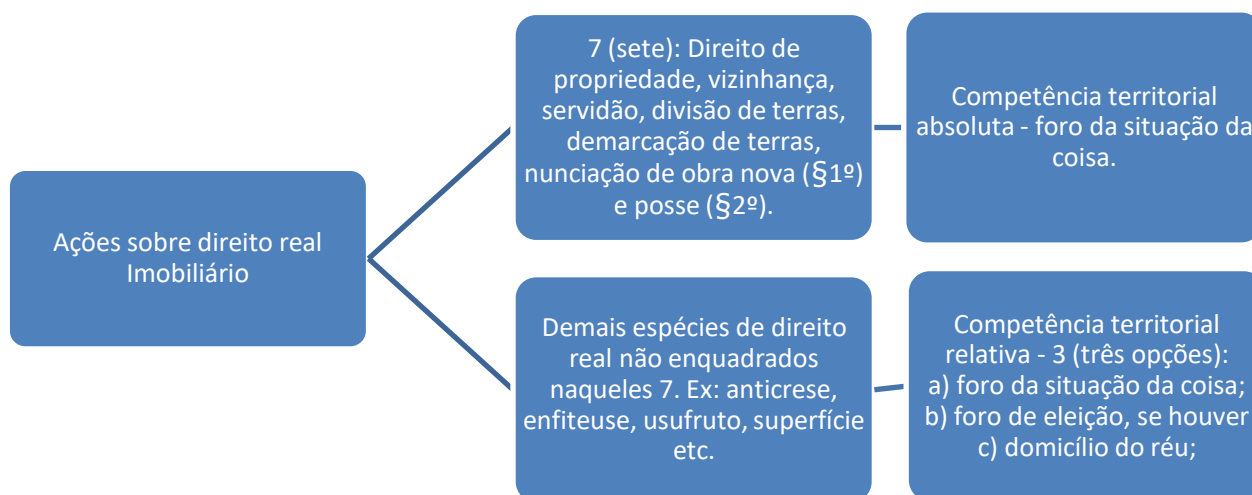


Súmula 58, STJ - Proposta a execução fiscal, a posterior mudança de domicílio do executado não desloca a competência já fixada.

Obs1: essa regra geral se aplica para *quando o réu for autor da herança; ausentes; réu incapaz; réu for pessoa jurídica.*

Obs2: a regra do domicílio (geral) não se aplica se houver regra **especial**.

i- Foro da situação da coisa



ii- Foro da residência da mulher (CPC/73) e do guardião do incapaz (CPC/2015)

CPC/73	CPC/15
<p>Art. 100. É competente o foro:</p> <p>I - da residência da mulher, para a ação de separação dos cônjuges e a conversão desta em divórcio, e para a anulação de casamento;</p>	<p>Art. 53. É competente o foro:</p> <p>I - para a ação de divórcio, separação, anulação de casamento e reconhecimento ou dissolução de união estável:</p> <p>a) de domicílio do guardião de filho incapaz;</p> <p>b) do último domicílio do casal, caso não haja filho incapaz;</p> <p>c) de domicílio do réu, se nenhuma das partes residir no antigo domicílio do casal;</p> <p>Súmula 383 STJ: a competência para processar e julgar as ações conexas de interesse de menor é, em princípio, do foro do domicílio do detentor de sua guarda.</p>

iii- Foro do domicílio do alimentando

Tratava-se de regra prevista no artigo 100, II do CPC/73 e, agora, no art. 53, II, CPC/2015, in verbis:

<p>Art. 100. É competente o foro:</p> <p>II - do domicílio ou da residência do alimentando, para a ação em que se pedem alimentos.</p>	<p>Art. 53. É competente o foro:</p> <p>II - de domicílio ou residência do alimentando, para a ação em que se pedem alimentos.</p>
--	--

Súmula 1, STJ - O foro do domicílio ou da residência do alimentando e o competente para a ação de investigação de paternidade, quando cumulada com a de alimentos.

iv- Foro de domicílio do autor ou do local do fato

Art. 100, parágrafo único. Nas ações de reparação do dano sofrido em razão de delito ou acidente de veículos, será competente o foro do domicílio do autor ou do local do fato.

Art. 53. É competente o foro:

V - de domicílio do autor ou do local do fato, para a ação de reparação de dano sofrido em razão de delito ou acidente de veículos, inclusive aeronaves.

Assim, há uma concorrência entre o foro do local do fato OU domicílio do autor, como nos casos da ação de responsabilidade civil por:

i- o delito.

ii- o acidente de veículo.

Doutrina majoritária e o STJ entendem que expressão “delito” abrange não só os ilícitos penais, mas também o **ilícito civil**.

v- Foro de residência do idoso

Art. 53. É competente o foro: III - do lugar: e) de residência do idoso, para a causa que verse sobre direito previsto no respectivo estatuto;

vi- Foro do lugar da sede da serventia notarial

Art. 53. É competente o foro: III - do lugar: f) da sede da serventia notarial ou de registro, para a ação de reparação de dano por ato praticado em razão do ofício;

Obs1: Daniel Assumpção pontua que, embora tenha vindo essa alteração legislativa, pode não surtir qualquer efeito.

Isso porque, apesar de existir muita polêmica sobre o assunto, prevalece que o Código de Defesa do Consumidor aplica-se à atividade notarial e registral (STJ. 2ª Turma. REsp 1163652/PE, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 01/06/2010).

E, com base no CDC, o consumidor pode ajuizar a demanda no foro de seu domicílio (art. 101, I, CDC).

Art. 101. Na ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, sem prejuízo do disposto nos Capítulos I e II deste título, serão observadas as seguintes normas:

I - a ação pode ser proposta no domicílio do autor;

Obs2: Lembrem-se de que, antes da Lei 13.286/2016, a responsabilidade dos notários e registradores era objetiva (dispensava a comprovação da culpa).

(...) A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem assentado que o exercício de atividade notarial delegada (art. 236, § 1º, da CF/88) deve se dar por conta e risco do delegatário, de modo que é do notário a responsabilidade objetiva por danos resultantes dessa atividade delegada (art. 22 da Lei 8.935/1994), cabendo ao Estado apenas a responsabilidade subsidiária. Precedentes do STJ e do STF. STJ. 2ª Turma. AgRg no AREsp 474.524/PE, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 06/05/2014.

Com a Lei n. 13.286/2016, alterou-se o art. 22, Lei n. 8.935/94, para estabelecer a responsabilidade subjetiva pelos seus atos.

Art. 22. Os notários e oficiais de registro são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que causarem a terceiros, por culpa ou dolo, pessoalmente, pelos substitutos que designarem ou escreventes que autorizarem, assegurado o direito de regresso.

Parágrafo único. Prescreve em três anos a pretensão de reparação civil, contado o prazo da data de lavratura do ato registral ou notarial.

✓ **Art. 55, § 3º:** conexão por prejudicialidade

A doutrina, ainda antes do CPC/2015, defendiam a aplicação da **teoria materialista da conexão**, isto é, que seria possível haver conexão entre duas ou mais ações, mesmo que o objeto (pedido) ou causa de pedir fossem diferentes. Bastaria que a decisão de uma causa pudesse interferir na solução da outra. É a chamada **conexão por prejudicialidade**.

O NCPC incorporou essa teoria materialista da conexão no art. 55, §3º:

§ 3º Serão reunidas para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididas separadamente, **mesmo sem conexão entre eles**.

Um exemplo jurisprudencial de aplicação dessa teoria se deu no Resp 1.221.941/RJ (2015).

- ✓ **Art. 59:** prevenção pelo **registro** ou **distribuição** (não é mais pelo despacho ou citação, conforme CPC/73)
- ✓ **Art. 63, §3º:** Foro de eleição abusivo (não apenas em contrato de adesão; o NCPC ampliou).
- ✓ **Art. 64:** incompetência relativa em preliminar de contestação (não é mais por meio de exceção) e *translatio iudicii*.

Art. 64. A incompetência, absoluta ou relativa, será alegada como questão preliminar de contestação.

§ 1º A incompetência absoluta pode ser alegada em qualquer tempo e grau de jurisdição e deve ser declarada de ofício.

§ 2º Após manifestação da parte contrária, o juiz decidirá imediatamente a alegação de incompetência.

§ 3º Caso a alegação de incompetência seja acolhida, os autos serão remetidos ao juízo competente.

§ 4º Salvo decisão judicial em sentido contrário, conservar-se-ão os efeitos de decisão proferida pelo juízo incompetente até que outra seja proferida, se for o caso, pelo juízo competente.

Obs1: STJ, no REsp 1679909, Dje 01/02/2018 (Rel. Min. Luis Felipe Salomão), encampou a proposta doutrinária e **decidiu que cabe sim agravo de instrumento contra decisão que reconhece a incompetência**.

Obs2: REsp. 1.696.396/MT e 1.704.520/MT – A Min. Relatora Nancy Andrichi entendeu pela taxatividade mitigada do art. 1.015, CPC, devendo ser admitido quando for apresentado para discutir questões urgentes e de difícil reparação.

Obs3: As competências em razão da matéria, pessoa e funcional (MPF) são exemplos de competência absoluta.

As competências territorial e em razão do valor da causa (TV) são, em regra, relativas.

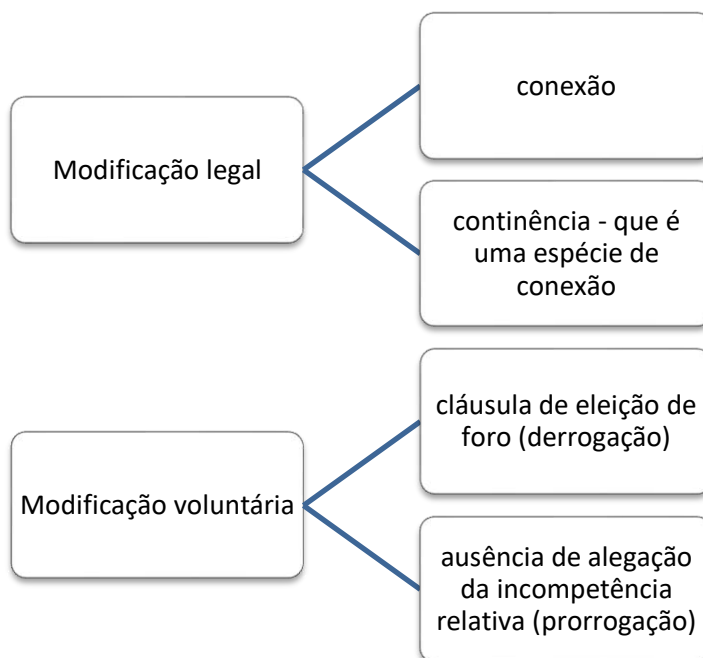
Excepcionalmente, podemos ter competência absoluta em razão do valor da causa (ex: Juizados Especiais Federais) e competência absoluta territorial (ex: ação civil pública – art. 2º, Lei n. 7.347/85).

✓ **Art. 73** (litisconsórcio necessário – cônjuges)

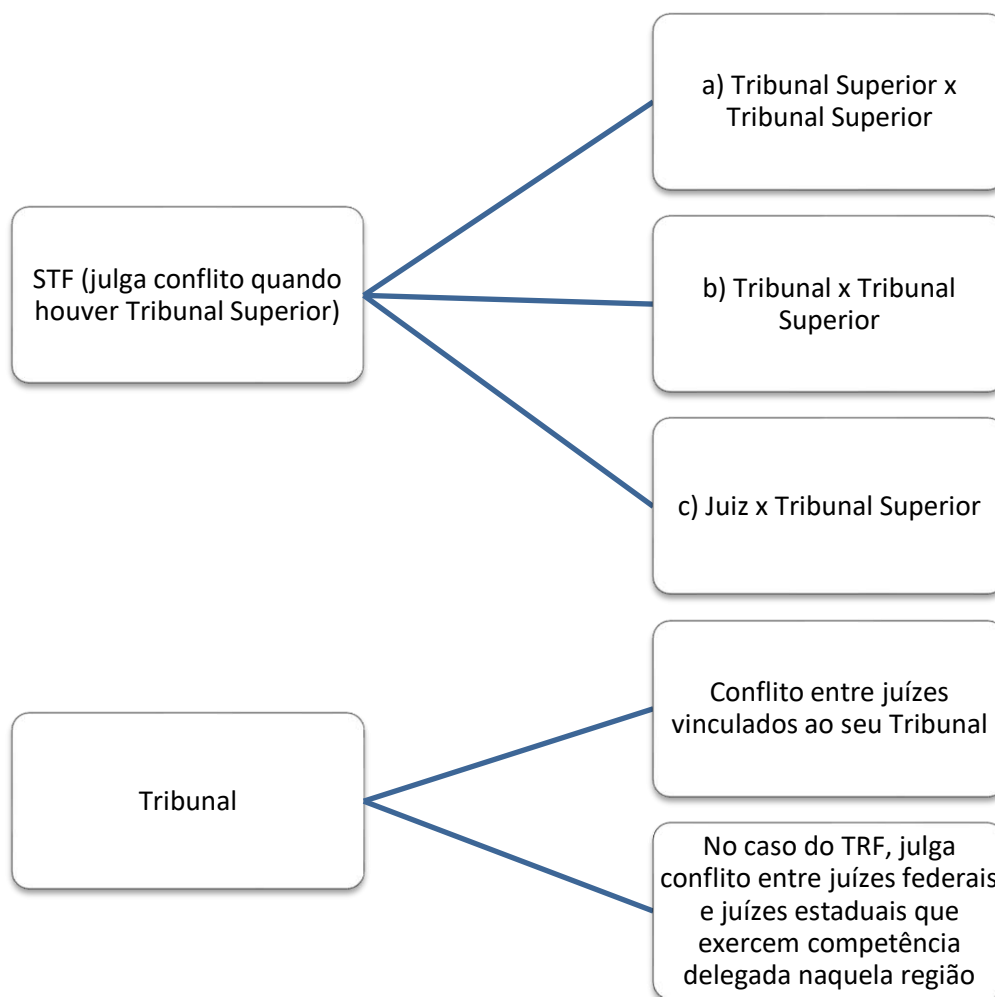
MPSP (Promotor/2015) 89. Marque a alternativa que não corresponde ao seguinte enunciado: ambos os cônjuges serão necessariamente citados para as ações:

- a) que tenham por objeto o reconhecimento, a constituição ou a extinção de ônus sobre imóveis de um ou de ambos os cônjuges.
- b) resultantes de fatos que digam respeito a ambos os cônjuges ou de atos praticados por eles.
- c) que versem sobre a restituição de coisa dada em comodato ou em locação.
- d) fundadas em dívidas contraídas pelo marido a bem da família, mas cuja execução tenha de recair sobre o produto do trabalho da mulher ou os seus bens reservados.
- e) que versem sobre direitos reais imobiliários.

Didier ressalta que a modificação de competência pode se dar:



Conflito de Competência



AÇÃO

CPC/73 e CPC/15, segundo doutrina majoritária, adotaram a teoria eclética.

Para a teoria eclética, o direito de ação também é autônomo, não se confundindo com o direito material. Consubstancia-se no direito de provocar o poder judiciário, independentemente de possuir ou não o direito material.

A *diferença* é que não concebe o direito de ação nem como um direito concreto (condições da ação para um julgamento favorável), tampouco como um direito abstrato (sem qualquer condição da ação). Ele adota o **meio-termo**.

Entende que o ação é **condicionada**, porque ela só existe quando o autor tem direito a um julgamento de mérito (seja favorável ou desfavorável). Para Liebman e para a teoria eclética, o direito de ação é um direito ao julgamento de mérito.

Assim, para Liebman, o juiz deve passar por três etapas em sua cognição: primeiro sobre o processo (verificando os pressupostos processuais). Em segundo lugar, debruça sobre a ação (verificando as condições da ação). Em terceiro lugar, por fim, analisa o mérito.

Condições da Ação: Sobre o CPC/2015, há forte discussão doutrinária sobre a existência ou não da categoria das condições da ação, prevalecendo a corrente que entende que **elas ainda existem** (art. 17 c/c 485, VI, ambos do CPC/2015). E são analisadas conforme a **teoria da asserção**.

TRF4/2016 – Juiz Federal Substituto: Considerando as regras do Código de Processo Civil de 2015:

I. As condições da ação não estão previstas no Código, o que impede o indeferimento da petição inicial por ilegitimidade para a causa ou falta de interesse processual.

II. Quando, além do autor, todos os réus manifestarem desinteresse na realização da audiência de conciliação, o prazo de contestação tem início, para todos os litisconsortes passivos, com o despacho judicial que acolhe as manifestações de desinteresse na realização da audiência de conciliação.

III. O juiz pode, independentemente de citação, julgar improcedente o pedido que contrariar súmula, desde que seja vinculante. Se o pedido contrariar enunciado de súmula não vinculante ou julgado em recurso repetitivo, deve ordenar a citação, estando em condições a petição inicial, para só depois decidir a questão, em atenção ao princípio do contraditório.

IV. Caso a decisão transitada em julgado seja omissa em relação aos honorários de sucumbência, eles não poderão ser cobrados nem em execução, nem em ação própria.

- a) Estão corretas apenas as assertivas I e III.
- b) Estão corretas apenas as assertivas II e III.
- c) Estão corretas apenas as assertivas I, II e IV.
- d) Estão corretas todas as assertivas.
- e) Nenhuma assertiva está correta.

Um consenso, porém, é que, mesmo que haja condição da ação, a possibilidade jurídica do pedido não faz mais parte dela.

Vejamos o quadro que esquematiza o pensamento de Fredie Didier:

Elementos da Relação Jurídica	Parte Geral do Código Civil	Competência – critério objetivo (definida em razão da demanda)	Elementos da Ação	Condições da Ação
Sujeito	Pessoas	Em razão da pessoa	Partes	Legitimidade <i>ad causam</i>

Objeto	Bens	Em razão do valor	Pedido (é o objeto da relação jurídica)	Possibilidade Jurídica do Pedido
Fato	Fato Jurídico	Em razão da matéria	Causa de Pedir (fato jurídico)	Interesse de agir

Elementos da Demanda

Partes: O conceito de Chiovenda é apto para designar “parte na demanda”, exigindo-se, além de sua presença na relação jurídica processual, que esteja pedindo tutela ou contra ele esteja sendo pedida a tutela. O conceito de Liebman define “parte no processo”, bastando que participe da relação jurídica processual.

Pedido: Certeza e determinação do pedido (art. 322, *caput*, CPC); dos pedidos genéricos (art. 324, §1º, CPC); dos pedidos implícitos (arts. 322, §1º, 323, CPC); da cumulação de pedidos (art. 327, CPC⁶⁷), da cumulação **própria** – formulam-se vários pedidos e quer todos (simples e sucessiva) e da cumulação **imprópria** - formulam-se vários pedidos e quer apenas um (subsidiária e alternativa).

Causa de Pedir

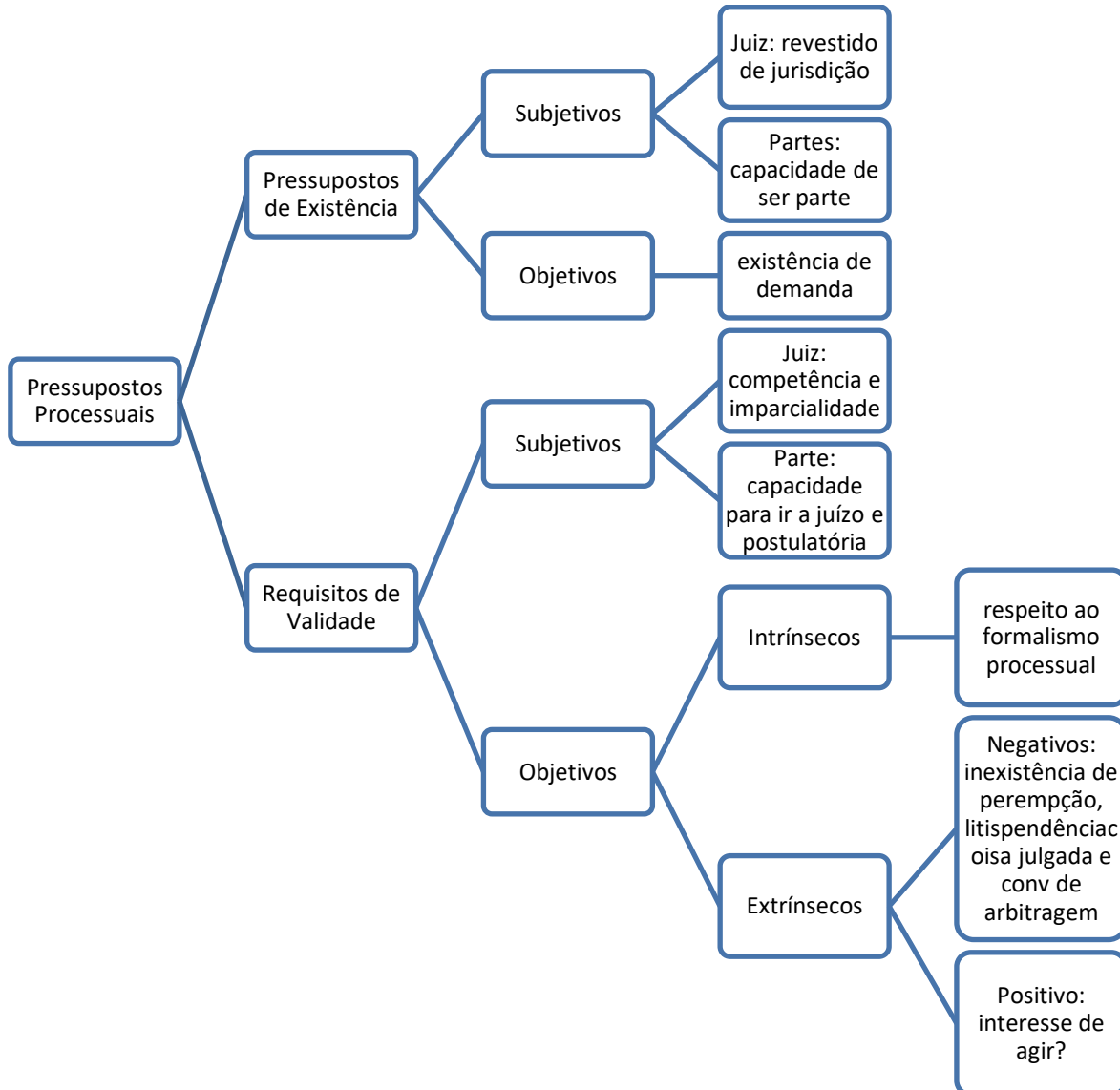
É, conforme art. 319, III, fato + fundamento jurídico (teoria da substanciação).

Obs1: Fundamento Jurídico não é o Fundamento Legal!

PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

⁶⁷ § 1º São requisitos de admissibilidade da cumulação que:

- I - os pedidos sejam compatíveis entre si;
- II - seja competente para conhecer deles o mesmo juízo;
- III - seja adequado para todos os pedidos o tipo de procedimento.



SUJEITOS DO PROCESSO

Litigância de má-fé	Ato atentatório à dignidade da justiça
<p>Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:</p> <p>I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;</p> <p>II - alterar a verdade dos fatos;</p> <p>III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;</p> <p>IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;</p> <p>V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;</p> <p>VI - provocar incidente manifestamente infundado;</p> <p>VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.</p>	<p>Art. 77, IV - cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação;</p> <p>VI - não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso.</p>
Multa de 1 a 10% do valor da causa e indenizar a parte contrária pelos prejuízos (despesas e honorários) / inestimável ou irrisório – até 10 SM (art. 81)	Multa de até 20% do valor da causa / inestimável ou irrisório – até 10 SM (art. 77, §2º)
Revertido para a parte	Revertido para o Fundo de Modernização do Poder Judiciário (art. 97, CPC)

Litigância de má-fé	<p>a) art. 80 e 81, CPC: Multa superior a 1% inferior a 10% (ou até 10 salários mínimos se o valor da causa for irrisório ou inestimável) – art. 80 e 81, CPC;</p> <p>b) art. 100, parágrafo único: Multa de dez vezes o valor das despesas processuais que tiver deixado de adiantar, nos casos de revogação do benefício da gratuidade de justiça;</p> <p>c) art. 702, §§ 10 e 11, CPC: Má-fé na ação monitória ou nos embargos à ação monitória. Multa de até 10%.</p> <p>d) art. 1.026, par. 2º e 3º, CPC: ED protelatórios. Multa, na primeira vez até 2%, reiteração até 10%;</p> <p>e) art. 1.021, par. 4º: agravo interno manifestamente inadmissível ou improcedente. Multa entre 1% e 5%;</p> <p>Reverte para a parte.</p>
Ato atentatório à dignidade da justiça	<p>a) Art. 77, IV e VI, CPC.</p> <p>No novo CPC, ampliou-se as hipóteses: descumprimento ou embaraço a decisões não só mandamentais, bem como acrescentou-se a hipótese do <u>atentado</u>.</p> <p>b) art. 774, par. Único: Ato atentatório à dignidade da justiça na execução. Multa de até 20%;</p>

	<p>c) art. 334, § 8º: Ausência à audiência de mediação e conciliação. Multa de até 2% para União ou Estado.</p> <p>Reverte para o <u>fundo do art. 97, CPC</u>. Caso não criado, <u>reverte para União ou Estado</u>.</p>
--	--

Pode-se, ainda, fazer uma outra diferenciação a respeito das multas previstas em nosso CPC.

Multas revertidas à parte	Multas revertidas ao Estado
<p>Art. 80 e 81, CPC: Multa superior a 1% inferior a 10% (ou até 10 salários mínimos se o valor da causa for irrisório ou inestimável).</p>	<p>Art. 77, IV e VI, CPC.</p> <p>No novo CPC, ampliou-se as hipóteses: descumprimento ou embaraço a decisões não só mandamentais, bem como acrescentou-se a hipótese do <u>atentado</u>.</p> <p>Reverte para o <u>fundo do art. 97, CPC</u>. Caso não criado, <u>reverte para União ou Estado</u>.</p>
<p>Art. 202⁶⁸. É vedado lançar nos autos cotas marginais ou interlineares, as quais o juiz mandará riscar, <u>impondo a quem as escrever multa correspondente à metade do salário-mínimo</u>.</p>	<p>Praticado o ato por <u>servidor</u> (art. 96, CPC).</p> <p>Art. 96. O valor das sanções impostas ao litigante de má-fé reverterá em benefício da parte contrária, e o valor das <u>sanções impostas aos serventuários pertencerá ao Estado ou à União</u>.</p>
<p>Art. 234, § 2º Se, intimado, o advogado não devolver os autos no prazo de 3 (três) dias, perderá o direito à vista fora de cartório e incorrerá em multa correspondente à metade do salário-mínimo.</p> <p>Alguns entendem que essa multa deveria ser aplicada exclusivamente pela OAB, cabendo ao Juiz apenas informá-la.</p>	<p>Art. 100, parágrafo único: Revogado o benefício (gratuidade de justiça), a parte arcará com as despesas processuais que tiver deixado de adiantar e pagará, em caso de má-fé, <u>até o décuplo de seu valor a título de multa, que será revertida em benefício da Fazenda Pública estadual ou federal e poderá ser inscrita em dívida ativa</u>.</p>
<p>Art. 258. A parte que requerer a citação por edital, alegando dolosamente a ocorrência das circunstâncias autorizadas para sua realização, incorrerá em <u>multa de 5 (cinco) vezes o salário-mínimo</u>.</p> <p>Parágrafo único. <u>A multa reverterá em benefício do citando</u>.</p>	<p>Art. 334, § 8º: Ausência à audiência de mediação e conciliação. Multa de até 2% para União ou Estado.</p>
<p>Art. 523, § 1º Não ocorrendo pagamento voluntário no prazo do caput, o débito será acrescido de multa de dez por cento e, também, de honorários de advogado de dez por cento.</p>	<p>Art. 380⁶⁹. Incumbe ao terceiro, em relação a qualquer causa:</p> <p>I - informar ao juiz os fatos e as circunstâncias de que tenha conhecimento;</p>

⁶⁸ CPC não deixa claro, mas é ato que ofende, principalmente, o serviço judiciário.

⁶⁹ CPC também não diz a quem se direciona a multa, mas se entende que o ato ofende, principalmente, o Poder Judiciário, pois se trata de descumprimento de ordem judicial.

	<p>II - exhibir coisa ou documento que esteja em seu poder.</p> <p>Parágrafo único. Poderá o juiz, em caso de <u>descumprimento</u>, determinar, além da imposição de multa, outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias.</p> <p>Art. 403. Se o terceiro, sem justo motivo, se recusar a efetuar a exibição, o juiz ordenar-lhe-á que proceda ao respectivo depósito em cartório ou em outro lugar designado, no prazo de 5 (cinco) dias, impondo ao requerente que o ressarça pelas despesas que tiver.</p> <p>Parágrafo único. Se <u>o terceiro descumprir a ordem</u>, o juiz expedirá mandado de apreensão, requisitando, se necessário, força policial, sem prejuízo da responsabilidade por crime de desobediência, pagamento de multa e outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar a efetivação da decisão.</p>
	<p>Art. 468. O perito pode ser substituído quando:</p> <p>I - faltar-lhe conhecimento técnico ou científico;</p> <p>II - sem motivo legítimo, deixar de cumprir o encargo no prazo que lhe foi assinado.</p> <p>§ 1º No caso previsto no inciso II, o juiz comunicará a ocorrência à corporação profissional respectiva, podendo, ainda, impor multa ao perito, fixada tendo em vista o valor da causa e o possível prejuízo decorrente do atraso no processo.</p>
<p>Art. 537, § 3º A decisão que fixa a multa é passível de cumprimento provisório, devendo ser depositada em juízo, <u>permitido o levantamento do valor após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte.</u> (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016)</p>	
<p>Art. 625. O inventariante removido entregará imediatamente ao substituto os bens do espólio e, caso deixe de fazê-lo, será compelido mediante mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de bem móvel ou imóvel, sem prejuízo da multa a ser fixada pelo juiz em montante não superior a três por cento do valor dos bens inventariados.</p>	
<p>Art. 702, §§ 10 e 11, CPC:</p> <p>§ 10. O juiz condenará o <u>autor de ação monitória proposta indevidamente e de má-fé ao pagamento,</u></p>	

<p>em favor do réu, de <u>multa de até dez por cento sobre o valor da causa</u>.</p> <p>§ 11. O juiz condenará o <u>réu que de má-fé opuser embargos à ação monitória ao pagamento de multa de até dez por cento sobre o valor atribuído à causa</u>, em favor do autor.</p>	
<p>Art. 774. Considera-se atentatória à dignidade da justiça a conduta comissiva ou omissiva do executado que:</p> <p>Parágrafo único. Nos casos previstos neste artigo, o juiz fixará multa em montante não superior a vinte por cento do valor atualizado do débito em execução, <u>a qual será revertida em proveito do exequente</u>, exigível nos próprios autos do processo, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material.</p>	
<p>Art. 896, par. 2º: Arrependimento da arrematação de bem de incapaz. Multa de 20% sobre o valor da avaliação para o incapaz.</p>	
<p>Art. 916, §5º: Não pagamento do parcelamento importa em multa de 10% sobre as prestações não pagas.</p>	
<p>Art. 968, II: depósito de 5% da ação rescisória se converte em multa se for considerada inadmissível ou improcedente, por unanimidade.</p>	
<p>Art. 1.021, par. 4º: agravo interno manifestamente inadmissível ou improcedente. Multa entre 1% e 5%;</p> <p>Art. 1.026, par. 2º e 3º, CPC: ED protelatórios. Multa, na primeira vez até 2%, reiteração até 10%.</p>	

Exercício da Advocacia no NCPC

i- Criou-se nova hipótese de suspeição do juiz: “amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes ou de seus advogados” (art. 145, inc. I).

ii- Não correm prazos processuais no período compreendido entre 20 de dezembro e 20 de janeiro (art. 220). Não serão realizadas audiências nem sessões de julgamento. Contudo, os juízes, membros do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Advocacia Pública e os auxiliares da Justiça exercerão suas atribuições naquele período.

iii- Litisconsortes representados por advogados diferentes terão prazo em dobro para (art. 229, caput). Contudo, não terão esse benefício: (i) os litisconsortes que, muito embora tenham

procuradores diferentes, os patronos integrem a mesma sociedade de advogados; (ii) nos casos em que o processo tramite em meio eletrônico (art. 229, caput e § 2º).

iv- O § 1º do art. 272 admite que o advogado requeira que nas intimações a ele dirigidas conste apenas o nome da sociedade a que pertença.

v- Faculta-se ao advogado promover a intimação do advogado da outra parte por meio do correio, juntando aos autos a comprovação de tal intimação (art. 269, § 1º).

vi- O caput do art. 455 criou mais um encargo ao advogado: informar ou intimar a testemunha por ele arrolada acerca do dia, data e local da audiência. A inércia do advogado em relação à comunicação da testemunha implica a desistência da sua inquirição (art. 455, § 3º).

A intimação por via judicial consistirá em opção residual, somente sendo possível quando comprovada que a tentativa do advogado foi frustrada (art. 455, § 4º, inc. I).

vii- Redução de medidas protelatórias (maior rigor na multa por litigância de má-fé – art. 81)

viii- Honorários (art. 85).

Obs1: Os honorários sucumbenciais não mais se compensam quando há sucumbência recíproca (art. 85, § 14 do CPC/2015). Superada súmula 306, STJ.

Súmula 453, STJ. Os honorários sucumbenciais, quando omitidos em decisão transitada em julgado, não podem ser cobrados em execução ou em ação própria.

Obs2: Se os honorários não forem fixados na sentença, eles poderão ser pleiteados pelo advogado em ação autônoma (art. 85, § 18).

Obs3: O tribunal, ao julgar o recurso, majorará os honorários (art. 85, §11). É cabível a fixação de honorários recursais, prevista no art. 85, § 11, do CPC/2015, mesmo quando não apresentadas contrarrazões ou contraminuta pelo advogado da parte recorrida (STF).

Também é cabível honorários recursais em julgamento de embargos de declaração por Tribunais (STF).

Obs4: Não cabe a fixação de honorários recursais (art. 85, § 11, do CPC/2015) em caso de recurso interposto no curso de processo cujo rito exclua a possibilidade de condenação em honorários. Em outras palavras, não é possível fixar honorários recursais quando o processo originário não preveja condenação em honorários (STF. 1ª Turma. ARE 948578 AgR/RS, ARE 951589 AgR/PR e ARE 952384 AgR/MS, Rel. Min. Marco Aurélio, julgados em 21/6/2016).

Juiz - TJSP/2017: A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, com relação a honorários advocatícios, estabelece que:

(A) são devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções individuais de sentença proferida em ações coletivas, ainda que não embargadas. Correto - S. 345

(B) os honorários sucumbenciais, quando omitidos em decisão transitada em julgado, podem ser cobrados em ação própria. CPC/73, incorreto - S. 453; CPC/15 correto.

(C) os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem exclusão da legitimidade da própria parte. CPC/73 correto - S. 306; CPC/15 incorreto.

(D) arbitrados os honorários advocatícios em percentual sobre o valor da causa, a correção monetária incide a partir da sentença. Incorreto - S. 14 (a partir do ajuizamento).

Art. 85, § 3º Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º e os seguintes percentuais:

I - mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos;

II - mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 (duzentos) salários-mínimos até 2.000 (dois mil) salários-mínimos;

III - mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 2.000 (dois mil) salários-mínimos até 20.000 (vinte mil) salários-mínimos;

IV - mínimo de três e máximo de cinco por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 20.000 (vinte mil) salários-mínimos até 100.000 (cem mil) salários-mínimos;

V - mínimo de um e máximo de três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100.000 (cem mil) salários-mínimos.

Gratuidade de Justiça

- i- Pessoa jurídica, desde que comprove hipossuficiência (art. 98, caput);
- ii- Pessoa física possui presunção com mera declaração (art. 98, §3º);
- iii- Assistência de advogado não impede o benefício (art. 99, § 4º)
- iv- Possibilidade de concessão parcial (art. 98, § 5º);
- v- Impugnação na réplica (art. 100) e não mais em autos apartados;
- vi- Há condenação em despesas e honorários da parte sucumbente, mas suspende-se a exigibilidade (art. 98, §3º). Não impede a cobrança de multas (art. 98, §4º).

INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

- ✓ Assistência simples e litisconsorcial (arts. 119 a 124);
- ✓ Chamamento ao processo (arts. 130 a 132)
- ✓ Denúnciação da lide (impossibilidade de denúnciação *per saltum*; não é obrigatória; execução direta; responsabilidade do Estado)
- ✓ Oposição (deixou de ser modalidade p/ procedimento especial)
- ✓ Nomeação à autoria (deixou de ser modalidade - arts. 338 e 339)
- ✓ *Amicus curiae* (**novidade**)
- ✓ Desconsideração personalidade (**novidade**)

Demandas de Saúde

Em demandando apenas um ente federativo, é possível que o esse ente promova o chamamento ao processo?

a) O art. 130, III, é típico de obrigações solidárias de pagar quantia, o que não é o caso, uma vez que as ações para fornecimento de medicamento são para entrega de coisa certa;

b) O chamamento ao processo revela-se medida protelatória, que não traz nenhuma utilidade ao processo. REsp 1203244-SC, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 9/4/2014 - recurso repetitivo - Info 539.

Obs1: Temos de diferenciar demandas de medicamentos e de tratamentos de saúde daquelas ações de responsabilidade civil do Estado por danos causados na área de saúde. A jurisprudência do STJ possui vários precedentes no sentido de que a União, na condição de gestora nacional do SUS, **não tem legitimidade passiva nas ações de indenização por falha no atendimento médico ocorrida em hospitais privados credenciados no SUS**, tendo em vista que, de acordo com descentralização das atribuições prevista na Lei n.º 8.080/90, a responsabilidade pela fiscalização dos hospitais credenciados ao SUS é do **Município**, a quem compete responder em tais casos.

Obs2: Pode fazer bloqueio de valores e ainda cominar astreintes para que o ente público forneça medicamentos.

Obs3: Para concessão de medicamentos, a parte deve preencher 3 requisitos:

(i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;

(ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;

(iii) existência de registro na ANVISA do medicamento.

Desconsideração

Art. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

§ 1º O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei.

§ 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica.

Art. 134. O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

§ 1º A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas.

§ 2º Dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica.

§ 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º.

§ 4º O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica.

Art. 135. *Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias.*

Art. 136. *Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória.*

Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno.

Art. 137. *Acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente.*

TRT - 4ª REGIÃO (RS) 2016 -Juiz do Trabalho Substituto: Assinale a assertiva incorreta sobre o incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

- a) Pode ser requerido em 1º e 2º graus de jurisdição, em qualquer fase do processo e em qualquer tipo de procedimento, excetuando-se a fase de recurso especial ou extraordinário, em razão dos limites do efeito devolutivo de tais recursos.
- b) Uma vez requerida a desconsideração na própria petição inicial, fica a parte dispensada da instauração do incidente, hipótese em que o processo não será suspenso, devendo o sócio ou pessoa jurídica ser citado.
- c) O incidente de desconsideração da personalidade jurídica não se aplica às hipóteses de desconsideração inversa, que consiste em imputar à pessoa jurídica a responsabilidade por obrigações de seus sócios, ante a existência de pressupostos legais a serem atendidos, a exemplo de fraude e abuso de direito.
- d) A decisão que julga o incidente de desconsideração da personalidade jurídica tem natureza interlocutória, a qual pode ser novamente discutida em segunda instância via agravo de instrumento.
- e) Uma vez acolhido o pedido de desconsideração da personalidade jurídica, a alienação ou oneração de bens considerada em fraude à execução será tida por ineficaz em relação ao requerente.

Amicus Curiae

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

§ 1º *A intervenção de que trata o caput **não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos**, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.*

§ 2º *Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do amicus curiae.*

§ 3º *O amicus curiae pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.*

DO JUIZ E AUXILIARES

Poderes do Juiz

Art. 139. *O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:*

I - assegurar às partes igualdade de tratamento;

II - velar pela duração razoável do processo;

III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias;

IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

Enunciado 12, FPPC: A aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. **Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas**, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, §1º, I e II, CPC.

Julgado Importante

(...)

3. O CPC de 2015, em homenagem ao princípio do resultado na execução, inovou o ordenamento jurídico com a previsão, em seu art. 139, IV, de medidas executivas atípicas, tendentes à satisfação da obrigação exequenda, inclusive as de pagar quantia certa.

4. As modernas regras de processo, no entanto, ainda respaldadas pela busca da efetividade jurisdicional, em nenhuma circunstância, poderão se distanciar dos ditames constitucionais, apenas sendo possível a implementação de comandos não discricionários ou que restrinjam direitos individuais de forma razoável.

5. Assim, no caso concreto, após esgotados todos os meios típicos de satisfação da dívida, para assegurar o cumprimento de ordem judicial, deve o magistrado eleger medida que seja necessária, lógica e proporcional. Não sendo adequada e necessária, ainda que sob o escudo da busca pela efetivação das decisões judiciais, será contrária à ordem jurídica.

9. **Revela-se ilegal e arbitrária a medida coercitiva de suspensão do passaporte proferida no bojo de execução por título extrajudicial (duplicata de prestação de serviço), por restringir direito fundamental de ir e vir de forma desproporcional e não razoável.** Não tendo sido demonstrado o esgotamento dos meios tradicionais de satisfação, a medida não se comprova necessária.

10. O reconhecimento da ilegalidade da medida consistente na apreensão do passaporte do paciente, na hipótese em apreço, **não tem qualquer pretensão em afirmar a impossibilidade dessa providência coercitiva em outros casos e de maneira genérica.** A medida poderá eventualmente ser utilizada, desde que obedecido o contraditório e fundamentada e adequada a decisão, verificada também a proporcionalidade da providência.

11. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação não configura ameaça ao direito de ir e vir do titular, sendo, assim, inadequada a utilização do habeas corpus, impedindo seu conhecimento. É fato que a retenção desse documento tem potencial para causar embaraços consideráveis a qualquer pessoa e, a alguns determinados grupos, ainda de forma mais drástica, caso de profissionais, que tem na condução de veículos, a fonte de sustento. É fato também que, se detectada esta condição particular, no entanto, a

possibilidade de impugnação da decisão é certa, todavia por via diversa do habeas corpus, porque sua razão não será a coação ilegal ou arbitrária ao direito de locomoção, mas inadequação de outra natureza. 12. Recurso ordinário parcialmente conhecido (STJ, RHC 97.876/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, d.j. 05/06/2018).

V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais;

VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;

VII - exercer o poder de polícia, requisitando, quando necessário, força policial, além da segurança interna dos fóruns e tribunais;

VIII - determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso;

IX - determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais;

X - quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva.

Parágrafo único. A dilação de prazos prevista no inciso VI somente pode ser determinada antes de encerrado o prazo regular.

Impedimento e Suspeição do Juiz

Art. 144. Há impedimento do juiz, sendo-lhe vedado exercer suas funções no processo:

I - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como membro do Ministério Público ou prestou depoimento como testemunha;

II - de que conheceu em outro grau de jurisdição, tendo proferido decisão;

III - quando nele estiver postulando, como defensor público, advogado ou membro do Ministério Público, seu cônjuge ou companheiro, ou qualquer parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive;

IV - quando for parte no processo ele próprio, seu cônjuge ou companheiro, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive;

V - quando for sócio ou membro de direção ou de administração de pessoa jurídica parte no processo;

VI - quando for herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de qualquer das partes;

VII - em que figure como parte instituição de ensino com a qual tenha relação de emprego ou decorrente de contrato de prestação de serviços;

VIII - em que figure como parte cliente do escritório de advocacia de seu cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, mesmo que patrocinado por advogado de outro escritório;

IX - quando promover ação contra a parte ou seu advogado.

§ 3º *O impedimento previsto no inciso III também se verifica no caso de mandato conferido a membro de escritório de advocacia que tenha em seus quadros advogado que individualmente ostente a condição nele prevista, mesmo que não intervenha diretamente no processo.*

Art. 145. Há suspeição do juiz:

*I - amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes ou de seus **advogados**;*

II - que receber presentes de pessoas que tiverem interesse na causa antes ou depois de iniciado o processo, que aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa ou que subministrar meios para atender às despesas do litígio;

III - quando qualquer das partes for sua credora ou devedora, de seu cônjuge ou companheiro ou de parentes destes, em linha reta até o terceiro grau, inclusive;

IV - interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes.

§ 1º Poderá o juiz declarar-se suspeito por motivo de foro íntimo, sem necessidade de declarar suas razões.

Advocacia Pública

✓ **Prazo**

CPC 73 – quádruplo para contestar e dobro para recorrer

CPC 2015 – dobro para todas as suas manifestações.

Obs1: Não se aplica o prazo em dobro para os juizados especiais (art. 9º, Lei 10.259/03). Mas os prazos são contados em dias úteis (enunciado 19, I jornada do CJF).

Art. 183. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da intimação pessoal.

§ 1o A intimação pessoal far-se-á por carga, remessa ou meio eletrônico.

§ 2o Não se aplica o benefício da contagem em dobro quando a lei estabelecer, de forma expressa, prazo próprio para o ente público.

✓ **Honorários**

Art. 85, § 19. Os advogados públicos perceberão honorários de sucumbência, nos termos da lei.

Reexame Necessário (art. 496, CPC)

Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal.

§ 1º Nos casos previstos neste artigo, não interposta a apelação no prazo legal, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, e, se não o fizer, o presidente do respectivo tribunal avocá-los-á.

§ 2º Em qualquer dos casos referidos no § 1º, o tribunal julgará a remessa necessária.

§ 3º Não se aplica o disposto neste artigo quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a:

I - 1.000 (mil) salários-mínimos para a União e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - 500 (quinhentos) salários-mínimos para os Estados, o Distrito Federal, as respectivas autarquias e fundações de direito público e os Municípios que constituam capitais dos Estados;

III - 100 (cem) salários-mínimos para todos os demais Municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público.

§ 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em:

I - súmula de tribunal superior;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

INTERVENÇÃO DO MP

No CPC/73 o MP tinha o prazo em dobro para recorrer e em quádruplo para contestar. Com o Novo CPC, o MP tem o prazo em dobro para qualquer manifestação do processo (se não houver prazo específico).

Fiscal da Ordem Jurídica

- Não se mais faz referência expressa às causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade (artigo 82, II, CPC/73);

- Antes era só litígio coletivo rural, mas agora inclui também urbano.

- Agora, há previsão de 30 dias para se pronunciar (antes não falava nada);

- Participação da Fazenda não é suficiente para intervenção do MP.

- Fala-se em interesse público ou social (antes só falava em público).

Nulidades

Art. 279. É nulo o processo quando o membro do Ministério Público não for intimado a acompanhar o feito em que deva intervir.

§ 2º A nulidade só pode ser decretada após a intimação do Ministério Público, que se manifestará sobre a existência ou a inexistência de prejuízo.

DEFENSORIA PÚBLICA

Art. 186. A Defensoria Pública gozará de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais.

§ 1º O prazo tem início com a intimação pessoal do defensor público, nos termos do [art. 183, § 1º](#).

§ 2º A requerimento da Defensoria Pública, o juiz determinará a intimação pessoal da parte patrocinada quando o ato processual depender de providência ou informação que somente por ela possa ser realizada ou prestada.

§ 3º O disposto no caput aplica-se aos escritórios de prática jurídica das faculdades de Direito reconhecidas na forma da lei e às entidades que prestam assistência jurídica gratuita em razão de convênios firmados com a Defensoria Pública.

§ 4º Não se aplica o benefício da contagem em dobro quando a lei estabelecer, de forma expressa, prazo próprio para a Defensoria Pública.

Súmula 421, STJ – superada.

Súmula 421, STJ: Os honorários advocatícios ~~não são devidos~~ à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença.

17 - Forma (art. 188, 189), Lugar (art. 217) e Tempo (art. 212 ss)

- ✓ Negócio Jurídico Processual (art. 190); Calendarização (art. 191):

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

- ✓ Súmula 429: A citação postal, quando autorizada por lei, exige o aviso de recebimento. Ver art. 248, § 4º (Porteiro). Regra agora é meio eletrônico. Se não puder, correios. Se não puder, oficial.
- ✓ Citação, intimação e penhora independente de autorização judicial nos feriados (art. 212, parágrafo único);
- ✓ Contagem do prazo processual em dias úteis (art. 219);
- ✓ Suspensão dos prazos entre 20/12 e 20/01;
- ✓ Litisconsortes com procuradores de escritórios distintos – prazo em dobro. O prazo em dobro não se aplica para processos eletrônicos;
- ✓ Valor da causa: pode o juiz alterar de ofício? Sim (art. 292, §3º).

Efeitos da Citação⁷⁰

CPC/73	CPC/15
Completar a relação processual	Completar a relação processual
Induzir litispendência	Induzir litispendência
Tornar litigiosa a coisa	Tornar litigiosa a coisa
Constitui em mora o devedor	Constitui em mora o devedor
Alterações	
Tornar preventivo o juízo	A prevenção agora se dá não com a citação, mas sim com o registro ou distribuição da petição inicial (arts. 59, 284 e 312, CPC).

⁷⁰ Baseado em Rinaldo Mouzalas.

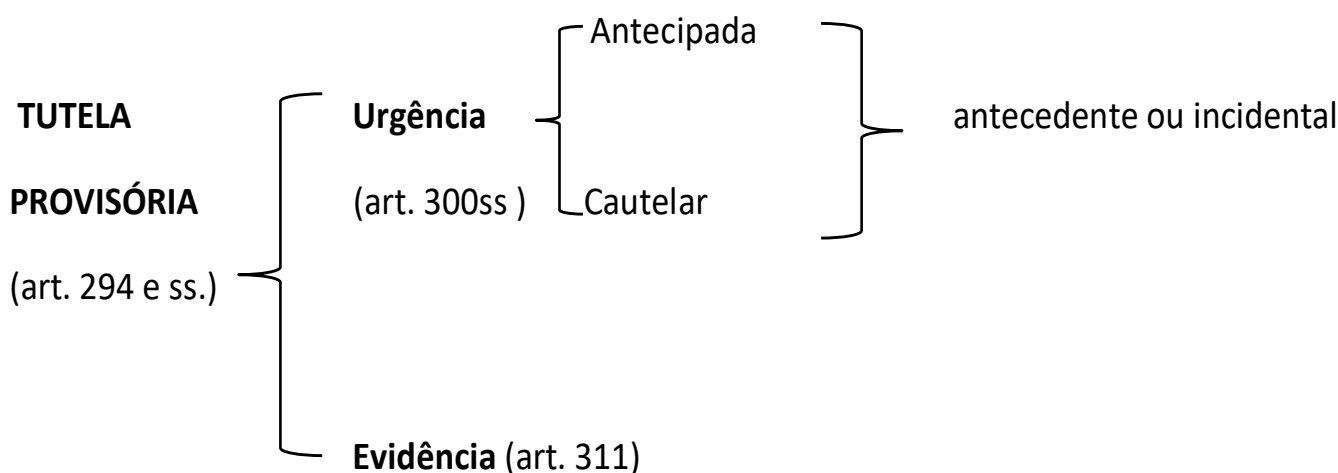
Interruper a prescrição	A interrupção da prescrição agora se dá com o despacho que ordena a citação e não mais a citação válida.
A citação ordenada por juízo <u>incompetente</u> induzia litispendência e interrompia a prescrição.	A citação ordenada por juízo <u>incompetente</u> produz todos os efeitos.

TRT - 2ª REGIÃO (SP) - Juiz do Trabalho Substituto

Quanto aos atos e prazos processuais é correto afirmar que:

- a) Os atos processuais realizar-se-ão em dias úteis, das 8 (oito) às 18 (dezoito) horas e serão concluídos depois das 18 (dezoito) horas, os atos iniciados antes, quando o adiamento prejudicar a diligência ou causar grave dano.
- b) É defeso lançar, nos autos, cotas marginais ou interlineares; o Juiz mandará riscá-las, impondo a quem as escrever multa correspondente ao dobro do salário mínimo vigente na sede do juízo.
- c) Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a Lei, expressamente, a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial.
- d) Não havendo preceito legal nem assinatura pelo Juiz, será de 10 (dez) dias o prazo para a prática de ato processual a cargo da parte.
- e) É possível juntar aos autos documento redigido em língua estrangeira, quando acompanhado de versão em vernáculo, desde que firmada pelo subscritor regularmente constituído pela parte.

TUTELA PROVISÓRIA



- ✓ Concessão de tutela antecipada contra a Fazenda – art. 1.059.

Art. 5º, Lei 4.348/64 (já revogada); art. 29-B, Lei 8.036/90; art. 1º, Lei 8.437/92; Lei 9.494/97; art. 7º, Lei 12.016/09.

O STF, na ADC n. 4, entendeu pela **constitucionalidade** da Lei n. 9.494/97, entendimento este que pode ser estendido a todas as limitações acima constantes.

SÚMULA Nº 729, STF - A DECISÃO NA ADC-4 NÃO SE APLICA À ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EM CAUSA DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA.

Art. 300, § 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

ENUNCIADO 40/CJF – A irreversibilidade dos efeitos da tutela de urgência não impede sua concessão, em se tratando de direito provável, cuja lesão seja irreversível.

Enunciado 25/ENFAM - vedação da concessão de tutela de urgência cujos efeitos possam ser irreversíveis (art. 300, § 3º, do CPC/2015) pode ser afastada no caso concreto com base na garantia do acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, da CRFB).

- ✓ Astreintes pode ser executada após o trânsito em julgado da sentença ou agravo do art. 1042, II ou III, CPC.

Quadro elaborado nas aulas de Mozart Borba

Estabilização da tutela (similaridade com o r`ep`ere francês)	Coisa julgada material
Tutela provisória	Tutela final (de m`erito)
Pode ser revista por a`c`ao de revis`ao, modific`ao ou invalida`ao da decis`ao estabilizada.	N`ao pode ser rediscutida, com exce`ao das hip`oteses de a`c`ao rescis`oria.
N`ao h`a hip`oteses taxativas de cabimento. N`ao vai reabrir o processo, pois `e outra a`c`ao. Pode at`e pedir desarquivamento para instruir a NOVA a`c`ao.	Hip`oteses de cabimento da rescis`oria (rol do artigo 966 – taxativo).
A a`c`ao `e de compet`encia da vara onde a medida estabilizou. Art. 304, § 4º Qualquer das partes poder`a requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a peti`cao inicial da a`c`ao a que se refere o § 2º, prevento o ju`izo em que a tutela antecipada foi concedida.	A`c`ao de compet`encia origin`aria de tribunal.
	Necessidade de dep`osito pr`evio de 5% que funcionar`a como multa em caso de improced`encia un`anime.

PROCEDIMENTO COMUM

Protocolo (art. 312): marco da propositura da demanda

Registro ou Distribuição (arts. 284 a 290) - torna prevento o juízo (art. 59)

Registro: quando houver uma vara OU

Distribuição: quando houver dois juízos com competência idêntica.

Autuação (pelo escrivão ou chefe de secretaria - art. 206): colocação de capa, juntada de peças e documentos, numeração e rubrica de folhas etc. No processo eletrônico, isso não existe.

Despacho do Juiz que ordena a citação (art. 240, §1º) (interrupção da prescrição - que retroage à data da propositura da demanda)

Citação (art. 240) (induz litispendência, torna litigiosa a coisa, constitui em mora o devedor).

Obs: essa citação não é mais para contestar, mas sim para comparecer a **audiência de conciliação e mediação** (art. 334, CPC).

Obs1: Claro que há variáveis que estamos vendo ao longo do curso.

A exemplo, em vez do despacho do juiz para ordenar a citação, é possível que o magistrado: a) determine a emenda da petição inicial (art. 321, CPC); b) aplique o art. 330 (indeferimento da petição inicial); c) valha-se do art. 332 (improcedência liminar do pedido), com todas as suas nuances. Veremos esses casos mais à frente.

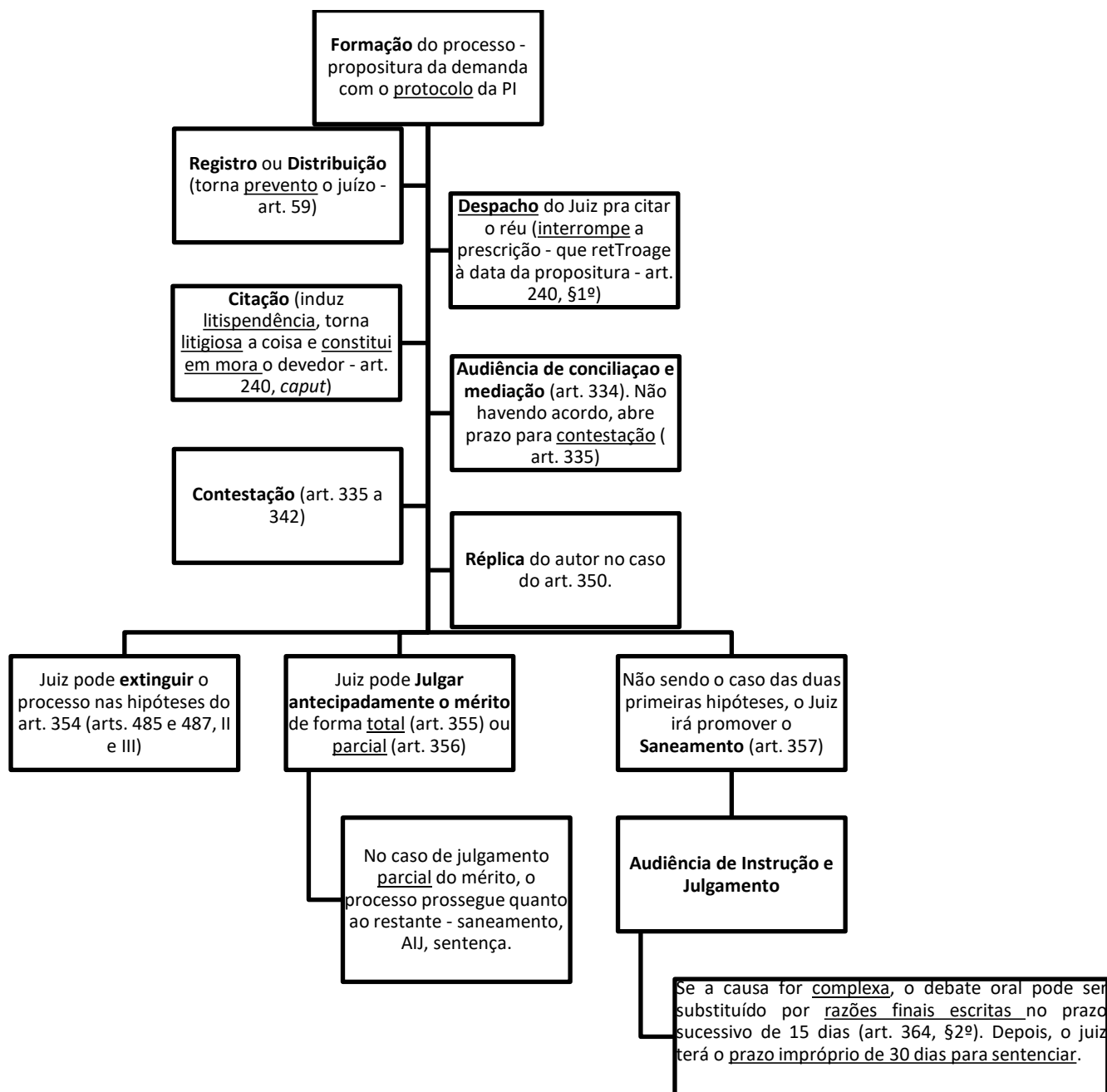
Ainda, como forma de clarear a mente do aluno, fizemos um esquema do passo a passo, em regra, do procedimento comum⁷¹.

⁷¹ Não há mais previsão do procedimento sumário. Assim, ou as causas tramitarão sob o procedimento comum ou sob o procedimento sumaríssimo dos Juizados.

Contudo, as demandas de procedimento sumário que tiverem sido propostas na vigência do CPC/73, serão reguladas pelo CPC antigo.

CC/15, Art. 1.046. Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

§ 1o As disposições da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, relativas ao procedimento sumário e aos procedimentos especiais que forem revogadas aplicar-se-ão às ações propostas e não sentenciadas até o início da vigência deste Código.



- ✓ Pedido certo e determinado
- ✓ Art. 292, V: necessidade de dizer exatamente quanto quer de dano moral, sob pena de inépcia. Súmula 326, STJ superada (Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca).
- ✓ Interpretação conforme a boa-fé (art. 322, §1º, CPC).
- ✓ Cumulação de Pedidos

Improcedência Liminar (art. 332)

Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

§ 1o O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição.

§ 2o Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 241.

§ 3o Interposta a apelação, o juiz poderá retratar-se em 5 (cinco) dias.

§ 4o Se houver retratação, o juiz determinará o prosseguimento do processo, com a citação do réu, e, se não houver retratação, determinará a citação do réu para apresentar contrarrazões, no prazo de 15 (quinze) dias.

Réu é citado para comparecer à audiência de conciliação e mediação (art. 334, CPC)

- ✓ Art. 335: 15 dias contados da: a) data da audiência; b) data do protocolo do pedido de cancelamento da audiência; c) conforme art. 231.
- ✓ Art. 336: Incumbe ao réu alegar toda matéria de defesa.
- ✓ Art. 337: preliminares: impugnação ao valor da causa; impugnação ao benefício da gratuidade de justiça; incompetência relativa (tudo na contestação). convenção de arbitragem (cláusula compromissória ou compromisso arbitral).
- ✓ Art. 343, § 3o A **reconvenção** pode ser proposta contra o autor e terceiro.

Julgamento parcial antecipado de mérito (art. 356, CPC)

Art. 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles:

I - mostrar-se incontroverso;

II - estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355.

§ 1o A decisão que julgar parcialmente o mérito poderá reconhecer a existência de obrigação líquida ou ilíquida.

§ 2o A parte poderá liquidar ou executar, desde logo, a obrigação reconhecida na decisão que julgar parcialmente o mérito, independentemente de caução, ainda que haja recurso contra essa interposto.

§ 3o Na hipótese do § 2o, se houver trânsito em julgado da decisão, a execução será definitiva.

§ 4o A liquidação e o cumprimento da decisão que julgar parcialmente o mérito poderão ser processados em autos suplementares, a requerimento da parte ou a critério do juiz.

§ 5o A decisão proferida com base neste artigo é impugnável por agravo de instrumento.

MPGO (2016) - Sobre o julgamento conforme o estado do processo, assinale a alternativa correta:

- a) no julgamento antecipado parcial do mérito, por envolver julgamento de pedido que se mostra incontroverso, ainda assim a decisão pode reconhecer a existência de obrigação ilíquida.

- b) realizado o saneamento do processo, as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo sucessivo de 5 (cinco) dias, findo o qual a decisão se torna estável.
- c) a decisão proferida no julgamento antecipado parcial do mérito, por julgar o mérito, desafia o recurso de apelação.
- d) a liquidação e o cumprimento de decisão que julgar parcialmente o mérito deverão ser processados em autos suplementares.

18.5 - Saneamento e organização (art. 357, CPC)

Procurador POA (2016):

II. Na fase de saneamento e organização do processo, se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a esclarecer suas alegações. Correto.

- ✓ Distribuição dinâmica (art. 373, §1º)
- ✓ Prova emprestada (art. 372)
- ✓ Produção antecipada de prova (art. 381)
- ✓ Prova documental: é possível juntada posterior, desde que: a) não haja má-fé; b) haja contraditório; c) documento não seja indispensável à propositura.
- ✓ Súmula 372 STJ superada (direito indisponível podia multa cominatória; disponível não). Agora, é possível multa cominatória em todos os casos (art. 400, parágrafo único).

(MPT) Acerca da produção probatória, assinale a incorreta:

- a) As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados pelo CPC, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz. Art. 369
- b) Incumbirá à parte, ainda que produzindo prova contra si, colaborar com o juízo na realização de inspeção judicial que for considerada necessária.
- c) Aplicar-se-á a distribuição dinâmica do ônus da prova nos casos já previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou excessiva dificuldade de se cumprir o encargo da distribuição legal do ônus da prova ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, desde que por decisão fundamentada. Art. 373, § 1º
- d) Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Art. 370

SENTENÇA E COISA JULGADA

Auditor TCE – CESPE (2016): d) Os efeitos da coisa julgada material serão inaplicáveis em caso de decisão que resolva questão prejudicial. Correto.

TJSP (2017): d) pode abranger a resolução de questão prejudicial, desde que dessa resolução dependa o julgamento do pedido; que tenha sido facultado o contraditório; e que o órgão seja competente em razão da matéria e da pessoa para resolver a questão como se principal fosse. Correto.

- ✓ Súmula 344, STJ: A liquidação por forma diversa da estabelecida na sentença não ofenda a coisa julgada. [MPSP \(2015\)](#)
- ✓ Súmula 343, STF: Não cabe ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais. (Superada? – art. 966, V – violar manifestamente norma jurídica)

CUMPRIMENTO DE SENTENÇA

- ✓ No cumprimento de sentença (requerimento do exequente), permitiu que o interessado leve a **protesto** a sentença condenatória, mas exigiu trânsito em julgado e depois do prazo para pagamento voluntário (art. 523).

Obs1: na prestação alimentícia, o protesto não precisa do trânsito em julgado (art. 528, CPC).

- ✓ Em execução provisória, no CPC/73, não havia ordem mandamental com a pressão psicológica do pagamento da multa. O executado era intimado e, só depois do não pagamento em 15 dias, haveria a multa. O CPC2015, por sua vez, impõe multa inclusive no cumprimento provisório.
- ✓ O prazo comum para cumprimento voluntário de sentença deverá ser computado em dobro (ou seja, em 30 dias úteis) no caso de litisconsortes com procuradores distintos, em autos físicos (**info 619, STJ**).
- ✓ Desnecessidade de garantir o juízo para impugnar, diferente de como era no CPC/73.
- ✓ Ineficácia do título fundado em decisão de inconstitucionalidade.

Art. 525, § 12. Para efeito do disposto no inciso III do § 1º deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

§ 15. Se a decisão referida no § 12 for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

- ✓ Cumprimento de sentença contra a Fazenda (art. 534ss). Antes, era necessário se formar um processo de execução autônomo (art. 730, CPC/73).

UECE (2017) – Advogado: Considerando o cumprimento de sentença, pode-se afirmar corretamente que:

a) o cumprimento da sentença que reconhece o dever de pagar quantia, provisório ou definitivo, far-se-á de ofício.

b) o cumprimento da sentença poderá ser promovido em face do fiador, do coobrigado ou do corresponsável, ainda que não tenha participado da fase de conhecimento.

c) a autocomposição judicial pode envolver sujeito estranho ao processo e versar sobre relação jurídica que não tenha sido deduzida em juízo.

d) a decisão judicial transitada em julgado poderá ser levada a protesto, nos termos da lei, ainda que pendente o prazo para pagamento voluntário.

(TRT 4 – 2016) - Assinale a assertiva incorreta sobre impugnação ao cumprimento da sentença.

a) Para que o executado apresente impugnação, transcorridos os 15 (quinze) dias após a intimação para pagamento do débito, é indispensável que proceda à segurança do juízo, a exemplo da penhora prévia.

b) É permitido, nas hipóteses de impugnação na fase de execução da sentença, que não apenas o título executivo, mas também a obrigação, quando inexigíveis, sejam impugnados.

c) A declaração in abstracto da inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, é matéria capaz de amparar a inexigibilidade da obrigação, podendo fundamentar a impugnação.

d) Em se tratando de impugnação à sentença de liquidação, pela Fazenda Pública, esta somente poderá alegar falta ou nulidade da citação, na fase de conhecimento, se o processo tiver corrido à sua revelia.

TJPR (2017): O protesto da decisão que determine a prestação de alimentos somente poderá ser feito após o trânsito em julgado da decisão, devendo o autor se valer de outros meios coercitivos para a efetivação de decisão interlocutória que fixe alimentos.

TJSP (2017): a) poderá, ainda que já tenha se operado o trânsito em julgado da sentença, ser alegada inexigibilidade da obrigação reconhecida no título, se ele estiver fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo, tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

PROCEDIMENTOS ESPECIAIS

- ✓ Ação de exigir contas: duas fases (direito das contas; julgamento das contas apresentadas; decisão agravável)
- ✓ Ação possessória multitudinária

Art. 554, § 1º No caso de ação possessória em que figure no polo passivo grande número de pessoas, serão feitas a citação pessoal dos ocupantes que forem encontrados no local e a citação por edital dos demais, determinando-se, ainda, a intimação do Ministério Público e, se envolver pessoas em situação de hipossuficiência econômica, da Defensoria Pública.

*Art. 565. No litígio coletivo pela posse de imóvel, quando o esbulho ou a turbação afirmado na petição inicial houver **ocorrido há mais de ano e dia, o juiz, antes de apreciar o pedido de concessão da medida liminar,***

deverá designar audiência de mediação, a realizar-se em até 30 (trinta) dias, que observará o disposto nos §§ 2º e 4º. § 1º Concedida a liminar, se essa não for executada no prazo de 1 (um) ano, a contar da data de distribuição, caberá ao juiz designar audiência de mediação, nos termos dos §§ 2º a 4º deste artigo.

- ✓ Embargos de 3º (ampliação dos legitimados; prazo de 15 dias; não suspendem o processo)
- ✓ Ação monitória: qualquer tipo de obrigação (inclusive comprovada por e-mail – info 593, STJ); contra FP; cabe citação por edital; se pagar, 5% dos honorários; cabe reconvenção, mas não reconvenção da reconvenção.
- ✓ Penhora antes da citação (art. 865, CPC)

PROCESSO NOS TRIBUNAIS E MEIOS DE IMPUGNAÇÃO

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

Decisão judicial é um ato de pronunciamento do juiz, de conteúdo decisório, dentro de um processo de natureza jurisdicional.

O precedente é uma decisão judicial verificada à luz do caso concreto, capaz de persuadir decisões futuras sobre temas iguais ou semelhantes.

Jurisprudência, segundo Miguel Reale, deve ser entendida como a forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais. Essas decisões podem ser precedentes ou não.

Quais os exemplos desse reforço da Jurisprudência e dos Precedentes?

Art. 332	Improcedência liminar quando o pedido contrariar precedentes obrigatórios
Art. 496, § 4º	Dispensa de remessa necessária
Art. 521, IV	Dispensa de caução
Art. 932, IV, V	Possibilidade de o relator negar ou dar provimento ao recurso monocraticamente
Art. 966, § 5º	Ação rescisória contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento.
Art. 988, III e IV	Reclamação – alargamento das hipóteses
Art. 1.040, IV	Comunicação às agências reguladoras para que elas cumpram o precedente obrigatório
Art. 927, §§ 3º e 4º	a possibilidade de modulação dos efeitos e a exigência de fundamentação adequada e específica quando da alteração

	de entendimentos jurisprudencial fixado em casos repetitivos
--	--

Impugnações

- ✓ **Prazo: 15 dias, salvo ED (5 dias)**
- ✓ **Fim do duplo juízo de admissibilidade (Salvo Tribunais Superiores)**
- ✓ **Súmula 187, STJ (Superada):** não é deserto. Aplica-se o art. 1.007, §§
- ✓ **Súmula 211 (Superada):** Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*.
- ✓ **Súmula 418, STJ (Superada):** É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação.
- ✓ Súmula 579, STJ: Não é necessário ratificar o recurso especial interposto na pendência do julgamento dos embargos de declaração quando inalterado o julgamento anterior.
- ✓ Irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias (art. 1009, § 2º), salvo hipóteses do art. 1.015.

Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

I - tutelas provisórias;

II - mérito do processo;

III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;

IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;

V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;

VI - exibição ou posse de documento ou coisa;

VII - exclusão de litisconsorte;

VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;

IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;

X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;

XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º;

XII - (VETADO);

XIII - outros casos expressamente referidos em lei.

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

✓ IRDR:

Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

✓ **IAC:**

Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.

TJPR (2017): O incidente de assunção de competência pode ter por objeto a solução de relevante questão de direito material ou processual em hipótese em que não caiba julgamento de casos repetitivos. Correto.

TJMG (Outorga de Delegações de Notas e de Registro). Sobre o IRDR, só NÃO é correto afirmar:

- a) O pedido de instauração do IRDR será dirigido ao Presidente do Tribunal.
- b) Após a distribuição, o juízo de admissibilidade será exercitado pelo órgão colegiado competente para julgar o IRDR, e não somente pelo relator sorteado.
- c) Do julgamento do mérito do IRDR caberá recurso extraordinário ou especial, conforme o caso.
- d) A desistência ou o abandono do processo impede o exame do mérito do incidente.

(MPT – MPT - Procurador do Trabalho/2017) Em relação ao incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no Código de Processo Civil, analise as assertivas a seguir:

I - É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, alternativamente: efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito ou risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

II - A desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente, sendo que, nesse caso, se não for o requerente, o Ministério Público deverá assumir sua titularidade. Correto.

III - Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região, bem como aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão da tese. Correto.

- ✓ Só cabe reclamação ao STF por violação de tese fixada em repercussão geral após terem se esgotado todos os recursos cabíveis nas instâncias antecedentes (art. 988, §1º, CPC).

PROCESSO DE EXECUÇÃO

- ✓ A sucessão prevista no processo de conhecimento depende do consentimento da outra parte (art. 109). No processo de execução, **esse consentimento não é necessário**.
- ✓ Art. 781, § 3º A requerimento da parte, o juiz pode determinar a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes.

- ✓ Passou a ser TEJ o crédito de serventuário de justiça, de perito, de intérprete, ou de tradutor, quando as custas, emolumentos ou honorários forem aprovados por decisão judicial;
- ✓ X – o crédito referente às contribuições ordinárias ou extraordinárias de condomínio edilício, previstas na respectiva convenção ou aprovadas em assembleia geral, desde que documentalmente comprovadas;
- ✓ XI – a certidão expedida por serventia notarial ou de registro relativa a valores de emolumentos e demais despesas devidas pelos atos por ela praticados, fixados nas tabelas estabelecidas em lei;
- ✓ Art. 785. A existência de título executivo extrajudicial não impede a parte de optar pelo processo de conhecimento, a fim de obter título executivo judicial.

TJPR (2017): A existência de título executivo extrajudicial não é óbice ao ajuizamento de ação condenatória, podendo ainda o credor optar pelo ajuizamento de ação monitória, a despeito da possibilidade de utilização da via executória.

- ✓ Parcelamento do art. 916.

Súmula 375-STJ: O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente.

Art. 792, § 2º No caso de aquisição de bem não sujeito a registro, o terceiro adquirente tem o ônus de provar que adotou as cautelas necessárias para a aquisição, mediante a exibição das certidões pertinentes, obtidas no domicílio do vendedor e no local onde se encontra o bem.

Art. 833. São impenhoráveis:

I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução;

II - os móveis, os pertences e as utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou os que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida;

III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor;

IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º;

V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado;

VI - o seguro de vida;

VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas;

VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família;

IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social;

X - a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos;

XI - os recursos públicos do fundo partidário recebidos por partido político, nos termos da lei;

XII - os créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra.

§ 1º A impenhorabilidade não é oponível à execução de dívida relativa ao próprio bem, inclusive àquela contraída para sua aquisição.

§ 2º O disposto nos incisos IV e X do caput não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no [art. 528, § 8º](#), e no [art. 529, § 3º](#).

TUTELA COLETIVA

Associações e Sindicatos

Vejamos os artigos 5º, XXI e 8º, III, ambos da CRFB.

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

XXI - as entidades associativas, **quando expressamente autorizadas**, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;

Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

De pronto, percebe-se uma diferença clara:

Para as associações, a Constituição exigiu uma autorização para que façam a defesa, judicial ou extrajudicial, dos direitos e interesses individuais e coletivos de seus associados (art. 5º, XXI, da CF/88);

Para os sindicatos, porém, não houve essa exigência.

Como deve ser feita essa autorização?

i- declaração individual do associado;

ii- por aprovação na assembleia geral da entidade.

Isso porque o STF definiu, em repercussão geral, que a autorização estatutária genérica (constante no estatuto social) conferida à associação não é suficiente para legitimar a sua atuação em juízo. Desta feita, em cada ação, é indispensável que os filiados a autorizem de forma **expressa e específica**.

A autorização estatutária genérica conferida a associação não é suficiente para legitimar a sua atuação em juízo na defesa de direitos de seus filiados, sendo indispensável que a declaração expressa exigida no inciso XXI do art. 5º da CF (“as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”) seja manifestada por ato individual do associado ou por assembleia geral da entidade. Por conseguinte,

somente os associados que apresentaram, na data da propositura da ação de conhecimento, autorizações individuais expressas à associação, podem executar título judicial proferido em ação coletiva. Com base nessa orientação, o Plenário, em conclusão de julgamento, e por votação majoritária, proveu recurso extraordinário no qual se discutia a legitimidade ativa de associados que, embora não tivessem autorizado explicitamente a associação a ajuizar a demanda coletiva, promoveram a execução de sentença prolatada em favor de outros associados que, de modo individual e expresso, teriam fornecido autorização para a entidade atuar na fase de conhecimento — v. Informativos 569 e 722. Em preliminar, ante a ausência de prequestionamento quanto aos artigos 5º, XXXVI, e 8º, III, da CF, o Tribunal conheceu em parte do recurso. No mérito, reafirmou a jurisprudência da Corte quanto ao alcance da expressão “quando expressamente autorizados”, constante da cláusula inscrita no mencionado inciso XXI do art. 5º da CF. **Asseverou que esse requisito específico acarretaria a distinção entre a legitimidade das entidades associativas para promover demandas em favor de seus associados (CF, art. 5º, XXI) e a legitimidade das entidades sindicais (CF, art. 8º, III).** O Colegiado reputou não ser possível, na fase de execução do título judicial, alterá-lo para que fossem incluídas pessoas não apontadas como beneficiárias na inicial da ação de conhecimento e que não autorizaram a atuação da associação, como exigido no preceito constitucional em debate. Ademais, a simples previsão estatutária de autorização geral para a associação seria insuficiente para lhe conferir legitimidade. Por essa razão, ela própria tivera a cautela de munir-se de autorizações individuais. Vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski (relator), Joaquim Barbosa (Presidente) e Cármen Lúcia, que negavam provimento ao recurso. **RE 573232/SC, rel. orig. Min. Ricardo Lewandowski, red. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, 14.5.2014. (RE-573232)**

Obs: O STF afirma que essa autorização teria de vir já na petição inicial. Ademais, o STJ já aduziu que “a associação não tem legitimidade ativa para defender os interesses dos associados que vierem a se agregar somente após o ajuizamento da ação de conhecimento” (STJ. 2ª Turma. REsp 1.468.734-SP, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 1º/3/2016 - Info 579).

Exceção: Há um caso em que a associação pode defender em juízo interesse de associado sem precisar de sua autorização expressa, qual seja, quando impetrar mandado de segurança coletivo.

E não há essa necessidade, porquanto a própria CRFB não exige (art. 5º, LXX). Para associação, só há o requisito de constituição e funcionamento há, pelo menos, um ano.

Art. 5º (...)

LXX — o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

(...)

b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

Súmula 629, STF: a impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes.

Vejamos o quadro-resumo de Márcio Cavalcante⁷²:

As associações precisam de autorização específica de seus filiados para o ajuizamento de ações em defesa destes?	
<p>Regra geral: SIM</p> <p>A autorização estatutária genérica conferida à associação não é suficiente para legitimar a sua atuação em juízo na defesa de direitos de seus filiados. Para cada ação, é indispensável que os filiados autorizem, de forma expressa e específica, a demanda.</p>	<p>Exceção: MS coletivo</p> <p>No caso de impetração de mandado de segurança coletivo, a associação não precisa de autorização específica dos filiados.</p>
<p>O inciso XXI do art. 5º da CF/88 exige autorização expressa.</p> <p>Trata-se de hipótese de representação processual (a associação defende, em <u>nome dos filiados</u>, <u>direito dos filiados</u> que autorizaram).</p>	<p>O inciso LXX do art. 5º da CF/88 NÃO exige autorização expressa.</p> <p>Trata-se de hipótese de legitimação extraordinária (substituição processual), ou seja, a associação defende, <u>em nome próprio</u>, <u>direito dos filiados</u>.</p>

O art. 2º-A, parágrafo único, da Lei n. 9.494/97 vai nesse mesmo sentido.

Art. 2º-A. **Parágrafo único.** Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, **a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços.**

Essa disposição se coaduna com a Constituição, pois a própria CRFB vinculou a atuação em juízo da associação a uma autorização expressa. Nesse ponto, se houvesse previsão similar para os sindicatos, seria inconstitucional, pois o art. 8º, III, CRFB não fez essa exigência.

Vamos além.

Vejamos o art. 2º-A, *caput*, da Lei n. 9.494/97:

Art. 2º-A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)

Essa disposição é constitucional?

O STF, em 10/05/2017, em julgamento sob repercussão geral, entendeu que sim, é constitucional.

A eficácia subjetiva da coisa julgada formada a partir de ação coletiva, de rito ordinário, ajuizada por associação civil na defesa de interesses dos associados, somente alcança os filiados, residentes no âmbito da jurisdição do órgão julgador, que o fossem em momento anterior ou até a data da

72

<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/cbf8710b43df3f2c1553e649403426df>

propositura da demanda, constantes da relação jurídica juntada à inicial do processodeconhecimento.

(...) Enfatizou que a enumeração dos associados até o momento imediatamente anterior ao do ajuizamento se presta à observância do princípio do devido processo legal, inclusive sob o enfoque da razoabilidade. Por meio da enumeração, presente a relação nominal, é que se viabilizam o direito de defesa, o contraditório e a ampla defesa. Reputou que a condição de filiado é pressuposto do ato de concordância com a submissão da controvérsia ao Judiciário. **RE 612043/PR, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 10.5.2017. (RE-612043)**

Conforme salienta Márcio Cavalcante, o STJ, a partir do que decidiu o STF no RE 573232/SC (Info 746), vem entendendo que as associações, quando propõem ações coletivas, agem como **representantes** de seus associados (e não como substitutas processuais). Diante dessa mudança de perspectiva, tem-se o seguinte cenário:

Regra: a pessoa não filiada não detém legitimidade para executar individualmente a sentença de procedência oriunda de ação coletiva proposta pela associação.

Exceção: será possível executar individualmente, mesmo se não for associado, se a sentença coletiva que estiver sendo executada for mandado de segurança coletivo. STJ. 4ª Turma. REsp 1.374.678-RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 23/6/2015 (Info 565).

- ✓ Não se admite o cabimento da remessa necessária, tal como prevista no art. 19 da Lei nº 4.717/65, nas ações coletivas que versem sobre direitos individuais homogêneos. Ex: ação proposta pelo MP tutelando direitos individuais homogêneos de consumidores. STJ. 3ª Turma. REsp 1.374.232-ES, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 26/09/2017 (Info 612).
- ✓ A sentença que concluir pela carência ou pela improcedência de ação de improbidade administrativa está sujeita ao reexame necessário, com base na aplicação subsidiária do CPC e por aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei nº 4.717/65. STJ. 1ª Seção. EREsp 1.220.667-MG, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 24/5/2017 (Info 607).
- ✓ No **informativo do STJ (INFO 578)**, a **Corte Especial proferiu decisão no sentido de que há efeitos financeiros retroativos alcançados pelo writ**, vejamos:

DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. EFEITOS FINANCEIROS DA CONCESSÃO DE ORDEM MANDAMENTAL CONTRA ATO DE REDUÇÃO DE VANTAGEM DE SERVIDOR PÚBLICO. Em mandado de segurança impetrado contra redução do valor de vantagem integrante de proventos ou de remuneração de servidor público, os efeitos financeiros da concessão da ordem retroagem à data do ato impugnado. Não se desconhece a orientação das Súmulas n. 269 e 271 do STF, à luz das quais caberia à parte impetrante, após o trânsito em julgado da sentença mandamental concessiva, ajuizar nova demanda de natureza condenatória para reivindicar os valores vencidos em data anterior à impetração do mandado de segurança. Essa exigência, contudo, não apresenta nenhuma utilidade prática e atenta contra os princípios da justiça, da efetividade processual, da celeridade e da razoável duração do processo. Ademais, essa imposição estimula demandas desnecessárias e que movimentam a máquina judiciária, de modo a consumir tempo e recursos de forma completamente inútil, e enseja inclusive a fixação de honorários sucumbenciais, em ação que já se sabe destinada à procedência. Corroborando esse entendimento, o STJ firmou a orientação de que, nas hipóteses em que o servidor público deixa de auferir seus vencimentos ou parte deles em razão de ato ilegal ou abusivo do Poder Público, os efeitos financeiros da concessão de ordem mandamental devem retroagir à data do ato impugnado, violador do direito líquido e certo do impetrante. Isso porque os efeitos patrimoniais são

mera consequência da anulação do ato impugnado que reduz o valor de vantagem nos proventos ou remuneração do impetrante (MS 12.397-DF, Terceira Seção, DJe 16/6/2008). Precedentes citados: EDcl no REsp 1.236.588-SP, Segunda Turma, DJe 10/5/2011; e AgRg no REsp 1.090.572-DF, Quinta Turma, DJe 1º/6/2009. EREsp 1.164.514-AM, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 16/12/2015, DJe 25/2/2016.

A Corte especial decidiu **ultrapassar o conhecimento das Súmulas do STF** para entender que a necessidade de ação autônoma para cobrança dos valores retroativos **“estimula demandas desnecessárias e que movimentam a máquina judiciária, de modo a consumir tempo e recursos de forma completamente inútil, e enseja inclusive a fixação de honorários sucumbenciais, em ação que já se sabe destinada à procedência”**.

Tal posicionamento foi reafirmado recentemente (STJ. 1ª Turma. AgInt no REsp 1481406/GO, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em **17/04/2018**).

Boa prova a todos!

Rodrigo Vaslin

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

PRINCÍPIOS

Universalidade da cobertura → maior número possível de **eventos** cobertos.

Universalidade do atendimento → maior número possível de pessoas cobertas.

Seletividade → selecionar aqueles que **realmente precisam**. Contraponto ao princípio da universalidade.

Irreduzibilidade nominal → **seguridade**. Irreduzibilidade **real** → **previdência**.

FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE E SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO

As contribuições sociais **não incidem** sobre a aposentadoria e a pensão concedidas pelo **regime geral de previdência social**. A imunidade se refere ao benefício em si, e não à pessoa do aposentado/pensionista.

Também são imunes as **entidades de beneficentes** que atendam às exigências estabelecidas em lei. Exige-se **lei complementar** para definir o que seria *modo beneficente* e as *contrapartidas* exigidas das instituições. Os aspectos meramente procedimentais do tributo poderão ser tratados por **lei ordinária**.

O conceito de “empresa” no direito previdenciário é mais amplo do que no direito civil/empresarial. O **contribuinte individual** é “empresa” com relação aos seus funcionários. O governo também, com relação aos empregados públicos (celetistas).

O sujeito passivo da contribuição é o trabalhador, mas cabe à empresa a responsabilidade pelo recolhimento. Ainda que não tenha havido o recolhimento, o empregado/doméstico/avulso terá direito à contagem do período para fins de carência.

O aposentado que permanece em atividade é segurado obrigatório em relação a essa atividade, ficando sujeito às contribuições. STF rejeitou a “desaposentação”.

O segurado especial só precisa contribuir quando comercializa a produção. Alíquota de 1,2% da receita bruta mais 0,1% para financiamento do SAT. Poderá contribuir, facultativamente, contribuir como contribuinte individual.

No caso de empregado intermitente (reforma da CLT), as contribuições sociais devem ser pagas sobre a mesma base temporal da duração do contrato. Se for inferior ao salário-mínimo, este mês não será contado para fins de carência/manutenção da qualidade de segurado, a menos que haja complementação.

SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO

Sempre que tivermos rendimento habitual, a parcela entrará no salário-de-contribuição.

As parcelas indenizatórias ficam excluídas do salário-de-contribuição, pois não remuneram o trabalho propriamente dito. Despesas necessárias para a realização do serviço não integram o salário-de-contribuição. Parcelas concedidas em razão de políticas públicas/ práticas incentivadas pelo governo ficam fora do salário-de-contribuição.

Diárias tinham o limite de 50%. Atualmente, são consideradas indenizatórias.

CONTAGEM RECÍPROCA

Quando o vínculo não estava sujeito ao recolhimento das contribuições normais, o trabalhador precisa efetuar/complementar os pagamentos para fins de contagem recíproca. É o caso do serviço rural prestado antes da Lei n. 8.213/91 (que não exigia contribuições); dos microempreendedores individuais e dos facultativos domésticos de baixa renda que se valem da alíquota de 5% e também dos contribuintes individuais que optam por não ter direito à aposentadoria por tempo de contribuição (recolhem sobre 11% ao invés dos 20% que seriam normais).

Um regime previdenciário não poderá aproveitar tempo de serviço já utilizado para a concessão de aposentadoria pelo outro.

Os trabalhos concomitantes em regimes distintos não configuram o *mesmo tempo de serviço* para efeito de contagem recíproca. Se há o recolhimento de contribuição em cada um dos regimes, os períodos poderão ser aproveitados para a obtenção de benefícios paralelos ou, ainda, para a contagem recíproca, desde que não no mesmo órgão de destino.

Na data da emissão da CTC integral, o auxílio-acidente, o auxílio-suplementar ou o **abono de permanência** eventualmente ativos serão encerrados.

De acordo com a jurisprudência, o tempo como **aluno-aprendiz** só produz efeitos previdenciários se o indivíduo participasse da **execução de encomendas de bens ou serviços para terceiros**. O mero recebimento de **bolsa de estudo, hospedagem ou alimentação não é suficiente para caracterizar tempo de serviço**.

CÁLCULO DO VALOR DE UM BENEFÍCIO

O fator previdenciário somente entra no cálculo das aposentadorias por idade e por tempo de contribuição. **Exceções:**

- Na aposentadoria por idade e na aposentadoria do deficiente (por idade ou tempo de contrib.), o fator somente se aplica se for mais favorável ao segurado.
- Na aposentadoria por tempo de contribuição, o fator será afastado nas hipóteses do art. 29-C da lei n. 8.213/91 ("regra 85/95").

Os benefícios não podem ter valor superior ao teto do salário-de-contribuição. **Exceções:**

- O **salário-maternidade** da segurada empregada/avulsa.
- Benefícios previstos em **legislação especial**, com valores pagas à conta do Tesouro Nacional.
- Aposentadoria por invalidez** do segurado que necessitar da **assistência permanente** de outra pessoa (+25%)

*STJ (tema 982, julgado em **agosto/18**): comprovada a necessidade de auxílio permanente de terceira pessoa, é devido o acréscimo de 25% em **todas as modalidades de aposentadoria** pagas pelo INSS.*

É devido **abono anual** (13º) a quem recebeu auxílio-doença, auxílio-acidente, aposentadoria, pensão por morte ou auxílio-reclusão. Valor calculado pela remuneração de **dezembro**.

A correção monetária dos benefícios é realizada pela **variação do INPC**.

PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA

- Solicitação inicial: Não prescreve nem decai. Pode ser feita a qualquer momento. Efeitos financeiros limitados pela data de entrada do requerimento - DER e pela prescrição quinquenal. Não corre a prescrição contra os menores, incapazes (absolutos) e ausentes.
- Prestação por acidente do trabalho: Prescrição de 05 anos. Jurisprudência diverge se prescreve o fundo de direito (cf. a lei) ou apenas as parcelas vencidas.
- Valores pagos ao segurado de forma indevida: O governo entendia imprescritível (art. 37, §5º, da CF/88). O STF entendeu que a reparação por danos à Fazenda decorrentes de ilícitos civis prescrevem, sim. Mesmo prazo de 05 anos. Paridade de armas.
- Revisão do benefício ou ato denegatório – decadência (cf. a lei). Para a doutrina e jurisprudência é prescrição. Prazo de 10 anos, contados do dia primeiro do mês seguinte ao recebimento da 1ª prestação; da ciência do ato indeferitório ou do *surgimento da pretensão*
→ Recurso repetitivo do STJ.

- e) INSS anular seus próprios atos: A lei n. 8.213/91 não falava nada. Alterações legislativas. Atualmente 10 anos. Se houver má-fé, não decai.

ACUMULAÇÃO DE BENEFÍCIOS

Os benefícios que substituem a renda do trabalho não podem ser pagos de forma concomitante.

O **aposentado** que não trabalha só poderá receber, cumulativamente, pensão por morte. Se o aposentado **permanecer em atividade**, poderá receber, ainda, reabilitação profissional (serviço), salário-família e salário-maternidade (em geral por adoção de criança)

A **pensão por morte** pode ser acumulada com qualquer outro benefício previdenciário, vedado o pagamento de duas pensões deixadas por ex-cônjuge/companheiro.

Em face de uma mesma doença ou lesão, não é possível receber, acumuladamente, mais de um benefício por incapacidade.

O LOAS não pode ser acumulado com outros benefícios da previdência social, ressalvadas a Pensão Especial de Natureza Indenizatória e a remuneração advinda de Contrato de Aprendizagem da pessoa com deficiência.

SEGURADOS DO RGPS. FILIAÇÃO

Empregados/domésticos/avulsos: filiação automática com o exercício da atividade. Presunção do recolhimento das contribuições pelo empregador.

Contribuintes individuais e facultativos: responsáveis pelas próprias contribuições (salvo C.I. que presta serviço para empresa). Só conta a carência a partir do primeiro pagamento sem atraso.

Síndicos de condomínio e **dirigentes de associações**: Se houver remuneração (direta ou indireta) devem recolher como contribuintes individuais. Se não forem remunerados, podem se filiar como facultativos.

Cooperados: Se a cooperativa for regular são contribuintes individuais. Serviço para um único “cliente”: possível fraude na contratação. Empregados.

Bóias-frias. Serviço não-habitual é de contribuinte individual. Serviço habitual (mesmo tomador) é empregado rural temporário.

Médicos residentes. Não forma vínculo de emprego com o hospital/instituição de ensino. Contribuinte individual.

Estagiários. Só pode se vincular como facultativo. Se houver fraude na contratação é empregado.

Cartórios/tabelionatos. O titular do cartório é contribuinte individual. Os escreventes e auxiliares contratados são empregados.

Garimpeiro é considerado **contribuinte individual** e pode ter empregados.

DEPENDENTES

Cônjuge/companheiros/filhos: dependência presumida. Todos os outros precisam comprovar. O divorciado/separado de fato só concorre se estiver recebendo (ou tiver direito) a alimentos provisionais.

Enteado e tutelado são equiparados aos filhos. Menor sob guarda não está na 8.213/91, mas STJ aceita (ECA – RESP repetitivo).

A quota-parte cessada reverte aos demais.

BENEFÍCIOS EM ESPÉCIE

Benefício	Beneficiário	Carência	Renda mensal
Auxílio-doença	Todos as classes de segurado.	Regra: 12 contribuições. Exceção: acidentes, doenças profissionais/trabalho, doenças graves.	91% do salário-de-benefício.
Apos. invalidez	Todos as classes de segurado.	Regra: 12 contribuições. Exceção: acidente, doenças profissionais, doenças graves.	100% do salário-de-benefício.
Auxílio-acidente	Empregado, doméstico, avulso e segurado especial	Não há.	50% do salário-de-benefício (indenizatório).
Apos. idade	Todos as classes de segurado.	180 contribuições.	70% do salário-de-benefício + 1% a cada 12 contribuições. Fator previdenciário apenas se favorável.

			Segurado especial: 01 salário-mínimo.
Apos. tempo de contribuição	Todas as classes, salvo contribuinte individual e facultativo que optaram pelo recolhimento simplificado (11% ou 5%). Segurado especial apenas se contribuir facultativamente.	180 contribuições. Segurado especial: 180 meses de trabalho rural.	100% do salário-de-benefício. Fator previdenciário obrigatório (salvo regra 85/95).
Apos. especial	Empregado, avulso e contribuinte individual vinculado a cooperativa de produção.	180 contribuições.	100% do salário-de-benefício. Não incide fator previdenciário.
Salário-família	Desde que tenham baixa renda: Empregado, doméstico e avulso. Aposentados com mais de 65/homem ou 60/mulher.	Não há.	R\$45,00 ou R\$31,71 por filho
Salário-maternidade	Todas as classes de segurado.	Empregado, doméstico ou avulso: não há. Demais classes: 10 contribuições.	Empregado e avulso: última remuneração (até o teto do STF). Doméstico: último salário-de-contribuição. Segurado especial: salário-mínimo.

			Demais: média dos últimos 12 salário-de-contribuição.
Pensão morte	por Dependentes de todos as classes de segurado.	Não há.	100% da aposentadoria que o segurado recebia ou daquela que teria direito, se aposentado por invalidez
Auxílio-reclusão	Dependentes de todos as classes de segurado de baixa renda.	Não há.	100% da aposentadoria que o segurado recebia ou daquela que teria direito, se aposentado por invalidez
BPC-LOAS	Idoso hipossuficiente ou portador de deficiência hipossuficiente.	Não há (benefício assistencial não contributivo)	Salário-mínimo (sem 13º)

O STF decidiu que os **estrangeiros residentes** no Brasil também fazem jus às prestações assistenciais (BPC-LOAS), independentemente de naturalização.

Aposentadoria híbrida: o período urbano só pode ser somado ao tempo rural (não contributivo) que esteja no período imediatamente anterior à entrada do requerimento ou ao implemento da idade, ainda que de forma descontínua. Períodos remotos não entram (uniformização da TNU, agosto/2018).

Não são consideradas doença do trabalho: doenças degenerativas/ doenças inerentes ao grupo etário/ endêmica da região/ as que não produzam incapacidade.

REGIMES PRÓPRIOS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL - RPPS

Aposentadoria	Regras de transição (ingresso até 16-12-1998)	Regras de transição (ingresso até 31-12-2003)	Regras permanentes
Invalidez		Invalidez permanente	Invalidez permanente
Proventos:		Proporcionais, salvo se decorrentes de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável (cálculo pelo valor do último salário, com paridade)	Proporcionais, salvo se decorrentes de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável (cálculo pela média das contribuições)
Compulsória			75 anos idade*
Proventos:			Proporcionais
Tempo de contribuição integral	EC 47/05, art. 3º 35H/30M contribuição Idade pela regra 95/85 5 anos no cargo 15 anos na carreira 25 anos serviço público Ingresso anterior a 16-12-98	EC 41/03, art. 6º 35H/30M contribuição 60H/55M idade 5 anos no cargo 10 anos carreira 20 anos serviço público Ingresso anterior a 31-12-03	35H/30M contribuição 60H/55M idade 5 anos cargo 10 anos serviço público
Proventos:	Última remuneração	Última remuneração	Média
Reajuste:	Paridade	Reajuste anual	Reajuste anual
Tempo de contribuição proporcional	EC 41/03, art. 2º 35H/30M contribuição + 20% 53H/48M idade 5 anos cargo Ingresso anterior a 16-12-98		
Proventos:	Proporcionais, pela média das remunerações, com redutor de 5% por ano de antecipação.		
Voluntária por idade			65H/60M idade 10 anos serviço público 5 anos cargo
Proventos:			Proporcionais
Professores	Tempo de serviço contado com acréscimo de 17%H / 20%M, para usar na apos. por tempo de contrib. Ingresso anterior a 15-12-98		30H/25M contribuição 55H/50M idade 10 anos serviço público 5 anos no cargo
Proventos:	Proporcionais, pela média das remunerações, com redutor de 5% por ano de antecipação.		Média
Reajuste:	Reajuste anual		Reajuste anual

* salvo para integrantes do serviço diplomático

As regras do art. 40 da CF/88 se aplicam aos servidores **civis** da **União, Estados, DF e Municípios**. Os **militares** ficam de fora. Servidor cedido deve permanecer vinculado ao RPPS de origem.

Súmula Vinculante n. 33: as regras do RGPS serão aplicadas, no que couber, à aposentadoria especial dos servidores públicos.

Financiamento pelo respectivo ente público, servidores ativos, inativos e pensionistas. Inativos e pensionistas pagam apenas pelo que superar o teto do RGPS (salvo doenças incapacitantes previstas em lei: teto dobrado).

A alíquota cobrada dos servidores de Estados e Municípios não pode ser **inferior** à cobrada dos servidores efetivos da União.

De acordo com o TCU, o servidor que acumula cargos somente poderá se aposentar por invalidez se estiver incapaz para todas as atividades. Se a incapacidade produzir efeitos para apenas uma das funções, teremos hipótese de licença para tratamento de saúde.

Pensão por morte: 100% do valor que o servidor recebia, até o limite máximo do RGPS, acrescido de 70% do que ultrapassar aquele limite.

O **servidor aposentado** voluntariamente pode assumir **cargo em comissão** e continuar a exercer funções na administração pública federal. Essa possibilidade fica afastada se a) a idade ultrapassar o limite para a **aposentadoria compulsória** e b) nas hipóteses de **aposentadoria por invalidez**.

Os filhos (não deficientes/inválidos) **perdem o direito à pensão aos 21 anos** de idade. **NÃO** prorrogação até os 24 anos, ainda que estudante universitário. Aplica-se a mesma regra no RGPS.

Atualmente, a **regra geral** estabelece que a pensão por morte será **temporária** para **conjuges ou dependentes**.

O benefício durará **04 meses** se o óbito ocorrer sem que o segurado tenha vertido **18 (dezoito) contribuições mensais** ou se o **casamento/união estável** tiverem sido iniciados há **menos de 2 (dois) anos** do óbito.

A partir daí, a cota-parte do cônjuge/companheiro cessará após os seguintes períodos:

- a) 03 anos, para beneficiário com menos de 21 anos de idade;
- b) 06 anos, para beneficiário entre 21 e 26 anos de idade;
- c) 10 anos, para beneficiário entre 27 e 29 anos de idade;
- d) 15 anos, para beneficiário entre 30 e 40 anos de idade;
- e) 20 anos, para beneficiário entre 41 e 43 anos de idade; e
- f) **Vitalícia**, para segurados com **44 anos** ou mais de idade.

A cota-parte extinta será **revertida** aos demais dependentes.

PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

Atuação paralela aos regimes básicos. Administração, gestão e cobertura próprias. Adesão voluntária, formalizada por contrato privado. Para garantir o equilíbrio financeiro-atuarial, preferência pelo regime financeiro de capitalização. Exigência de lei complementar para tratar da previdência PRIVADA.

Os benefícios e condições de previdência privada não integram o contrato de trabalho. Competência da justiça comum estadual/federal.

O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às entidades abertas de previdência privada (Sum. 321/STJ). Não é aplicável às entidades fechadas. (Sum. 563/STJ).

PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR DE SERVIDORES PÚBLICOS

A CF/88 exige apenas lei ordinária para criação do regime complementar dos servidores. A iniciativa é do Poder Executivo.

Somente entidades fechadas e com planos de contribuição definida.

Institutos obrigatórios:

Benefício Proporcional Diferido → servidor deixa o cargo mas continua vinculado à entidade para, no futuro, receber um **benefício proporcional ao tempo de contribuição que já foi pago**.

Portabilidade → aplicações transferidas para outra entidade de previdência complementar (aberta ou fechada). Carência (de até 03 anos).

Resgate → não exige cumprimento de carência. Apenas os valores que correspondam às contribuições do próprio segurado. Não serão incluídas a contrapartida do patrocinador/instituidor e as taxas administrativas que foram pagas.

Autopatrocínio → o indivíduo continua no plano pagando as suas contribuições e também as do patrocinador, para receber valor total no futuro.

Todas as opções acima pressupõem o **encerramento do vínculo** com o patrocinador ou instituidor.

Em caso de **déficit**, deverão ser adotadas medidas reparadoras observando sempre a **proporção existente entre participantes e patrocinadores**. O governo também participa, mas em hipótese alguma arcará sozinho com o prejuízo.

As prestações vencidas e não pagas por entidade de previdência complementar **prescrevem em 05 anos**. O direito ao recebimento da prestação, em si, não prescreve.

A lei que criar o regime de previdência complementar para servidores em cada ente federado poderá admitir, em tese, a filiação de **empregados públicos** e ocupantes de **cargos em comissão**.

DIREITO TRIBUTÁRIO

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Mitigações ao Princípio da Legalidade

A Constituição exige que todos os elementos necessários ao nascimento da obrigação tributária estejam previstos em lei. No entanto, existem hipóteses em que a própria Constituição Federal

mitigou o princípio da legalidade tributária, autorizando que um ato infralegal pudesse alterar as alíquotas de determinados tributos.

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

§ 1º É facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V

Art. 177, § 4º. A lei que instituir contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível deverá atender aos seguintes requisitos:

I — a alíquota da contribuição poderá ser: (...)

b) reduzida e restabelecida por ato do Poder Executivo, (...)

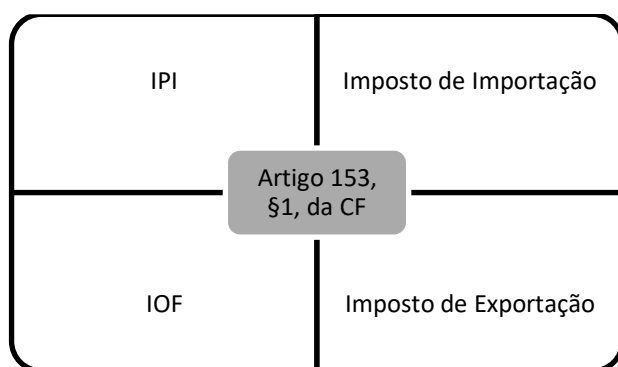
Art. 155, § 4º. Na hipótese do inciso XII, “h”, observar--se--á o seguinte: (...)

IV – as alíquotas do imposto serão definidas mediante deliberação dos Estados e Distrito Federal, nos termos do § 2º, XII, “g”, observando--se o seguinte: (...)

Portanto, são **seis** os tributos em que se admite a alteração de alíquotas por ato infralegal. Quatro deles estão previstos no artigo 153; um no artigo 177, § 4º; e um no artigo 155, § 4º.

- O artigo 153 da CF.

O que esse dispositivo faz é autorizar que o **Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei**, possa alterar as alíquotas do Imposto de Importação, Imposto de Exportação, Imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários – IOF e Imposto sobre Produtos Industrializados.



A expressão *Poder Executivo merece destaque* porque não se trata de uma competência privativa do Presidente da República, podendo a lei atribuir a um outro órgão do Poder Executivo a competência para exercer a atribuição do artigo 153, § 1º.

Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral:

EMENTA: TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE EXPORTAÇÃO. ALTERAÇÃO DE ALÍQUOTA. ART. 153, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO PRESIDENTRE DA REPÚBLICA NÃO CONFIGURADA. ATRIBUIÇÃO DEFERIDA À CAMEX. CONSTITUCIONALIDADE. FACULDADE DISCRICIONÁRIA CUJOS LIMITES ENCONTRAM-SE ESTABELECIDOS EM LEI. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. I - É compatível com a Carta Magna a norma infraconstitucional que atribui a órgão integrante do Poder Executivo da União a faculdade de estabelecer as alíquotas do Imposto de Exportação. II - Competência que não é privativa do Presidente da República. III - Inocorrência de ofensa aos arts. 84, caput, IV e parágrafo único, e 153, § 1º, da Constituição Federal ou ao princípio de reserva legal. Precedentes. IV - Faculdade discricionária atribuída à Câmara de

Comércio Exterior - CAMEX, que se circunscreve ao disposto no Decreto-Lei 1.578/1977 e às demais normas regulamentares. V - Recurso extraordinário conhecido e desprovido. (RE 570680, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 28/10/2009, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-228 DIVULG 03-12-2009 PUBLIC 04-12-2009 EMENT VOL-02385-05 PP-01024 RTJ VOL-00213-01 PP-00693 RSJADV mar., 2010, p. 41-51 RT v. 99, n. 894, 2010, p. 105-124 LEXSTF v. 32, n. 373, 2010, p. 215-245)

O caso envolvia o imposto de exportação, cuja competência para realizar alterações nas alíquotas foi atribuída à Câmara de Comércio Exterior – CAMEX

Também vale destacar a expressão *atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei* porque o Poder Executivo não é totalmente livre para realizar a alteração das alíquotas, devendo-se se ater ao limite máximo previsto pela legislação. Com outras palavras, é a lei que estabelece as condições e o limite das alíquotas, cabendo ao Executivo, dentro do espaço permitido pela legislação, reduzi-las ou elevá-las.

Veja a questão abaixo:



Questão 1

(Analista de Controle Externo do TCE-CE, 2015, adaptada) Considerando o conjunto de regras e disposições relativas à legalidade, estabelecidas no plano constitucional e no CTN, prescinde de lei a definição das condições e limites aplicáveis à alteração das alíquotas do imposto sobre produtos industrializados.

Verdadeiro

Falso

Comentários: A afirmativa está incorreta. Como dissemos, a lei estabelece os limites e as condições que autorizam a modificação das alíquotas por um ato infralegal.

Há razões que justificam a escolha constitucional.

Como veremos ao longo do curso, uma das classificações utilizadas pela doutrina é a que divide os tributos em **fiscais** e **extrafiscais**.

Os tributos fiscais têm como objetivo única e exclusivamente a arrecadação. Os tributos extrafiscais, por sua vez, embora tenham o intuito arrecadatório, também são utilizados para induzir ou desestimular determinados comportamentos, sendo, portanto, utilizados para consecução de outros objetivos que não apenas a arrecadação de recursos pelo Estado.

Os impostos acima referidos possuem caráter extrafiscal, por poderem ser utilizados como mecanismo de regulação econômica.

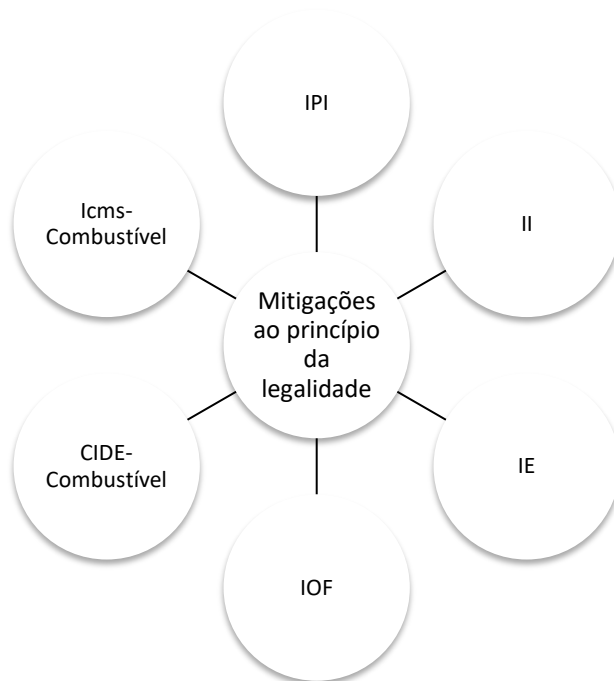
Nessa perspectiva, é bastante justificável a escolha do Constituinte em autorizar que as alíquotas sejam alteradas por um ato infralegal, permitindo-se assim que a efetivação de políticas econômicas ocorra de maneira célere e eficiente.

O artigo 177, § 4º, da CF, também traz uma mitigação ao princípio da legalidade, aplicável à contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível. É a chamada CIDE-Combustível, instituída pela Lei 10.336/2001.

Aqui, valem os comentários que fizemos anteriormente. A lei estabelece um limite máximo às alíquotas, sendo possível ao Poder Executivo reduzi-las ou elevá-las até aquele limite.⁷³

Por fim, nos termos do art. 155, § 4º, inciso IV, da Constituição, também se afigura como mitigação ao Princípio da Legalidade Tributária o chamado ICMS-Combustível, incidente sobre os combustíveis e lubrificantes definidos em Lei Complementar. A particularidade aqui é a de que a alíquota deve ser definida mediante deliberação dos Estados e Distrito Federal, através de convênio.

Portanto, a Constituição mitiga o Princípio da Legalidade com relação aos seguintes tributos:



Mais uma vez, é preciso frisar que nesses casos só se admite a alteração da alíquota por ato infralegal, sendo vedada a modificação da base de cálculo ou de qualquer outro elemento da regra-matriz.

⁷³ Lei 10.336/2001:

Art. 9º O Poder Executivo poderá reduzir as alíquotas específicas de cada produto, bem assim restabelecê-las até o valor fixado no art. 5º.

O QUE NÃO PRECISA SER ALTERADO POR MEIO DE LEI.

Chamamos a atenção para **três** circunstâncias bastante cobradas em provas de concurso.

A primeira delas diz respeito às **obrigações acessórias**.

Observe o que diz o artigo 113 do CTN:

Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória. [...]

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

Obrigações acessórias são aqueles deveres instrumentais exigidos no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos. Podem ser materializadas por um *fazer*, como entregar a Declaração do Imposto de Renda; ou por um *não fazer*, como não opor embaraços à fiscalização.

Como se viu acima, o artigo 113 expressamente consigna que “a obrigação acessória decorre da **legislação tributária**”, o que significa afirmar que cabe a ela, à legislação tributária, criar obrigações acessórias. O termo legislação tributária não foi empregado por acaso. Trata-se de um conceito técnico, definido pelo Código Tributário Nacional no artigo 96:

Art. 96. A expressão "legislação tributária" compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes.

Portanto, o termo legislação tributária compreende não apenas as leis, mas também os decretos e as normas complementares.

Ambos, os decretos e as normas complementares – estas últimas conceituadas pelo artigo 100 do CTN⁷⁴ - são instrumentos secundários, ou seja, atos hierarquicamente inferiores à lei. Desta forma, o Código Tributário Nacional é claro: Tratando-se de obrigação acessória, sua veiculação pode ser realizada por meio de um ato infralegal, sendo dispensável a edição de lei.

A segunda circunstância que dispensa a edição de lei é a **alteração na data de vencimento do pagamento**.

Como vimos, trata-se de circunstância que não integra nenhum dos elementos da regra-matriz de incidência tributária. Além disso, a alteração na data do vencimento não importa na *instituição* de

⁷⁴ 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.

um novo tributo ou no *aumento* do valor da tributação, não atraindo a incidência do disposto no artigo 150, inciso I, da Constituição Federal.

A terceira circunstância é a **atualização monetária da base de cálculo de um tributo**.



JURISPRUDÊNCIA

Do ponto de vista da jurisprudência a questão é pacífica. É possível a atualização do valor monetário por meio de um ato normativo infralegal, desde que observada a inflação acumulada.

Se o acréscimo superar o índice inflacionário, então se estará diante de uma ofensa ao princípio da legalidade, por se tratar de um aumento disfarçado de tributo. É nesse sentido o seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal:

Recurso extraordinário. 2. Tributário. 3. Legalidade. 4. IPTU. Majoração da base de cálculo. Necessidade de lei em sentido formal. 5. Atualização monetária. Possibilidade. 6. É inconstitucional a majoração do IPTU sem edição de lei em sentido formal, vedada a atualização, por ato do Executivo, em percentual superior aos índices oficiais. 7. Recurso extraordinário não provido. (RE 648245, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-038 DIVULG 21-02-2014 PUBLIC 24-02-2014)

Assim:

Dispensa lei em sentido formal a criação de **obrigação acessória**, a **alteração na data de vencimento do pagamento** e a **atualização do valor monetário da base de cálculo**.

PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE

Exceções às anterioridades anual e nonagesimal.

Iniciamos agora a análise das exceções ao princípio da anterioridade.

Começemos nossa análise com a **anterioridade anual**.

A primeira hipótese de não incidência da anterioridade anual se encontra prevista no artigo 195, § 6º, da Constituição Federal:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

§ 6º As contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, "b".

Como se observa do trecho grifado, a Constituição quis que as contribuições para a seguridade social observassem tão somente a anterioridade nonagesimal, sendo excluída expressamente a incidência da anterioridade anual.

Nesse sentido, tratando-se de contribuições para a seguridade social, o aumento ou a instituição de um novo tributo deve observar tão somente o prazo de 90 dias, sendo dispensável aguardar o término do exercício financeiro.

As outras exceções à anterioridade anual se encontram nos seguintes dispositivos:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...]

§ 1º A vedação do inciso III, b, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, IV e V; e 154, II; [...]

Art. 177. [...]

§ 4º A lei que instituir contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível deverá atender aos seguintes requisitos:

I - a alíquota da contribuição poderá ser:

a) diferenciada por produto ou uso;

b) reduzida e restabelecida por ato do Poder Executivo, não se lhe aplicando o disposto no art. 150, III, b;

Art. 155 [...]

[...]

c) poderão ser reduzidas e restabelecidas, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, b.

Da conjunção desses três dispositivos, percebe-se que a anterioridade anual não se aplica aos seguintes tributos: a) Imposto sobre Importação (II) b) Imposto sobre Exportação (IE) c) Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) d) Imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários (IOF) e) Imposto Extraordinário de Guerra (IEG) e) Empréstimo Compulsório para Calamidade Pública ou Guerra Externa (EC-Cala/Gue) f) CIDE-Combustível g) ICMS-Combustível.

É importante notar a seguinte circunstância:

Todos aqueles tributos que aparecem como mitigações ao princípio da legalidade também são exceções ao princípio da anterioridade anual. E as razões são aquelas declinadas anteriormente. Trata-se de tributos extrafiscais, ou seja, que são utilizados não apenas com o objetivo arrecadatório, mas também para induzir ou desestimular determinados comportamentos, permitindo-se assim um maior grau de influência do Poder Executivo na economia.

Outros dois tributos, porém, que não aparecem como mitigações ao princípio da legalidade, são exceções ao princípio da anterioridade anual:

Referimo-nos ao Imposto Extraordinário de Guerra e o Empréstimo Compulsório para Calamidade Pública ou Guerra Externa.

A escolha constitucional dispensa comentários. Esses tributos são **emergenciais**, porque só podem ser instituídos para fazer frente a situações de extrema gravidade. Assim, justifica-se o afastamento

do princípio da anterioridade, garantindo-se à União a obtenção de recursos para o enfrentamento daqueles acontecimentos.

Dessa forma, tratando-se do princípio da anterioridade anual, há razões substanciais que justificam as exceções previstas na Constituição Federal.

O mesmo não ocorre com relação às exceções ao **princípio da anterioridade nonagesimal**. Aqui se faz presente aquele casuismo que referimos anteriormente.

Colacionemos os dispositivos que trata do assunto:

Art. 150. [...]

§ 1º. [...] e a vedação do inciso III, “c”, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, III e V; e 154, II, nem à fixação da base de cálculo dos impostos previstos nos arts. 155, III, e 156, I. (Grifo nosso)

Afiguram-se como exceções ao princípio da anterioridade nonagesimal alguns dos tributos que são exceções ao princípio da anterioridade anual. São eles: a) Imposto sobre Importação (II) b) Imposto sobre Exportação (IE) c) Imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários (IOF) d) Imposto Extraordinário de Guerra (IEG) e) Empréstimo Compulsório para Calamidade Pública ou Guerra Externa (EC-Cala/Gue).

Observem que faltam três tributos nesse rol: ICMS-Combustível, CIDE-Combustível e IPI.

Todos esses três aparecem como mitigações ao princípio da legalidade e são exceções ao princípio da anterioridade anual, mas não aparecem como exceções ao princípio da anterioridade nonagesimal.

Dessa maneira, a modificação da norma que importe na majoração do valor desses tributos não precisa observar a anterioridade anual, mas deve necessariamente observar a anterioridade nonagesimal, ficando a eficácia da nova lei suspensa até que haja o transcurso do prazo de 90 dias.

Em 2011, o poder executivo tentou desrespeitar a anterioridade nonagesimal com relação ao IPI. Na época, um decreto aumentou a alíquota do IPI sobre automóveis importados, tendo determinado que a nova tributação incidisse imediatamente. A justificativa da União foi a seguinte: A lei estabelece um piso e um teto no valor das alíquotas, permitindo ao Poder Executivo, dentro dessa margem, reduzi-las ou aumenta-las. Segundo a União, o princípio da anterioridade só incidiria se fosse modificada a lei que estabelece o teto e o piso, sendo dispensável a sua aplicação quando o decreto as modificasse, dentro do limite estabelecido pela lei.

Esse raciocínio foi rechaçado à unanimidade pelo Supremo Tribunal Federal, em medida cautelar apreciada na ADI 4661, cuja ementa colacionamos:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – DECRETO – ADEQUAÇÃO. Surgindo do decreto normatividade abstrata e autônoma, tem-se a adequação do controle concentrado de constitucionalidade. TRIBUTO – IPI – ALÍQUOTA – MAJORAÇÃO – EXIGIBILIDADE. A majoração da alíquota do IPI, passível de ocorrer mediante ato do Poder Executivo – artigo 153, § 1º –, submete-se ao princípio da anterioridade nonagesimal previsto no artigo 150, inciso III, alínea “c”, da Constituição Federal. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – IPI – MAJORAÇÃO DA ALÍQUOTA – PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE NONAGESIMAL – LIMINAR – RELEVÂNCIA E RISCO CONFIGURADOS. Mostra-se relevante pedido de concessão de medida acauteladora objetivando afastar a exigibilidade da majoração do Imposto sobre Produtos Industrializados, promovida mediante decreto, antes de decorridos os noventa dias previstos no artigo 150, inciso III, alínea “c”, da Carta da República.

(ADI 4661 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 20/10/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-060 DIVULG 22-03-2012 PUBLIC 23-03-2012 RTJ VOL-00222-01 PP-00164)

Retomando a linha de raciocínio, façamos agora o caminho inverso. Concentremo-nos nos tributos que são exceções ao princípio da anterioridade nonagesimal, mas que não são exceções ao princípio da anterioridade anual. São eles: a) Imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza; b) fixação da base de cálculo do IPTU; c) fixação da base de cálculo do IPVA.



É importante reiterar: O que escapa à incidência da anterioridade nonagesimal é tão somente a fixação das bases de cálculo do IPTU e do IPVA. O aumento da tributação através do incremento das alíquotas desses impostos necessita observar o dispositivo.

Com o objetivo de facilitar a fixação da matéria, colacionamos um quadro abaixo, com um resumo do que falamos até aqui:

Tributo	Anterioridade anual (Anterioridade de exercício)	Anterioridade Nonagesimal (Noventena)
Imposto de Exportação (IE)	Não se aplica	Não se aplica
Imposto de Importação (II)	Não se se aplica	Não se aplica
Imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários (IOF)	Não se aplica	Não se aplica
Imposto Extraordinário de Guerra (IEG)	Não se aplica	Não se aplica
Empréstimo Compulsório para atender a Despesas Extraordinárias decorrentes de Calamidade Pública, guerra externa ou de sua iminência	Não se aplica	Não se aplica
Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI)	Não se aplica	Aplica-se
Cide-Combustível	Não se aplica	Aplica-se
ICMS-Combustível	Não se aplica	Aplica-se

Contribuições destinadas à Seguridade Social	Não se aplica	Aplica-se
Imposto de Renda	Aplica-se	Não se aplica
Fixação da Base de Cálculo do IPVA	Aplica-se	Não se aplica
Fixação da Base de Cálculo do IPTU	Aplica-se	Não se aplica
Todos os demais tributos existentes	Aplica-se	Aplica-se

IMUNIDADES TRIBUTÁRIAS

Regulamentação das Imunidades Condicionadas

Os artigos 150, inciso VI, e 195, §7º, ambos da Constituição Federal, trazem hipóteses de imunidades condicionadas, que são aquelas cuja fruição depende do atendimento de determinados requisitos previstos em lei:

Art. 150: Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

VI – instituir impostos sobre:

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;

Art. 195, § 7º CF A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: § 7º São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

A discussão que surgiu foi sobre se seria necessária lei complementar para regulamentar esses dispositivos ou se bastaria a edição de uma lei ordinária, cujo quórum de aprovação é menor.

Quanto ao disposto no artigo 150, inciso VI, alínea c, da CF, o Supremo Tribunal Federal entendeu, no julgamento da medida cautelar na ADI 1802, que é necessário distinguir a regulamentação sobre a constituição e o funcionamento da entidade educacional ou assistencial da regulamentação que verse sobre os limites da imunidade tributária.

Na primeira hipótese – de normas que versem acerca da constituição e funcionamento das entidades – a sua introdução no ordenamento poderia ser realizada por meio de lei ordinária, por inexistir norma constitucional que impusesse a necessidade de adoção de lei complementar.

Na segunda hipótese – de normas que estabeleçam os requisitos da imunidade tributária – seria imprescindível a edição de lei complementar, em razão do disposto no artigo 146, inciso II, da CF:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

II - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;

Posteriormente, quando do enfrentamento do mesmo tema, mas dessa feita tendo como pano de fundo o disposto no artigo 195, §7º, da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal aprimorou os critérios outrora estabelecidos.

Após longo debate realizado quando do julgamento da ADI 2.028, a Corte manteve o entendimento de que a Lei Complementar é o veículo adequado para estabelecer os requisitos necessários ao gozo de uma imunidade tributária, em razão de dois fundamentos principais:

O primeiro é o artigo 146 da Constituição Federal, o qual dispõe que “cabe à lei complementar: II regular as limitações constitucionais ao poder de tributar”. As imunidades são regras que, como dito, limitam o poder de tributar, justamente porque moldam a competência tributária das entidades federativas.

O segundo reside no fato de que a imunidade de contribuições sociais serve não apenas a propósitos fiscais, mas à consecução de alguns dos objetivos fundamentais para a República – como a construção de uma sociedade solidária e voltada para a erradicação da pobreza - o que justifica a utilização de mecanismos mais rígidos para sua regulamentação.

No entanto, essa conclusão, segundo a Corte, não equivale a afirmar que tudo o quanto diga respeito a tais entidades ou à obtenção do direito à imunidade deva ser necessariamente regulado por meio de Lei Complementar. Aspectos meramente procedimentais referentes à certificação, fiscalização e controle administrativo continuam passíveis de definição em lei ordinária.

Colacionamos a ementa do Acórdão:

EMENTA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONVERSÃO EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. CONHECIMENTO. IMUNIDADE. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. ARTS. 146, II, e 195, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REGULAMENTAÇÃO. LEI 8.212/91 (ART. 55). DECRETO 2.536/98 (ARTS. 2º, IV, 3º, VI, §§ 1º e 4º e PARÁGRAFO ÚNICO). DECRETO 752/93 (ARTS. 1º, IV, 2º, IV e §§ 1º e 3º, e 7º, § 4º). ENTIDADES BENEFICENTES DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. DISTINÇÃO. MODO DE ATUAÇÃO DAS ENTIDADES DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. TRATAMENTO POR LEI COMPLEMENTAR. ASPECTOS MERAMENTE PROCEDIMENTAIS. REGRAMENTO POR LEI ORDINÁRIA. Nos exatos termos do voto proferido pelo eminente e saudoso Ministro Teori Zavascki, ao inaugurar a divergência: 1. “[...] fica evidenciado que (a) entidade beneficente de assistência social (art. 195, § 7º) não é conceito equiparável a entidade de assistência social sem fins lucrativos (art. 150, VI); (b) a Constituição Federal não reúne elementos discursivos para dar concretização segura ao que se possa entender por modo beneficente de prestar assistência social; (c) a definição desta condição modal é indispensável para garantir que a imunidade do art. 195, § 7º, da CF cumpra a finalidade que lhe é designada pelo texto constitucional; e (d) esta tarefa foi outorgada ao legislador infraconstitucional, que tem autoridade para defini-la, desde que respeitados os demais termos do texto constitucional.”. 2. “Aspectos meramente procedimentais referentes à certificação, fiscalização e controle administrativo continuam passíveis de definição em lei ordinária. A lei complementar é forma somente exigível para a definição do modo beneficente de atuação das entidades de assistência social contempladas pelo art. 195, § 7º, da CF, especialmente no que se refere à instituição de contrapartidas a serem observadas por elas.”. 3. Procedência da ação “nos limites postos no voto do Ministro Relator”. Arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente da conversão da ação direta de inconstitucionalidade, integralmente procedente. (ADI 2028, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 02/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-095 DIVULG 05-05-2017 PUBLIC 08-05-2017) (grifo nosso)

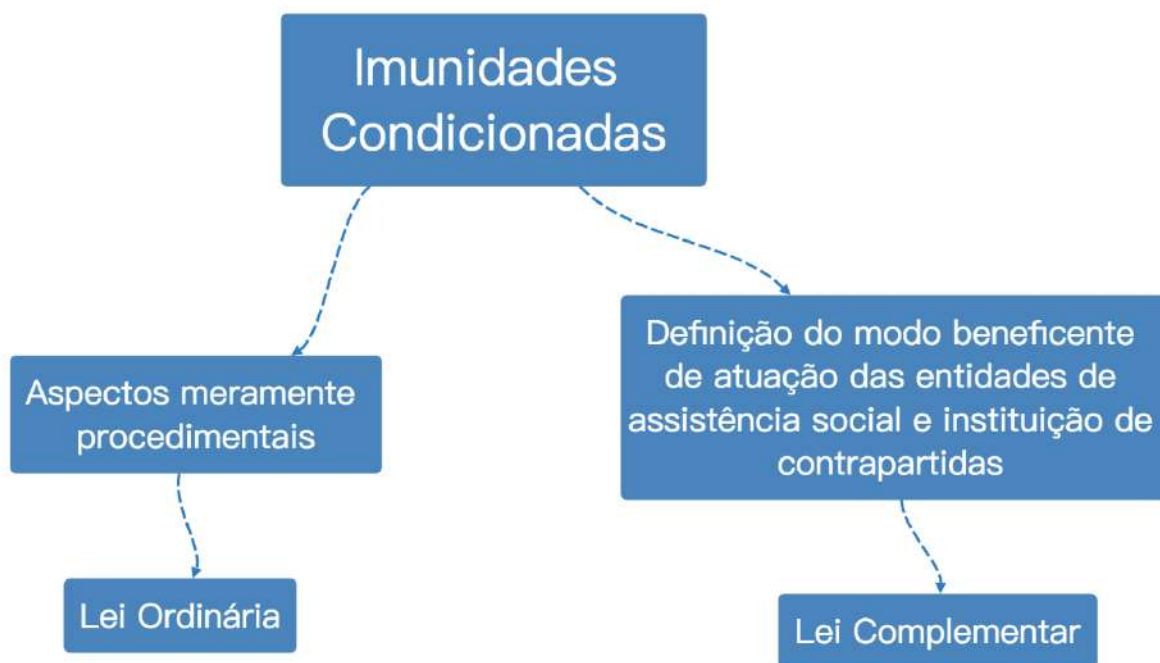
No mesmo ano, no julgamento do RE 566.622, o STF firmou tese de Repercussão Geral, nos seguintes termos:

Tese nº 32: Os requisitos para o gozo de imunidade não de estar previstos em lei complementar.

Do inteiro teor do acórdão, observa-se, especialmente do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, que se mantem a diferenciação entre normas procedimentais – que podem ser introduzidas por lei ordinária - e normas que versem sobre os requisitos e contrapartidas das imunidades, cuja inserção só encontra respaldo constitucional se realizadas através de lei complementar.



RESUMINDO



FUNDATEC/Procurador do Estado/2015/Adaptada

A imunidade das entidades beneficentes de assistência social deve, segundo a jurisprudência do STF, ser regulamentada inteiramente por lei complementar, por força do art. 146, inciso II, da Constituição Federal de 1988, visto se tratar de regulamentação de limitação constitucional ao poder de tributar.

Comentários:

A afirmativa está incorreta. Aspectos procedimentais podem ser regulamentados por lei ordinária.

VUNESP/Juiz Substituto do TJSP/2017

A lei referida no parágrafo 7º do artigo 195 da Constituição Federal que estabelece os requisitos para o reconhecimento da imunidade para a seguridade social das entidades beneficentes de assistência social, segundo o julgamento do tema 32 pelo plenário do STF, deve ter hierarquia de

- a) Lei complementar de caráter nacional.
- b) Lei ordinária de caráter suplementar editada pelos entes federativos.
- c) Lei ordinária de caráter nacional.
- d) Lei ordinária a ser editada por cada ente federativo.

Comentários:

A alternativa correta é a letra A.

Os requisitos para obtenção do reconhecimento da imunidade tributária devem ser veiculados por meio de Lei Complementar, por não se configurarem em meros aspectos procedimentais, dizendo respeito ao núcleo do direito vindicado.

Destinatário da Imunidade. Contribuinte de fato ou contribuinte de direito

O **contribuinte de direito** é aquele que ocupa o polo passivo na relação jurídica de direito tributário, ou seja, é a pessoa que tem a obrigação legal de recolher o valor do tributo aos cofres públicos. No caso do ICMS, é o comerciante que vende a mercadoria.

O **contribuinte de fato** é o consumidor final, que acaba suportando o ônus financeiro através do preço que paga pelo produto ou mercadoria.

Pois bem, nos impostos indiretos, em que há tanto o contribuinte de direito quanto o contribuinte de fato, a jurisprudência do STF se solidificou no sentido de entender que a imunidade é aplicável tão somente ao contribuinte de direito, sendo irrelevante, para fins jurídicos, que uma entidade imune figure como contribuinte de fato.

Nesse sentido, citemos os seguintes precedentes:

IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS E IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO – IMUNIDADE RECÍPROCA – ARTIGO 150, INCISO VI, ALÍNEA A, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. A imunidade prevista no artigo 150, inciso VI, alínea a, do Diploma Maior, a impedir a instituição de impostos sobre patrimônio, renda ou serviços de pessoas jurídicas de direito público – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – está umbilicalmente ligada ao contribuinte de direito não alcançando o contribuinte de fato” (STJ, 1ª T., RE 600480 AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, jun. 2013

“ICMS. SERVIÇOS DE ENERGIA ELÉTRICA. MUNICÍPIO. CONTRIBUINTE DE FATO. IMUNIDADE RECÍPROCA. ART. 150, VI, A, DA CONSTITUIÇÃO. INAPLICABILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO... II – Como o Município não é contribuinte de direito do ICMS relativo a serviços de energia elétrica, não tem o benefício da imunidade em questão, uma vez que esta não alcança o contribuinte de fato” (STF, 2ª T., ARE 663552 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, fev. 2012).”

Desse modo, um município não pode requerer a imunidade com relação ao ICMS incidente sobre a energia elétrica, uma vez que o contribuinte de direito desse tributo não é a municipalidade, e sim a empresa que presta esse serviço.

Por outro lado, o município que importar um equipamento de informática para ser utilizado em uma escola tem direito à imunidade com relação ao Imposto de Importação, uma vez que, nessa hipótese, ele será contribuinte de direito da exação.

Imunidade Recíproca e empresas públicas e sociedades de economia mista

Dispõe o §3º do artigo 150 da Constituição Federal:

Art. 150 (...)

§ 3º As vedações do inciso VI, "a", e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel.

A primeira parte do dispositivo, grifada acima, tem como intuito afastar a regra de imunidade nos casos de empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem uma atividade econômica.

Também o artigo 173, §2º, da Constituição Federal, dispõe de maneira semelhante:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

Assim, por exemplo, o Banco do Brasil, sociedade de economia mista, não pode gozar de imunidade tributária ou de qualquer privilégio fiscal, devendo competir em igualdade de condições com as empresas que atuam no setor. O mesmo ocorre com relação à Caixa Econômica Federal, constituída na forma de uma empresa pública.

Por outro lado, tratando-se de sociedade de economia mista e empresa pública exploradora de serviço público, é possível a extensão do benefício da imunidade tributária, desde que seus bens e serviços sejam utilizados para satisfação dos objetivos institucionais do ente federado e não haja risco à livre iniciativa e à livre concorrência:

Nesse sentido, citemos ementa de julgado em que o STF reconheceu a imunidade tributária da **Infraero**, instituída na forma de uma empresa pública:

EMENTA: INFRAERO. EMPRESA PÚBLICA FEDERAL VOCACIONADA A EXECUTAR, COMO ATIVIDADE--FIM, EM FUNÇÃO DE SUA ESPECÍFICA DESTINAÇÃO INSTITUCIONAL, SERVIÇOS DE INFRAESTRUTURA AEROPORTUÁRIA. MATÉRIA SOB RESERVA CONSTITUCIONAL DE MONOPÓLIO ESTATAL (CF, ART. 21, XII, "C") (...) CRIAÇÃO DA INFRAERO COMO INSTRUMENTALIDADE ADMINISTRATIVA DA UNIÃO FEDERAL, INCUMBIDA, NESSA CONDIÇÃO INSTITUCIONAL, DE EXECUTAR TÍPICO SERVIÇO PÚBLICO (LEI N. 5.862/1972). CONSEQUENTE EXTENSÃO, A ESSA EMPRESA PÚBLICA, EM MATÉRIA DE IMPOSTOS, DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL FUNDADA NA GARANTIA DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA (CF, ART. 150, VI, "A"). O ALTO SIGNIFICADO POLÍTICO--JURÍDICO DESSA GARANTIA CONSTITUCIONAL, QUE TRADUZ UMA DAS PROJEÇÕES CONCRETIZADORAS DO POSTULADO DA

FEDERAÇÃO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DA INFRAERO, EM FACE DO ISS, QUANTO ÀS ATIVIDADES EXECUTADAS NO DESEMPENHO DO ENCARGO, QUE, A ELA OUTORGADO, FOI DEFERIDO, CONSTITUCIONALMENTE, À UNIÃO FEDERAL (...). A INFRAE-RO, que é empresa pública, executa, como atividade--fim, em regime de monopólio, serviços de infraestrutura aeroportuária constitucionalmente outorgados à União Federal, qualificando--se, em razão de sua específica destinação institucional, como entidade delegatária dos serviços públicos a que se refere o art. 21, inciso XII alínea "c", da Lei Fundamental, o que exclui essa empresa governamental, em matéria de impostos, por efeito da imunidade tributária recíproca (CF, art. 150, VI, "a"), do poder de tributar dos entes políticos em geral. Consequente inexigibilidade, por parte do Município tributante, do ISS referente às atividades executadas pela Infraero na prestação dos serviços públicos de infraestrutura aeroportuária e daquelas necessárias à realização dessa atividade--fim. O alto significado político--jurídico da imunidade tributária recíproca, que representa verdadeira garantia institucional de preservação do sistema federativo. (...) Inaplicabilidade, à Infraero, da regra inscrita no art. 150, § 3º, da Constituição. A submissão ao regime jurídico das empresas do setor privado, inclusive quanto aos direitos e obrigações tributárias, somente se justifica, como consectário natural do postulado da livre concorrência (CF, art. 170, IV), se e quando as empresas governamentais explorarem atividade econômica em sentido estrito, não se aplicando, por isso mesmo, a disciplina prevista no art. 173, § 1º, da Constituição, às empresas públicas (caso da Infraero), às sociedades de economia mista e às suas subsidiárias que se qualifiquem como delegatárias de serviços públicos. (RE--AgR 363.412/BA, 2ª T., rel. Min. Celso de Mello, j. em 07--08--2007

O mesmo tem ocorrido com relação a diversas pessoas jurídicas que prestam serviço de distribuição de água e de saneamento básico, ainda que haja o pagamento de tarifas por parte dos usuários:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE RECÍPROCA. ABRANGÊNCIA. AUTARQUIA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL E EXCLUSIVO DO ESTADO. FORNECIMENTO DE ÁGUA. ATIVIDADE REMUNERADA POR TARIFA. POSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I – A imunidade do art. 150, VI, a, da CF alcança as autarquias e empresas públicas que prestem inequívoco serviço público. A cobrança de tarifas, isoladamente considerada, não descaracteriza a regra imunizante. Precedentes. II – Agravo regimental improvido.

(RE 482814 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 29/11/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-236 DIVULG 13-12-2011 PUBLIC 14-12-2011)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. SERVIÇO DE SANEAMENTO. IMUNIDADE RECÍPROCA RECONHECIDA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. APLICAÇÃO DA SÚMULA 279/STF. É firme o entendimento desta Corte no sentido de que a imunidade recíproca é aplicável às sociedades de economia mista prestadoras de serviço de distribuição de água e saneamento, tendo em vista que desempenham atividade de prestação obrigatória e exclusiva do Estado. As instâncias ordinárias assentaram que a companhia é controlada pelo Governo do Estado do Espírito Santo e que tem por finalidade essencial os serviços de abastecimento de água e esgotos sanitários, razão pela qual as taxas cobradas a título de serviço teriam por escopo cobrir os custos operacionais, sem qualquer finalidade lucrativa. Dessa forma, o acolhimento da pretensão encontra óbice na Súmula 279/STF. Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE 763000 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 19/08/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-190 DIVULG 29-09-2014 PUBLIC 30-09-2014)

Os fundamentos centrais são a relevância do serviço prestado e a circunstância de se tratar de uma atividade que, por consequência dos altos custos operacionais envolvidos, é vocacionada à formação de um monopólio natural, a afastar qualquer risco à livre concorrência

AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. DIREITO TRIBUTÁRIO. LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS AO PODER DE TRIBUTAR. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA. TRIBUTOS FEDERAIS. SERVIÇO PÚBLICO DE CUNHO ESSENCIAL E DE EXPLORAÇÃO EXCLUSIVA. SANEAMENTO. TRATAMENTO DE ÁGUA. COMPANHIA ESPÍRITO

SANTENSE DE SANEAMENTO. 1. A imunidade tributária recíproca pode ser estendida a empresas públicas ou sociedades de economia mista prestadoras de serviço público de cunho essencial e exclusivo. Precedente: RE 253.472, Rel. Min. Marco Aurélio, Redator para o acórdão Min. Joaquim Babosa, Pleno, DJe 1º.02.2011. 2. Acerca da natureza do serviço público de saneamento básico, trata-se de compreensão iterativa do Supremo Tribunal Federal ser interesse comum dos entes federativos, vocacionado à formação de monopólio natural, com altos custos operacionais. Precedente: ADI 1.842, de relatoria do ministro Luiz Fux e com acórdão redigido pelo Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 16.09.2013. 3. A empresa estatal presta serviço público de abastecimento de água e tratamento de esgoto, de forma exclusiva, por meio de convênios municipais. Constatase que a participação privada no quadro societário é irrisória e não há intuito lucrativo. Não há risco ao equilíbrio concorrencial ou à livre iniciativa, pois o tratamento de água e esgoto consiste em regime de monopólio natural e não se comprovou concorrência com outras sociedades empresárias no mercado relevante. Precedentes: ARE-AgR 763.000, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 30.09.2014 (CESAN); RE-AgR 631.309, de relatoria do Ministro Ayres Britto, Segunda Turma, DJe 26.04.2012; e ACO-AgR-segundo 2.243, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 27.05.2016. 4. A cobrança de tarifa, isoladamente considerada, não possui aptidão para descaracterizar a regra imunizante prevista no art. 150, VI, “a”, da Constituição da República. Precedente: RE-AgR 482.814, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 14.12.2011. 5. Agravo regimental a que se nega provimento, com majoração de honorários advocatícios, nos termos do art. 85, § 11, do CPC. (ACO 2730 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 24/03/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-066 DIVULG 31-03-2017 PUBLIC 03-04-2017)

A segunda parte do dispositivo enuncia que a imunidade não “exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel”.

Assim, por exemplo, um particular que figure como promitente comprador de um imóvel de propriedade da União não poderá invocar a regra de imunidade para afastar a obrigação tributária, sendo possível que a municipalidade cobre dele o valor devido a título de IPTU.

Questão mais controversa dizia respeito à possibilidade ou impossibilidade de cobrança do IPTU das empresas arrendatárias de imóvel público, uma vez que inexistente regra constitucional expressa que discipline a questão.

Dois eram os fundamentos elencados por quem defendia a impossibilidade da tributação.

O primeiro, de que incidira ao caso a imunidade recíproca;

O segundo, de que os arrendatários não poderiam ser obrigados a pagar o imposto, uma vez que a Constituição autoriza a tributação apenas sobre a propriedade territorial urbana, não sendo lícita a tributação sobre a posse sem *animus domini*.

Tais argumentos, contudo, não foram acolhidos pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE 594015, sob a sistemática da repercussão geral.

A Corte entendeu que não há que se falar em imunidade tributária, uma vez que a regra insculpida no artigo 150, inciso VI, alínea a, tem como objetivo salvaguardar a federação, não podendo ser utilizada em benefício de particulares.

Quanto ao segundo argumento, o STF decidiu que, nos termos do que dispõe o CTN, no artigo 34, faz-se possível tributar o possuidor a qualquer título⁷⁵.

Ao final, foi aprovada a seguinte Tese de Repercussão Geral:

Tema 385: A imunidade recíproca, prevista no art. 150, VI, a, da Constituição não se estende a empresa privada arrendatária de imóvel público, quando seja ela exploradora de atividade econômica com fins lucrativos. Nessa hipótese é constitucional a cobrança do IPTU pelo Município.

FMP Concursos/Juiz/2014/Adaptada

Julgue o item a seguir:

a imunidade recíproca a impostos tem caráter subjetivo, alcançando tão somente os entes políticos e suas autarquias, jamais se podendo estendê-la às empresas públicas e às sociedades de economia mista, para as quais o texto constitucional inclusive veda privilégios fiscais.

Comentários:

A afirmativa está incorreta.

É possível, como vimos, estender a imunidade tributária recíproca às empresas públicas e às sociedades de economia mistas prestadoras de serviços públicos, desde que seus bens e serviços sejam utilizados para satisfação dos objetivo.

Imunidade Recíproca e Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT

A situação envolvendo a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT é tratada em um item próprio, em razão das particularidades que lhe são aplicáveis.

Trata-se de empresa pública que exerce atividades nas quais tem o monopólio – tipicamente postais, como a entrega de cartas e telegramas – e atividades econômicas, em regime concorrencial – como transporte de encomendas.

Pela lógica até aqui desenvolvida, seria o caso de se entender como imunes as atividades tipicamente postais – já que se trata de serviço público prestado em regime de privilégio/monopólio – e afastar a imunidade no desenvolvimento de atividades econômicas.

Não foi, no entanto, o que ocorreu.

Com relação aos Correios, o Supremo Tribunal Federal entendeu que existiam particularidades que justificavam a ampliação da regra da imunidade a todas as atividades exercidas pela empresa, mesmo com relação aquelas não prestadas sob monopólio.

O argumento central foi o de que em lugares longínquos e pouco estruturados empresas privadas não atuam, pelo evidente prejuízo que do empreendimento resultaria. A ECT, por outro lado, mesmo

⁷⁵ Art. 34. Contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título.

diante dos prejuízos econômicos decorrentes da atuação, tem a obrigação legal de desenvolver suas atividades nesses locais, em benefício da população que lá reside.

Nesse sentido, segundo o STF, essa circunstância justifica o reconhecimento da existência de um *subsídio cruzado* em favor dos Correios: Confere-se um tratamento tributário diferenciado, com a extensão da imunidade para todas as atividades, para compensar o prejuízo decorrente da atuação da empresa em áreas nas quais nenhuma outra exerceria suas atividades.

Citemos a ementa desse importante julgado do STF:

Recurso extraordinário com repercussão geral. 2. Imunidade recíproca. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. 3. Distinção, para fins de tratamento normativo, entre empresas públicas prestadoras de serviço público e empresas públicas exploradoras de atividade. Precedentes. 4. Exercício simultâneo de atividades em regime de exclusividade e em concorrência com a iniciativa privada. Irrelevância. Existência de peculiaridades no serviço postal. Incidência da imunidade prevista no art. 150, VI, "a", da Constituição Federal. 5. Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 601392, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 28/02/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-105 DIVULG 04-06-2013 PUBLIC 05-06-2013)

Ao final, foi aprovada a seguinte Tese de Repercussão Geral:

Tema 235: Os serviços prestados pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, inclusive aqueles em que a empresa não age em regime de monopólio, estão abrangidos pela imunidade tributária recíproca (CF, art. 150, VI, a e §§ 2º e 3º).

Posteriormente, o STF firmou outras duas teses acerca da imunidade recíproca aplicável aos Correios:

Tema 402: Não incide o ICMS sobre o serviço de transporte de encomendas realizado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, tendo em vista a imunidade recíproca prevista no art. 150, VI, a, da Constituição Federal.

Tema 644: A imunidade tributária recíproca reconhecida à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos — ECT alcança o IPTU incidente sobre imóveis de sua propriedade e por ela utilizados, não se podendo estabelecer, a priori, nenhuma distinção entre os imóveis afetados ao serviço postal e aqueles afetados à atividade econômica.

Ambas as teses decorrem da primeira, a de número 235, que analisamos anteriormente.

Com efeito, se a ECT tem imunidade ampla, inclusive com relação às atividades não desenvolvidas em regime de monopólio, a consequência natural é reconhecer-lhe o benefício da imunidade com relação ao ICMS sobre os serviços de transporte de encomendas, assim como do IPTU sobre seus imóveis, independentemente da sua utilização ser destinada ao serviço postal ou ao exercício de atividade econômica.

Por fim, uma advertência:

A imunidade recíproca não se aplica no caso de franqueados dos correios, conforme se observa da decisão do STJ abaixo colacionada:

PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. ENTIDADE E ASSISTÊNCIA SOCIAL SEM FINS LUCRATIVOS. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA.

FRANQUIA DOS CORREIOS. SERVIÇO NÃO RELACIONADO COM OS OBJETIVOS INSTITUCIONAIS. INAPLICABILIDADE DO ART 150, VI, "C", DA CF.(...)

4. No caso, a imunidade em relação ao ICMS - pretendida pela recorrente - não pode ser concedida, porquanto a atividade econômica de fraqueada dos Correios foge dos seus fins institucionais, ou seja, o serviço prestado não possui relação com seus trabalhos na área de assistência social, ainda que o resultado das vendas seja revertido em prol das suas atividades essenciais. Recurso ordinário improvido. (RMS 46.170/MS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/10/2014, DJe 30/10/2014)

PGR/Procurador da República/2013

A EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS (ECT) É PRESTADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS. NO QUE SE REFERE À IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DE QUE TRATA O ART. 150 (INCISO VI, “A” E PARÁGRAFO 2º) DA LEI MAGNA, PODE-SE ASSEVERAR QUE:

- a) A empresa pública somente é alcançada pelo benefício constitucional quando exerce atividades em regime de exclusividade;
- b) O exercício simultâneo de atividades em regime de exclusividade e em regime de concorrência com a iniciativa privada, a exemplo de atividade bancária conhecida como “banco postal” e venda de títulos de capitalização, não se inserindo no conceito de serviço postal – é irrelevante para a incidência da imunidade tributária;
- c) A empresa pública, mesmo quando presta serviço público essencial não goza de imunidade tributária à minguada de previsão constitucional;
- d) A regra estatuída no citado preceito da Magna Carta, em virtude do método de interpretação teleológico, não impede a incidência da lei ordinária de tributação.

Comentários:

A afirmativa correta é a letra B.

Foi o que decidiu o STF em sede de Repercussão Geral, julgamento no qual restou decidido que “Os serviços prestados pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, inclusive aqueles em que a empresa não age em regime de monopólio, estão abrangidos pela imunidade tributária recíproca (CF, art. 150, VI, a e §§ 2º e 3º)”

Sucessão Tributária e Imunidade Recíproca

Questão controversa dizia respeito à possibilidade de reconhecimento da imunidade recíproca no caso de sucessão tributária, na hipótese em que um ente federativo sucedesse a uma pessoa jurídica de direito privado.

Isso ocorreu com a antiga Rede Ferroviária Federal S.A (RFFSA), que foi sucedida pela União Federal. Essa empresa, a Rede Ferroviária Federal S.A, encontrava-se inadimplente com diversos tributos, que incidiram na época em que ela se encontrava ativa. A União, após suceder à pessoa jurídica, passou a defender que não era responsável pelo pagamento dos impostos inadimplidos pela RFFSA, em razão da regra de imunidade recíproca do artigo 150, inciso VI, alínea a, da CF.

Ao analisar o RE 599.176, o Supremo Tribunal Federal rechaçou os argumentos da União Federal.

A corte entendeu que a regra de imunidade se destina à proteção específica do ente federado, não se aplicando aos créditos tributários constituídos legitimamente contra pessoas jurídicas dotadas de capacidade contributiva, ainda que posteriormente essa pessoa jurídica venha a ser incorporada ao Poder Público.

Segundo o STF, a tese contrária conduziria a conclusão de que haveria uma imunidade superveniente, que atingiria créditos legitimamente constituídos no passado. Ademais, no caso em discussão, da RFFSA, foi uma lei ordinária federal que a transferiu para o patrimônio da União. Nessa perspectiva, como pontuado pelo Ministro Teori Zavascki “a se admitir que o legislador federal ordinário pode, mediante esse tipo de subterfúgio, eliminar créditos tributários legitimamente constituídos no passado, nós estaríamos abrindo portas para uma grave ofensa ao princípio federativo.”

Assim, a Corte afastou a tese de imunidade e entendeu que se aplica ao caso a regra de responsabilidade tributária prevista no 130 do CTN:

Art. 130. Os créditos tributários relativos a impostos cujo fato gerador seja a propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis, e bem assim os relativos a taxas pela prestação de serviços referentes a tais bens, ou a contribuições de melhoria, subrogam-se na pessoa dos respectivos adquirentes, salvo quando conste do título a prova de sua quitação.

Ao final, foi aprovada a seguinte Tese de Repercussão Geral:

Tema 224: A imunidade tributária recíproca não exonera o sucessor das obrigações tributárias relativas aos fatos jurídicos tributários ocorridos antes da sucessão.

Imunidade Tributária sobre livros

Os dicionários definem *livro* da seguinte forma⁷⁶:

- 1. Conjunto de folhas de papel, em branco, escritas ou impressas, soltas ou cosidas, em brochura ou encadernadas.*
- 2. Obra organizada em páginas, manuscrita, impressa ou digital (ex.: livro escolar, livro infantil, livro técnico).*
- 3. Cada uma das partes de uma obra.*
- 4. O que serve de instrução.*

Como se pode observar dos significados acima, o conceito é utilizado normalmente para designar o suporte físico – conjunto de folhas de papel – no qual as ideias do autor são veiculadas.

Contudo, também se utiliza a palavra *livro* em outra acepção, para se referir ao conteúdo da obra. É o que ocorre quando dissemos: Esse livro é muito bom, vale a pena ler. Evidentemente que não

⁷⁶ "livro", in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2013, <https://www.priberam.pt/dlpo/livro> [consultado em 26-03-2018].

estamos nos referindo ao conjunto de papel, mas à narrativa, às ideias que se encontram nele inseridas.

Essa compreensão é importante porque, a depender do que se entenda pela palavra *livro*, no contexto em que utilizada pela Constituição Federal, teremos respostas diferentes sobre o âmbito normativo da regra de imunidade.

Se dissermos que livro é o suporte físico, então teremos que reconhecer que a imunidade incide no caso de livros diários, bloco de notas, livros de ponto, livros de ata, dentre outros, que são meras folhas em branco, não veiculando qualquer ideia, e afastar a imunidade nos e-books, que não possuem papel. Caso assentemos que livro não é o suporte físico, mas o seu conteúdo, faremos o caminho inverso, reconhecendo a imunidade aos e-books e afastando-a nas outras hipóteses.

Como se pode intuir, a melhor interpretação é a que relaciona o termo livro às ideias veiculadas, independentemente do suporte físico utilizado, porque é essa a concepção que guarda pertinência com a teleologia da norma, de promoção do acesso à educação e de garantia da liberdade de expressão.

Em julgado recente, foi o que decidiu o Supremo Tribunal Federal, ao jugar o RE 330.817, no qual foi aprovada a seguinte tese de Repercussão Geral:

Tema 593: A imunidade tributária constante do art. 150, VI, d, da CF/88 aplica-se ao livro eletrônico (e-book), inclusive aos suportes exclusivamente utilizados para fixá-lo.

Além dos argumentos até aqui invocados, a corte também assentou que “a interpretação das imunidades tributárias deve se projetar no futuro e levar em conta os novos fenômenos sociais, culturais e tecnológicos. Com isso, evita-se o esvaziamento das normas imunizantes por mero lapso temporal, além de se propiciar a constante atualização do alcance de seus preceitos”.

Merece relevo que nesse julgamento a Corte reconheceu a incidência da regra de imunidade tributária não só aos livros eletrônicos, mas também aos audiobooks, que são os livros gravados em áudio.

Raciocínio semelhante se aplica aos componentes eletrônicos que acompanham determinado material didático, tendo o STF, no julgamento do RE 595.676, firmado a seguinte tese de repercussão geral:

Tema 259: A imunidade da alínea d do inciso VI do artigo 150 da Constituição Federal alcança componentes eletrônicos destinados, exclusivamente, a integrar unidade didática com fascículos.

Portanto, a imunidade incide também aos componentes eletrônicos, desde que eles integrem a unidade didática em conjunto com os fascículos.

Por fim, merece menção que o direito à liberdade de expressão e o direito à liberdade de informação vedam que se avalie o conteúdo cultural das publicações, separando-se o que “merece” ter imunidade daquilo que “não merece” ser beneficiado pela regra constitucional. Nessa perspectiva, já decidiu o STF que listas telefônicas, álbuns de figurinhas, revistas pornográficas e apostilas gozam do benefício da imunidade tributária.

Imunidade Musical

Essa regra de imunidade foi inserida na Constituição por meio da Emenda Constitucional nº 75/2003, e é denominada pela doutrina de imunidade musical:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

VI - instituir impostos sobre:

e) fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil contendo obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros e/ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros bem como os suportes materiais ou arquivos digitais que os contenham, salvo na etapa de replicação industrial de mídias ópticas de leitura a laser.

Três foram os objetivos almejados por essa regra de imunidade: a) promover a liberdade de expressão artística; b) fomentar a cultura nacional, tornando-a mais acessível às camadas mais pobres da população; c) combater a pirataria, mediante a redução dos custos dos produtos originais⁷⁷.

A imunidade tem como objeto os fonogramas, videofonogramas, suporte materiais e arquivos digitais, razão pela qual a compreensão desse dispositivo não prescinde da correta interpretação de cada um desses conceitos.

Fonograma é, segundo o inciso IX, do artigo 5º, da Lei 9.610/96, “toda fixação de sons de uma execução ou interpretação ou de outros sons, ou de uma representação de sons que não seja uma fixação incluída em uma obra audiovisual”. Com outras palavras, é a gravação apenas do áudio, sem o vídeo, como é o caso das gravações inseridas em um CD. **Videofonograma** é a gravação de imagens e de sons em algum suporte, do que é exemplo a gravação de um DVD.

Os **suportes materiais** são os objetos físicos nos quais se encontram gravados os fonogramas ou videofonogramas. São exemplos os CDs, DVDs e Blue-rays; os **arquivos digitais** também conservam os registros de sons e imagens, mas são desprovidos de suportes físicos. É o caso das músicas e vídeos transmitidos via streaming.

No entanto, não são todos os fonogramas, videofonogramas, suportes materiais ou arquivos digitais que se encontram abarcados pela regra de imunidade, tendo a Constituição a condicionado ao preenchimento dos seguintes requisitos:

1º - Tenham sido produzidos no Brasil, ou seja, alcança tão somente os CDs, DVDs, e blue-rays que foram aqui elaborados.

Trata-se de requisito bastante criticado pela doutrina. Argumenta-se que essa exigência viola o tratado GATT, por discriminar produtos estrangeiros após a sua incorporação na economia nacional.

Ademais, conforme exposto por Lucas de Lima Carvalho⁷⁸:

⁷⁷ “GRUPENMACHER, Betina Treiger (coord.). Tributação: democracia e liberdade. São Paulo: Noeses, 2014, p. 853”

⁷⁸ Carvalho, Lucas de Lima. In: PAULSEN, Leandro. **Constituição e Código Tributário Comentados à Luz da Doutrina e da Jurisprudência**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

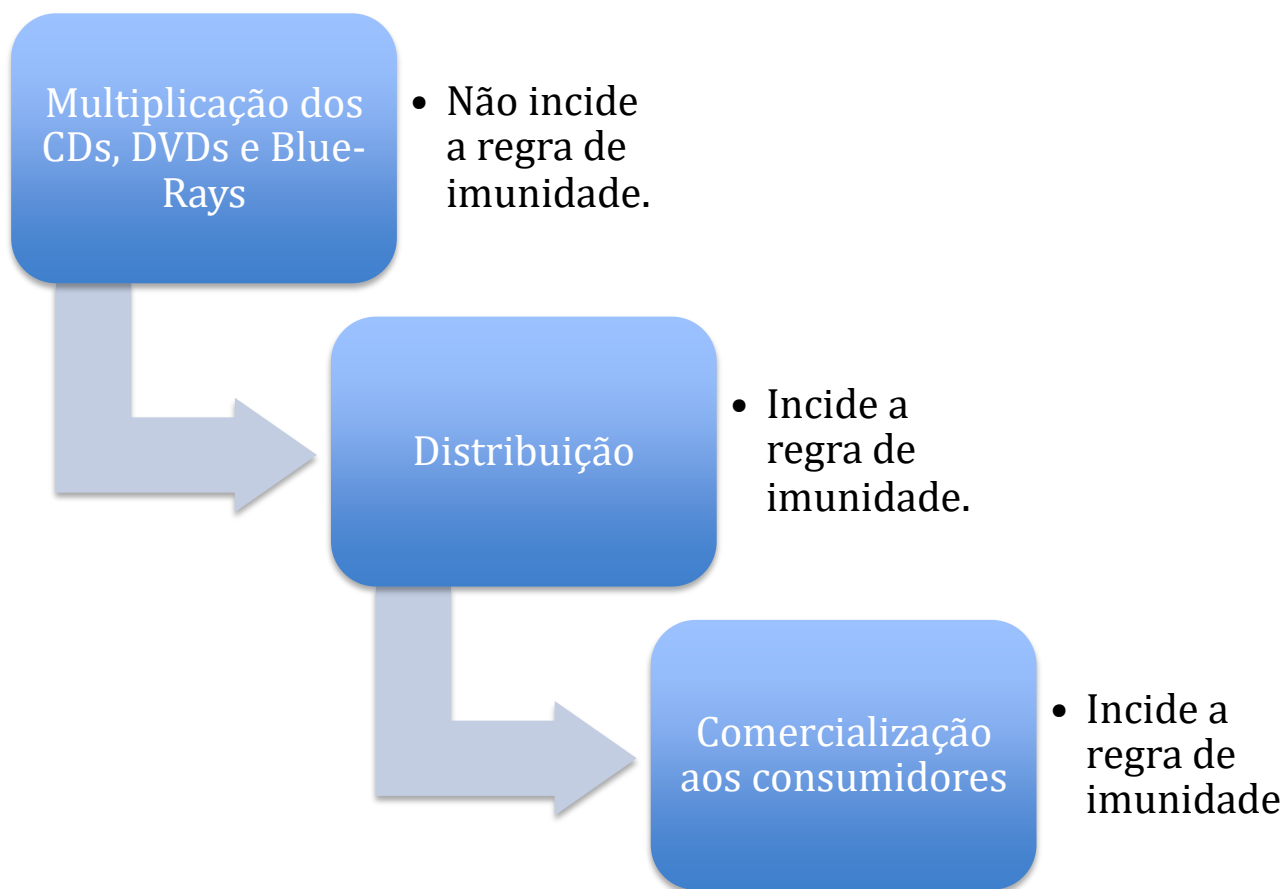
“Seguindo essa regra, o primeiro vinil do mestre Tom Jobim, contendo canções que marcaram época como ‘Corcovado’, ‘Samba de Uma Nota Só’ e ‘Desafinado’, estaria fora da hipótese imunizante: o álbum, intitulado The Composer of Desafinado, Plays, foi produzido e lançado pela gravadora americana Verve Records em 1963. Ora, como conciliar essa situação com o ideal de proteger a cultura brasileira?” “Se a cantora Ivete Sangalo decidisse gravar todas as suas novas canções em Dubai, e se tais canções seguissem a mesma linha daquelas que a consagraram durante toda a sua carreira, poderia essa circunstância geográfica as tornar inqualificáveis como exemplares da exuberância de nossa cultura? A resposta é desenganadamente negativa, o que reforça a posição de que o objetivo da alínea e é salvaguardar por primeiro a indústria, e como questionável consequência, a energia cultural que a faz funcionar”.

2º - Contendam obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros e/ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros.

Além do preenchimento desses requisitos, a Constituição ressalva a imunidade tributária na etapa de replicação industrial de mídias ópticas de leitura a laser. Assim, nesse momento da etapa produtiva, em que os CDs, DVDs, e Blue-rays são multiplicados, não há que se falar na incidência da regra de imunidade.

A vedação foi inserida para conferir proteção à Zona Franca de Manaus, com o objetivo de evitar que as indústrias migrassem para os grandes centros urbanos.

O gráfico abaixo sintetiza o âmbito normativo da regra de imunidade:



TAXA DE SERVIÇO

O artigo 145, inciso II, da Constituição Federal, autoriza que as entidades federativas instituem taxas “pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição”. É o que diz também o artigo 77 do CTN:

Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

Portanto, tanto o texto constitucional quanto o artigo 77 do CTN indicam que não é todo o serviço que pode ser custeado por meio de taxas, mas tão somente aqueles que sejam **específicos e divisíveis**. O conceito jurídico desses termos se encontra definido no artigo 79, inciso II e III, do CTN:

Art. 79. Os serviços públicos a que se refere o artigo 77 consideram-se: (...)

II - específicos, quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de utilidade, ou de necessidades públicas;

III - divisíveis, quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários.

Desse modo, o serviço público específico (*uti singuli*) é aquele que é usufruído individualmente por cada um dos seus usuários, contrapondo-se ao serviço público geral ou genérico (*uti universi*), no qual os administrados fruem coletivamente da atividade estatal⁷⁹. Dito com outras palavras, a natureza específica do serviço concerne à possibilidade de identificação dos contribuintes que foram beneficiados pela sua prestação.

O serviço público divisível, por sua vez, é aquele que permite a mensuração da fruição individual⁸⁰, ou seja, que possa ser individualmente quantificável.

Tais requisitos, se não presentes, afastam a possibilidade da cobrança de taxa, devendo o custeio do serviço público geral ou genérico ser realizado por meio do produto da arrecadação dos impostos.

É pela ausência do caráter específico e divisível do serviço público que se reconhece a inconstitucionalidade de taxas que pretendem custear o serviço de **segurança pública**, conforme se observa dos seguintes precedentes do Supremo Tribunal Federal:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Lei n. 13.084, de 29.12.2000, do Estado do Ceará. Instituição de taxa de serviços prestados por órgãos de Segurança Pública. 3. Atividade que somente pode ser sustentada por impostos. Precedentes. 4. Ação julgada procedente” (STF, ADI 2.424, Min. Gilmar Mendes, DJ jun. 2004)

DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AGRAVOS REGIMENTAIS EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TAXA DE SEGURANÇA PÚBLICA. ADI ESTADUAL. LEI ESTADUAL 6.763/75, MODIFICADA PELA LEI ESTADUAL 12.425/96. POLÍCIA OSTENSIVA. EVENTOS. REUNIÃO OU AGLOMERAÇÃO DE PESSOAS. INCONSTITUCIONALIDADE. ADIS 1.942-MC/PA E 2.424/CE. 1. Impossibilidade de cobrança de taxa de segurança pública de eventos abertos ao público, ainda que tal serviço seja solicitado por particular para a sua segurança ou para a de terceiros. Visto que incumbe ao Estado prestá-la a toda a população, essa atividade somente pode ser sustentada por imposto. Precedentes. 2. Agravos regimentais a que se nega provimento. (RE 269374 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 02/08/2011, DJe-160 DIVULG 19-08-2011 PUBLIC 22-08-2011 EMENT VOL-02570-02 PP-00294 RTFP v. 19, n. 100, 2011, p. 401-407)

O mesmo ocorre com relação à **limpeza urbana**, serviço de inegável caráter genérico, cujo custeio, por isso mesmo, não pode ser realizado por meio da cobrança de taxa:

Agravo regimental no recurso extraordinário. Município de Salvador. Taxa de limpeza pública. Taxa vinculada a serviço de caráter indivisível e universal. Improcedência. Precedentes. 1. Pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido da inconstitucionalidade da referida taxa, quando vinculada a serviços em benefício da população em geral, como limpeza de vias e logradouros públicos. 2. O Tribunal a quo decidiu pela inconstitucionalidade da taxa exigida pelo município, uma vez que está vinculada à limpeza de logradouros públicos, em benefício da população geral. 3. Agravo regimental não provido.

(RE 583463 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 07/02/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-050 DIVULG 08-03-2012 PUBLIC 09-03-2012)

⁷⁹ COSTA, Regina Helena. **Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional**. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁸⁰ *Ibid.*

TAXA DE LIMPEZA PÚBLICA - MUNICÍPIO DE SALVADOR - AUSÊNCIA DE ESPECIFICIDADE E DIVISIBILIDADE. Não se mostrando a taxa em questão específica nem divisível, considerado o contribuinte e o imóvel do qual é proprietário, conclui-se pela ausência de enquadramento do extraordinário no permissivo da alínea "a" do inciso III do artigo 102 do Diploma Maior, no que afastado o tributo. (RE 515885 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 13/04/2011, DJe-093 DIVULG 17-05-2011 PUBLIC 18-05-2011 EMENT VOL-02524-01 PP-00187)

Outro exemplo de impossibilidade de instituição de taxa diz respeito à **iluminação pública**, tema que, diante dos inúmeros casos levados à apreciação do Supremo Tribunal Federal, mereceu a edição de uma Súmula Vinculante:

Súmula Vinculante nº 41: O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa.

Mais recentemente, no julgamento do RE 643247, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade de **taxa de incêndio** instituída por município, tendo firmado a seguinte tese de Repercussão Geral:

A segurança pública, presentes a prevenção e o combate a incêndios, faz-se, no campo da atividade precípua, pela unidade da Federação, e, porque serviço essencial, tem como a viabilizá-la a arrecadação de impostos, não cabendo ao Município a criação de taxa para tal fim.

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade da **taxa de remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos domiciliares (Taxa de lixo)**, por entender que, nessa hipótese, o serviço se afigura específico e divisível, tendo como referência imóveis individualizados. A corte editou inclusive um tema de Repercussão Geral sobre o assunto:

Tema 146: I - A taxa cobrada exclusivamente em razão dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis não viola o artigo 145, II, da Constituição Federal (...)

Portanto, os julgados acima demonstram que, embora a Constituição Federal seja clara ao condicionar a instituição de taxa à especificidade e divisibilidade do serviço público, não é raro que o Poder Público tente burlar o mandamento constitucional, ao prever o pagamento de taxas como contrapartida a serviços que, em razão do seu caráter universal, só podem ser custeados por meio de impostos.

Outro requisito constitucional importante diz respeito à necessidade de que o serviço público seja efetivamente prestado pelo Estado ou colocado à disposição do contribuinte. Colacionamos mais uma vez o artigo 145, inciso II, da Constituição Federal:

Art. 145 A União, Estados, Municípios e o Distrito Federal poderão instituir os seguintes tributos:

(...)

*II – taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, **prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição.***

O Código Tributário Nacional esclarece o conteúdo dessa disposição:

Art. 79. Os serviços públicos a que se refere o artigo 77 consideram-se:

I - utilizados pelo contribuinte:

a) efetivamente, quando por ele usufruídos a qualquer título;

b) potencialmente, quando, sendo de *utilização compulsória*, sejam postos à sua disposição mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento;

Da interpretação desses dispositivos é possível concluir que a Constituição Federal e o Código Tributário Nacional estabelecem que é possível a cobrança de taxa quando, tratando-se de serviço público específico e divisível, seja ele: i) efetivamente utilizado pelo contribuinte; ii) colocado à disposição do contribuinte, mesmo que o sujeito passivo não o utilize efetivamente, nos casos em que a lei administrativa, por razões de interesse público, torne o serviço obrigatório.

Portanto, existindo compulsoriedade na utilização do serviço público, é irrelevante que o contribuinte não o tenha efetivamente utilizado, sendo suficiente para a cobrança da taxa que o serviço tenha sido colocado à sua disposição. É o caso do recolhimento de lixo domiciliar, que embora seja prestado rotineiramente, pode não ser utilizado por quem mantenha imóvel desabitado por algum período ou que o utilize apenas em época de férias⁸¹. Nessa hipótese, eventual pretensão de reconhecimento de inexistência de relação jurídica com a municipalidade não deve ser acolhida, porque o fato gerador do tributo ocorreu com a colocação do serviço à disposição.

Por fim, colocamos gráfico com o resumo do que dissemos até aqui:



FONTES FORMAIS SECUNDÁRIAS

Decretos Regulamentares

O Decreto regulamentar encontra previsão no artigo 84, inciso IV, da Constituição Federal:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

Portanto, o Presidente da República pode editar decretos com o objetivo de regulamentar as leis, desde que a regulamentação não extrapole os limites da lei. Essa é inclusive a razão pela qual os decretos são qualificados como fontes formais secundárias.

⁸¹ PAULSEN, Leandro. **Constituição e Código Tributário Comentados à Luz da Doutrina e da Jurisprudência**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

No entanto, se a despeito da previsão constitucional o decreto editado pelo Presidente contrariar as disposições legais, cabe ao Congresso Nacional sustar o ato normativo, conforme dispõe o inciso V do artigo 49 da Constituição Federal:

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;

Além disso, se provocado por algum interessado, o Poder Judiciário também deve intervir para reconhecer a ilegalidade do ato editado pelo Presidente da República.

Atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas

O artigo 100, inciso I, do CTN, dispõe no seguinte sentido:

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

I - os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas;

Portanto, por força desse dispositivo, complementam as leis e também os decretos regulamentares *os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas*. Enquadra-se nesse conceito as *instruções normativas, os atos declaratórios normativos, as portarias, circulares, pareceres normativos, dentre outros atos emitidos pelas autoridades da administração pública*.

No âmbito do Direito Administrativo é usual a afirmação de que os atos da administração vinculam apenas os seus servidores. Em matéria tributária, contudo, tais atos da administração podem projetar efeitos sobre os contribuintes, desde que estejam em consonância com as disposições legais⁸². Caso contrário, o Poder Judiciário pode intervir para reconhecer a ilegalidade.

Ademais, a interpretação da legislação efetuada pela administração pública não vincula o Poder Judiciário, a quem compete dar a última palavra acerca da melhor interpretação das disposições legais.

Decisões com eficácia normativa

O artigo 100, inciso II, afirma que são normas complementares das leis, dos tratados, das convenções internacionais e dos decretos “as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa”.

Órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa são aqueles órgãos aos quais competem resolver, no âmbito da administração pública, as controvérsias acerca do Direito Tributário. No âmbito da União, podemos citar como órgão coletivo o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, e no âmbito dos estados o Tribunal de Impostos e Taxas – TIT.

⁸² PAULSEN, Leandro. **Constituição e Código Tributário Comentados à Luz da Doutrina e da Jurisprudência**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

O que o dispositivo em análise dispõe é que a lei pode atribuir a esses órgãos eficácia normativa das suas decisões. Nessa hipótese, a decisão tomada passa a ser vinculante, norteadora a conduta da administração pública.

Assim como mencionamos no item anterior, cabe ressaltar que a decisão dos órgãos administrativos não vincula o Poder Judiciário. Portanto, ainda que a administração pública tenha pautado sua atuação com base na jurisprudência dos tribunais administrativos, nada impede que o contribuinte ingresse com ação judicial questionando a legalidade da interpretação dada pela administração pública, e que o Poder Judiciário venha a efetivamente dar razão ao seu pleito.

Práticas reiteradas das autoridades administrativas

O inciso III, do artigo 100, do CTN, também afirma serem normas complementares “as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas”, consagrando os costumes da administração como normas vinculantes.

O costume pressupõe dois elementos: o uso e a convicção de que aquele comportamento corresponde a uma necessidade jurídica. Quanto à sua classificação, a doutrina costuma dividi-los em três espécies: *introdutórios*, quando criam uma norma na ausência de lei sobre o tema; *abrogatórios*, quando revogam uma lei; *interpretativos*, quando explicitam o conteúdo de uma disposição legal. Do ponto de vista do Direito Tributário, admite-se tão somente os costumes interpretativos, em razão de a obrigação tributária não decorrer da vontade das partes, mas da incidência da legislação⁸³.

Uma vez existente um costume administrativo em matéria tributária, a sua observância por parte dos contribuintes atrai a incidência do parágrafo único do artigo 100 do CTN, excluindo a imposição de qualquer penalidade pela observância da norma costumeira. Nesse sentido, citamos o seguinte precedente:

TRIBUTÁRIO. PRÁTICAS ADMINISTRATIVAS. Se o contribuinte recolheu o tributo à base de prática administrativa adotada pelo fisco, eventuais diferenças devidas só podem ser exigidas sem juros de mora e sem atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo” (STJ, REsp 98.703/SP, Ari Pargendler, jun. 1998)

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. RECOLHIMENTO REITERADO DO ISS. COSTUME. ART. 100, III E PARÁGRAFO ÚNICO, DO CTN. AUTO DE INFRAÇÃO. ICMS. BOA-FÉ. CONTRIBUINTE. MULTA. EXCLUSÃO. JUROS MORATÓRIOS. CORREÇÃO MONETÁRIA. DIES A QUO. NOTIFICAÇÃO. I - Presume-se a boa-fé do contribuinte quando este reiteradamente recolhe o ISS sobre sua atividade, baseado na interpretação dada ao Decreto-Lei nº 406/68 pelo Município, passando a se caracterizar como costume, complementar à referida legislação. II - A falta de pagamento do ICMS, pelo fato de se presumir ser contribuinte do ISS, não impõe a condenação em multa, devendo-se incidir os juros e a correção monetária a partir do momento em que a empresa foi notificada do tributo estadual. II - Recurso especial improvido.(STJ - REsp: 215655 PR 1999/0044957-6, Relator: Ministro

⁸³ SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FRANCISCO FALCÃO, Data de Julgamento: 18/09/2003, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: --> DJ 20/10/2003 p. 178RET vol. 35 p. 36)

Convênios celebrados pelas entidades impositoras

O artigo 100, inciso IV, do CTN, estabelece que são normas complementares “os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios”.

A possibilidade de as entidades federativas realizarem convênios entre si decorre inclusive de expressa disposição constitucional:

Artigo 37 [...]

XXII - as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

Portanto, a própria Constituição estipulou às entidades federativas a atuarem de maneira integrada, mediante o compartilhamento de cadastros e informações fiscais.

O Código Tributário Nacional também trata da matéria, nos seguintes dispositivos:

Art. 102. A legislação tributária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios vigora, no País, fora dos respectivos territórios, nos limites em que lhe reconheçam extraterritorialidade os convênios de que participem, ou do que disponham esta ou outras leis de normas gerais expedidas pela União.

Art. 199. A Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio.

Parágrafo único. A Fazenda Pública da União, na forma estabelecida em tratados, acordos ou convênios, poderá permutar informações com Estados estrangeiros no interesse da arrecadação e da fiscalização de tributos. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

Portanto, o artigo 102 do Código Tributário Nacional autoriza que a legislação tributária dos Estados, Distrito Federal e municípios vigorem além dos seus respectivos territórios, desde que exista previsão nesse sentido em leis editadas pela União ou em **convênios** dos quais aquelas entidades façam parte. Além disso, o artigo 199 do CTN, em consonância com a disposição constitucional que analisamos, autoriza a permuta de informações entre as entidades federativas, na forma da lei ou do **convênio**, além de autorizar que a União Federal permuta informações com estados estrangeiros, conforme disposições veiculadas por meio de tratados, acordos ou **convênios**.

Quando celebrados, esses convênios assumem a forma de normas complementares, conforme dispõe o artigo 100, inciso IV.



Não há que se confundir os convênios mencionados acima - que podemos chamar de convênios de colaboração ou cooperação - com os convênios celebrados pelos Estados em matéria de ICMS para concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais.

Os convênios do ICMS se caracterizam como fonte formais primárias, por possuírem como fundamento de validade imediata a Constituição Federal (art. 155, § 2º, XII, g). Não se configuram, portanto, como normas complementares, não se enquadrando no inciso IV do artigo 100 do CTN.

Análise do Parágrafo Único do artigo 100

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.

Como se observa do dispositivo, a observância por parte do contribuinte das normas complementares arroladas pelos incisos I a IV “exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo”.

Assim, trata-se de dispositivo que objetiva salvaguardar o princípio da segurança jurídica, por garantir a confiabilidade do ordenamento jurídico, evitando que alguém seja punido pela administração pública em decorrência da estrita observância de normas criadas pelo próprio poder público (inciso I, II, IV) ou decorrente de práticas reiteradamente observadas pelo fisco (inciso IV)

Observem que o dispositivo não impede a cobrança do valor principal, mas exclui a **imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo**.

Penalidades são as sanções pecuniárias impostas em razão do descumprimento de obrigações tributárias principais ou acessórias. No âmbito da União, as multas variam normalmente entre 20% a 75% sobre o valor do tributo devido, existindo outras disposições que trazem critérios diversos.

Os **juros moratórios** têm como objetivo ressarcir o credor pelo retardamento no adimplemento do débito. Trata-se de uma espécie de indenização pelo período em que o credor não pode utilizar do seu capital.

A **correção monetária** é a atualização do valor devido pelo índice inflacionário apurado no período, que incide para evitar que haja a diminuição do valor real do crédito com o transcurso do tempo.

Questão mais sensível diz respeito à diferença entre o dispositivo ora estudado e o artigo 146 do CTN, que dispõe no seguinte sentido:

Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.

A primeira interpretação defende que o parágrafo único do artigo 100 do CTN incide não quando há uma substituição de uma interpretação juridicamente possível por outra, mas quando a norma complementar é flagrantemente contrária à lei. Nesse caso, como um ato infralegal não tem o condão de alterar uma obrigação tributária, a administração pública poderia exigir o pagamento do valor principal, porém sem a imposição de penalidades, juros moratórios e atualização monetária⁸⁴. Esse é o entendimento de Gabriel Troianelli, Luciano Amaro e Luís Eduardo Schoeuri.

A segunda interpretação funda-se na ideia de que o artigo 146 do CTN se aplicaria apenas quando o lançamento já tivesse sido efetuado pelo fisco. Um exemplo esclarece essa posição. Imaginemos que o contribuinte A tenha recolhido determinado tributo durante anos com base em interpretação dada pelo fisco acerca da alíquota aplicável à sua atividade. Em abril de 2018, ocorreu um novo fato gerador, época em que a orientação da administração permanecia a mesma. Ocorre que, em junho de 2018, o fisco mudou sua interpretação para entender que a alíquota aplicável ao contribuinte A é outra, mais elevada. Essa segunda interpretação acerca dos artigos 148 e 100 do CTN entende que nessa hipótese o fisco poderia cobrar a diferença, porque ainda não teria ocorrido o lançamento de ofício com relação ao fato gerador de abril. No entanto, só poderia fazê-lo com respeito ao parágrafo único do artigo 100, sem a cobrança de multas, juros e correção monetária. É a posição, dentre outros, de Misabel Derzi e Ricardo Lobo Torres.



Portanto, a primeira interpretação defende que a diferença entre o parágrafo único do artigo 100 e o artigo 146 reside na circunstância de que, no primeiro caso, há uma flagrante ofensa da norma complementar à legislação, enquanto que no segundo caso o que existe é uma mera modificação da interpretação dada pela administração pública.

A segunda interpretação entende que o artigo 100 se aplica quando ainda não houve lançamento, enquanto que o artigo 146 incide na hipótese em que o lançamento já ocorrera.

⁸⁴ TROIANELLI, Gabriel Lacerda. Interpretação da lei tributária: lei interpretativa, observância de normas complementares e mudança de critério jurídico. RDDT 176/76, maio 2010

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA

Classificações e disposições gerais



O critério distintivo entre a responsabilidade por substituição (originária) e a responsabilidade por transferência (derivada) é o momento da incidência da norma atributiva de responsabilidade.

Nos casos de responsabilidade por substituição, o substituto tributário já é designado desde logo como sendo o sujeito passivo da relação jurídica obrigacional, o que significa afirmar que a **responsabilidade surge no mesmo momento da ocorrência do fato gerador**.

É o caso, por exemplo, da legislação que estabelece ser de responsabilidade do comerciante o pagamento do ICMS referente a operação realizada pelo agricultor. A responsabilidade daquele surge no momento em que realizada a circulação da mercadoria por este último (fato gerador do ICMS).

Na responsabilidade por transferência o fenômeno ocorre de maneira diferente. Num primeiro momento, quando da ocorrência do fato gerador, o sujeito passivo da relação é o contribuinte. **Apenas posteriormente**, em razão de algum acontecimento previsto pela norma atributiva de responsabilidade, é que alguém passa a ser responsável pelo pagamento da exação.

É o caso, por exemplo, do contribuinte que, encontrando-se inadimplente com o IPTU dos anos de 2017 e 2018, promove a venda do imóvel a um terceiro. Esse terceiro não era responsável pelo pagamento do imposto no momento do fato gerador, posto que não tinha qualquer relação com aquele bem. No entanto, essa responsabilidade nasce no momento em que o bem foi por ele adquirido.

Tanto na hipótese de responsabilidade por substituição, quanto de responsabilidade por transferência, incide o disposto no artigo 128 do Código Tributário Nacional, que dispõe no seguinte sentido:

Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.

Esse dispositivo contém quatro informações importantes sobre o instituto da responsabilidade tributária:

A **primeira** diz respeito à necessidade de lei para sua instituição, o que significa afirmar que ninguém pode ser colocado no polo passivo de uma obrigação, ainda que na qualidade de responsável, por um ato infralegal.

A **segunda** é que o terceiro eleito pela lei como responsável tributário deve ser *vinculado ao fato gerador*, não sendo lícito ao legislador escolher alguém de forma aleatória ou que não tenha qualquer relação com o acontecimento que gerou o nascimento da obrigação tributária. Embora o Código Tributário Nacional não defina o que se deve entender como vinculação ao fato gerador, há um relativo consenso sobre o significado da expressão, que deve ser compreendida como a possibilidade deste terceiro se ressarcir do valor desembolsado a título de tributo.

De fato, o responsável não realizou o fato gerador e não detém capacidade contributiva; nesse sentido, imputar-lhe o dever de recolher um tributo sem a possibilidade de ressarcimento seria não apenas uma ofensa aos princípios da igualdade e da capacidade contributiva, como também uma subversão ao regime de repartição de competências estabelecido pela Constituição Federal.

Nos exemplos anteriores, a possibilidade de ressarcimento é evidente. O comerciante negocia com o agricultor o preço da mercadoria. Assim, embora seja ele, comerciante, quem seja o responsável pelo pagamento do ICMS atinente à operação do agricultor, há a possibilidade de ressarcimento, que se daria nesse caso mediante a dedução do valor do tributo do preço oferecido pelo comerciante ao agricultor pela compra da mercadoria. O mesmo ocorre no caso do adquirente de imóvel gravado por dívidas de IPTU; sabedor dessa circunstância, pode o comprador fazer uma proposta de valor que leve em consideração esse custo adicional que ele terá que incorrer após a aquisição.

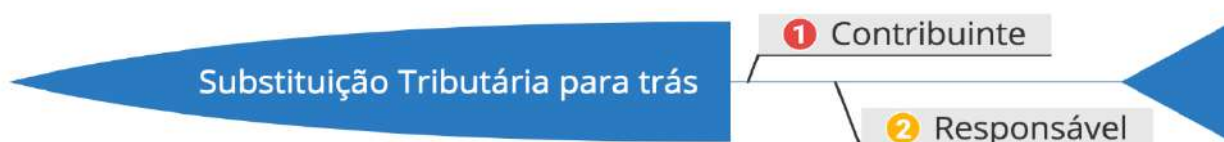
A **terceira informação** extraída do artigo 128 é que a lei pode excluir a responsabilidade do contribuinte ou atribuí-la em caráter supletivo do cumprimento da obrigação pelo responsável. Além desses dois regimes, de ausência de responsabilidade do contribuinte e de responsabilidade subsidiária, a lei também pode estabelecer a responsabilidade solidária do contribuinte, conforme interpretação conjunta desse dispositivo com o artigo 124 do Código Tributário Nacional.

A **quarta** é que o dispositivo fala de responsabilidade pelo crédito tributário, cujo conceito engloba não apenas o valor devido a título de tributo, mas também as penas pecuniárias.

Responsabilidade por Substituição

Substituição Tributária para trás (regressiva)

A distinção entre a substituição tributária para frente e a substituição tributária para trás decorre da posição do responsável tributário na cadeia econômica. Se a sua posição for posterior a posição do contribuinte, estaremos diante de uma **responsabilidade tributária para trás (regressiva)**:

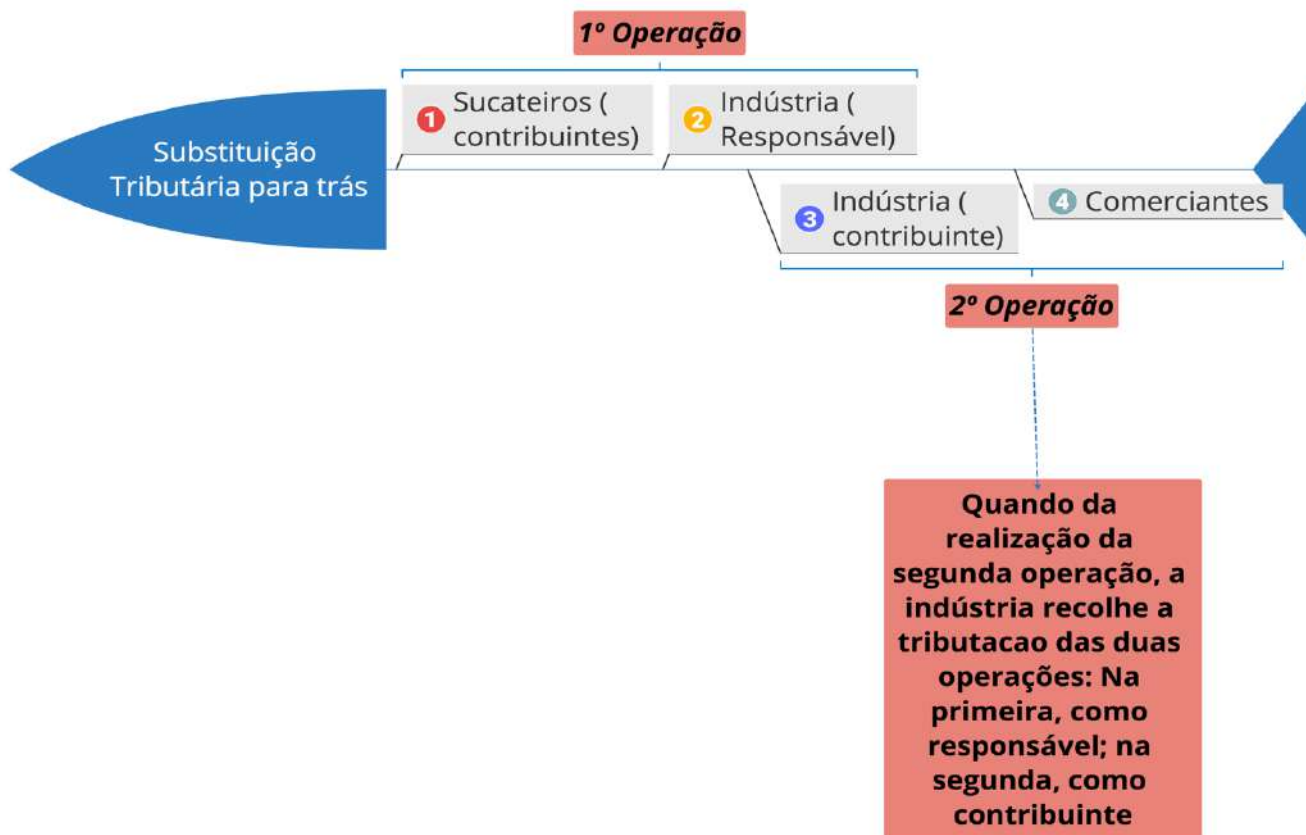


Isso porque, o responsável “retrocede” uma posição na cadeia econômica para “substituir” o contribuinte.

Isso ocorre, por exemplo, quando a legislação estabelece o regime de substituição tributária nas operações entre os produtores rurais (contribuintes) e as usinas de cana de açúcar (responsáveis), ou entre sucateiros (contribuintes) e as indústrias que adquirem a sucata (responsáveis).

O fato gerador do tributo ocorre quando os produtores rurais destinam a sua produção para as usinas ou quando os sucateiros vendem a sucata para as indústrias. São os produtores rurais e os sucateiros os contribuintes da exação. No entanto, a legislação estabelece a responsabilidade pelo pagamento do tributo às indústrias e às usinas de cana de açúcar, que ficam obrigadas a pagar o tributo atinente àquela primeira operação quando da realização da operação seguinte.

Assim, quando as usinas e as indústrias destinarem o produto para um intermediário ou para o consumidor final, elas devem recolher a exação das duas operações: como responsáveis tributários, com relação à primeira; como contribuintes, quanto à segunda operação:



A responsabilidade tributária para trás é utilizada para facilitar a fiscalização e arrecadação do fisco, nas hipóteses em que a realização dessas atividades se torne mais simples e mais eficaz quando realizada unicamente nos agentes econômicos adquirentes dos produtos ou das mercadorias. Nos exemplos mencionados, isso ficou evidenciado. Ao invés de se fiscalizar os sucateiros, que muitas vezes atuam na informalidade, o fisco concentra sua atuação nas indústrias, que além de serem em menor número, atuam no mercado formal.

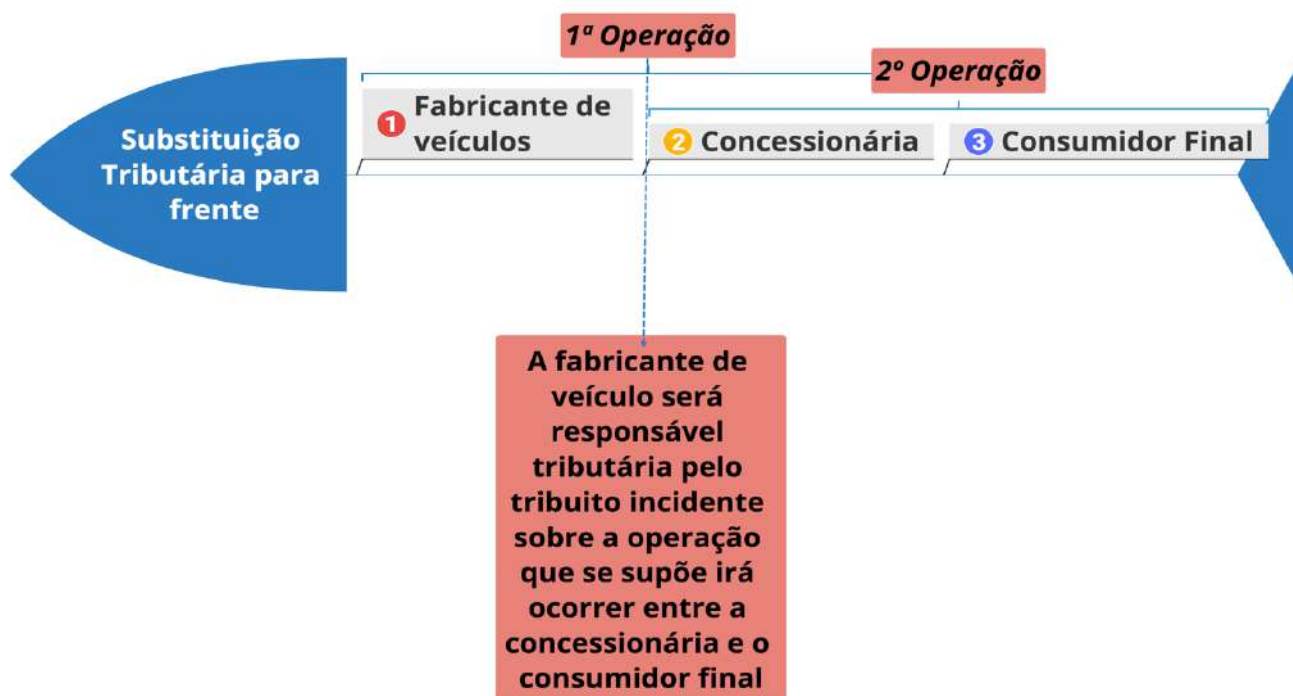
Substituição Tributária para frente (progressiva)

Caso o responsável esteja numa posição anterior à do contribuinte na cadeia econômica, estaremos diante da chamada substituição tributária para frente.



O nome dado pelo instituto repousa na circunstância de o responsável “avançar” uma posição na cadeia econômica para “substituir” o contribuinte. É o que ocorre com as empresas fabricantes de veículos com relação às concessionárias. Quando o automóvel deixa o estabelecimento da fabricante, esta última deve arcar, como responsável tributário, com o tributo que se supõe que irá existir quando da venda do automóvel pela concessionária ao consumidor final.

O gráfico abaixo ajuda-nos a visualizar o fenômeno:



Portanto, na *substituição tributária para frente* ocorre o inverso do que acontece na *substituição tributária para trás*. Nesta última, ocorre o diferimento no pagamento do tributo, que é postergado para a operação seguinte; naquela, o tributo é antecipado para um momento anterior na cadeia econômica, pela presunção de que o fato gerador atinente à operação seguinte deve ocorrer.

Essa presunção da ocorrência do fato gerador gerou controvérsias na doutrina sobre a constitucionalidade do instituto, tendo o Supremo Tribunal Federal, no entanto, firmado jurisprudência no sentido da sua constitucionalidade. Posteriormente, inseriu-se dispositivo expresso no texto constitucional sobre o tema:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

§ 7º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

Como se observa, o dispositivo assegura a imediata e preferencial restituição da quantia paga caso não se realize o fato gerador presumido. Retomando nosso exemplo, caso o veículo não seja vendido pela concessionária para o consumidor final, a fabricante pode pedir a restituição da quantia paga antecipadamente.

Discussão importante dizia respeito à possibilidade de restituição no caso de fato gerador ocorrido a menor. De fato, como o fato gerador é presumido, não se sabe num primeiro momento qual é a base tributável, o que impõe que a legislação estabeleça os critérios que devam ser utilizados para apuração da quantia. Tais critérios, aliás, devem ser razoáveis, mantendo coerência com a realidade. No nosso exemplo, de venda de veículos, o valor normalmente é estabelecido por uma tabela de algum órgão público ou pela tabela do próprio fabricante.

De toda forma, ainda que o valor estabelecido pela legislação não padeça de ilegalidade, é possível que o valor tributável não seja exatamente aquele que foi inicialmente pressuposto. Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal firmou inicialmente jurisprudência no sentido da impossibilidade da restituição da quantia paga a maior. Dois argumentos principais eram utilizados pela Corte: primeiro, que o artigo 150, §7º, da CF, apenas assegurava a restituição quando o fato gerador não se realizasse; segundo, que uma interpretação extensiva, que também autorizasse a restituição no caso de pagamento a maior, contrariaria a própria funcionalidade do instituto, de facilitar a fiscalização e a arrecadação dos tributos.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE 593849, reviu seu posicionamento, tendo aprovado o a Tese de Repercussão Geral nº 201, segundo a qual “É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) pago a mais no regime de substituição tributária para a frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida”.

Pela relevância do julgado, transcrevemos abaixo a sua ementa, na qual constam as razões que levaram a Corte a adotar esse novo posicionamento:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS - ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA OU PARA FRENTE. CLÁUSULA DE RESTITUIÇÃO DO EXCESSO. BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA. BASE DE CÁLCULO REAL. RESTITUIÇÃO DA DIFERENÇA. ART. 150, §7º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. REVOGAÇÃO PARCIAL DE PRECEDENTE. ADI 1.851. 1. Fixação de tese jurídica ao Tema 201 da sistemática da repercussão geral: “É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida”. 2. A garantia do direito à restituição do excesso não inviabiliza a substituição tributária progressiva, à luz da manutenção das vantagens pragmáticas hauridas do sistema de cobrança de impostos e contribuições. 3. O princípio da praticidade tributária não prepondera na hipótese de violação de direitos e garantias dos contribuintes, notadamente os princípios da igualdade, capacidade contributiva e vedação ao confisco, bem como a arquitetura de neutralidade fiscal do ICMS. 4. O modo de raciocinar “tipificante” na seara tributária não deve ser alheio à narrativa extraída

da realidade do processo econômico, de maneira a transformar uma ficção jurídica em uma presunção absoluta. 5. De acordo com o art. 150, §7º, in fine, da Constituição da República, a cláusula de restituição do excesso e respectivo direito à restituição se aplicam a todos os casos em que o fato gerador presumido não se concretize empiricamente da forma como antecipadamente tributado. 6. Altera-se parcialmente o precedente firmado na ADI 1.851, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, de modo que os efeitos jurídicos desse novo entendimento orientam apenas os litígios judiciais futuros e os pendentes submetidos à sistemática da repercussão geral. 7. Declaração incidental de inconstitucionalidade dos artigos 22, §10, da Lei 6.763/1975, e 21 do Decreto 43.080/2002, ambos do Estado de Minas Gerais, e fixação de interpretação conforme à Constituição em relação aos arts. 22, §11, do referido diploma legal, e 22 do decreto indigitado. 8. Recurso extraordinário a que se dá provimento.

(RE 593849, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 19/10/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-065 DIVULG 30-03-2017 PUBLIC 31-03-2017 REPUBLICAÇÃO: DJe-068 DIVULG 04-04-2017 PUBLIC 05-04-2017)

Substituição Tributária simultânea (comum) ou Retenção na Fonte

A substituição tributária simultânea ou comum ocorre quando alguém retém o tributo devido na fonte, repassando-o para o fisco.

Podemos citar como exemplo dessa modalidade de substituição o dever do empregador de reter o valor devido pelo empregado a título de IRPF. Outro exemplo que pode ser mencionado é o dos pagamentos realizados pelos órgãos, autarquias e fundações da administração pública federal a pessoas jurídicas, que devem ser realizados após a dedução, na fonte, do imposto sobre a renda, da contribuição social sobre o lucro líquido, da contribuição para seguridade social - COFINS e da contribuição para o PIS/PASEP⁸⁵.



Embora a maior parte da doutrina se refira a esse fenômeno como uma variante da substituição tributária, há autores que entendem que a retenção na fonte não é uma modalidade de substituição tributária, mas uma obrigação acessória. Quanto ao tema, transcrevemos trecho da obra de Luís Eduardo Schoueri, que adere a esse entendimento:

Nesse sentido, quando a fonte retém o valor do tributo, ela o faz por força de uma lei que a autoriza a tanto. Noutras palavras: o contribuinte é também sujeito passivo. Este, entretanto, no lugar de recolher seu tributo no banco, sofre uma retenção já no momento do recebimento. Se a fonte fosse o sujeito passivo da relação tributária, então a retenção efetuada pela fonte, no momento do pagamento (i.e.: relação entre a fonte e

⁸⁵ Lei 9.430/96

Art. 64. Os pagamentos efetuados por órgãos, autarquias e fundações da administração pública federal a pessoas jurídicas, pelo fornecimento de bens ou prestação de serviços, estão sujeitos à incidência, na fonte, do imposto sobre a renda, da contribuição social sobre o lucro líquido, da contribuição para seguridade social - COFINS e da contribuição para o PIS/PASEP.

contribuinte) seria de natureza privada. Como explicar, então, que a fonte, numa relação privada, tenha o poder de reter um valor devido ao contribuinte?

De fato, essa posição parece descrever melhor o fenômeno normativo, sobretudo nos casos em que a fonte pagadora é o próprio o fisco. É o que ocorre com os pagamentos realizados pela União aos seus servidores. Admitir, nessa hipótese, a existência da substituição tributária, seria afirmar que a União ocupa tanto o polo ativo quanto o polo passivo da obrigação.

O Superior Tribunal de Justiça tem julgado nesse sentido, considerando que a retenção na fonte é uma obrigação acessória:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. COTEJO REALIZADO. SIMILITUDE FÁTICA COMPROVADA. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ART. 45, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CTN.

ILEGITIMIDADE ATIVA DO SUJEITO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA ACESSÓRIA. INAPLICABILIDADE DO ART. 166 DO CTN. [...]

5. Registre-se que a hipótese dos autos - que trata de obrigação tributária acessória, nos termos do art. 113, § 2º, do CTN - em nada se confunde com aquela disciplinada no art. 128, também do CTN.

Existe diferença entre a sujeição passiva de uma obrigação tributária acessória - cujo objeto corresponde a um fazer ou não fazer no interesse da arrecadação - e a sujeição passiva de uma obrigação tributária principal - cujo objeto corresponde ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

6. É certo que, em atenção ao art. 128 do CTN, a responsabilidade pelo pagamento do tributo pode ser atribuída a um sujeito que deixa de cumprir com sua obrigação tributária acessória, no caso, o encargo de reter e recolher ao fisco a importância devida por alguém que se encontra no polo passivo de uma obrigação principal. E realmente é o que se tem no comando constante do art. 45, parágrafo único, do CTN.

7. A leitura que se faz desse parágrafo único é a seguinte: (i) Com suporte no art. 133, § 2º, do CTN, determinado sujeito pode ser incumbido, pela legislação tributária, de reter e recolher um tributo, mesmo não fazendo parte da relação jurídico-tributária principal na qualidade de contribuinte ou responsável; (ii) Com suporte no art. 128 do CTN, determinado sujeito de obrigação tributária acessória (fonte pagadora da renda ou proventos tributáveis) pode ser incluído numa relação jurídico-tributária principal como responsável pelo pagamento do tributo, caso o recolhimento e a retenção que lhe cabiam não tenham sido efetivados.

8. Registre-se que a hipótese dos autos amolda-se apenas à primeira situação, ou seja, o sujeito passivo da obrigação tributária acessória cujo objeto consistiu na retenção e recolhimento do imposto de renda não faz parte da obrigação tributária principal consistente no dever de pagar referido imposto, já que esse foi devidamente recolhido, inclusive a maior.

[...]

(REsp 1318163/PR, Rel. Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/06/2017, DJe 15/12/2017)

De toda forma, como inclusive restou assentado no item 7 do voto, caso a fonte não realize a obrigação acessória, não fazendo a retenção ou o recolhimento aos cofres públicos, ela aí sim se torna responsável – mas não substituta – pelo pagamento do tributo devido.

Responsabilidade por transferência

Na responsabilidade por transferência a norma atributiva de responsabilidade incide em momento posterior à ocorrência do fato gerador. Quando este ocorre, o sujeito passivo da obrigação tributária

é o contribuinte. Apenas em um momento posterior, em virtude do acontecimento previsto pela norma de reponsabilidade, é que um terceiro passa a ocupar o polo passivo da obrigação.

O Código Tributário Nacional dividiu as hipóteses de responsabilidade por transferência em três modalidades: a) responsabilidade dos sucessores (artigo 129 a 133); b) responsabilidade de terceiros (artigo 134 a 135); c) responsabilidade por infrações (artigo 136 a 138).

No tópico atinente à *responsabilidade dos sucessores* se encontram as regras que estabelecem o dever daqueles que assumiram a posição de titulares de um novo bem econômico de arcarem com a tributação incidente até o momento da transação. É o que ocorre com aquele que comprou um fundo de comércio, que adquiriu um imóvel ou que recebeu uma herança, por exemplo.

Dentro da seção *responsabilidade de terceiros* estão elencadas várias pessoas que podem ser chamadas a responder pelo pagamento de um tributo em razão da prática de um ato ilícito. É o caso dos pais com relação aos tributos devidos por seus filhos menores e dos administradores de bens de terceiros, com relação aos tributos devidos por este.

Por fim, na seção *responsabilidade por infrações* se encontram situações em que a responsabilidade também decorre de um ato ilícito, mas cuja consequência é o pagamento não do crédito tributário, mas de penalidades pecuniárias.

DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO

Considerações Gerais

Embora haja diversas teorias que se propõem a diferenciar um instituto jurídico do outro, parece-nos que a que melhor explica os fenômenos, inclusive no âmbito do Direito Tributário, é a teoria científica, desenvolvida por Agnelo Amorim Filho.

De uma maneira bastante geral, podemos dizer que esse jurista atrelou à prescrição aos direitos prestacionais, e a decadência aos direitos potestativos, ambas espécies de direitos subjetivos.

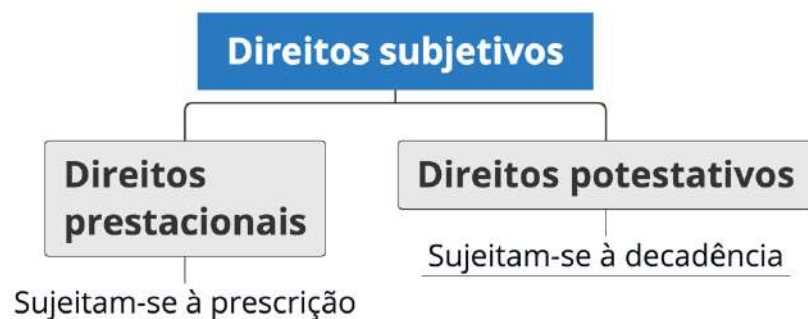
Os direitos prestacionais compreendem aqueles direitos que têm como objeto uma prestação, positiva ou negativa, do sujeito passivo. Pode ser uma obrigação de dar, de fazer ou não fazer, e a fruição desses direitos depende da adoção de determinada conduta por parte do sujeito passivo. É o caso do credor que exige que o devedor pague a quantia de R\$ 5.000,00 constante da nota promissória. A satisfação desse direito depende da conduta do devedor em entregar esse valor ao credor.

Os direitos potestativos, por outro lado, são aqueles direitos que podem ser exercidos independentemente do concurso de vontade do sujeito passivo, bastando a manifestação de vontade do sujeito ativo - ainda que com a intervenção do juiz em alguns casos. Exemplo é o poder que o empregador possui de demitir seu funcionário. O exercício desse direito pode ser realizado independentemente da adoção de qualquer comportamento por parte do empregado, sendo suficiente a manifestação de vontade do empregador.

Agnelo Amorim Filho⁸⁶ traz outros exemplos de direitos potestativos:

Como exemplos de direitos potestativos podem ser citados os seguintes: o poder que têm o mandante e o doador de revogarem o mandato e a doação; o poder que tem o cônjuge de promover a separação; o poder que tem o condômino de desfazer a comunhão; o poder que tem o herdeiro de aceitar ou renunciar a herança; o poder que têm os interessados de promover a invalidação dos atos jurídicos anuláveis (contratos, testamentos, casamentos, etc.); o poder que tem o sócio de promover a dissolução da sociedade civil; o poder que tem o contratante de promover a resolução do contrato por inadimplemento (art. 475, do Cód. Civil), ou por vícios redibitórios (art. 441); o poder de escolha nas obrigações alternativas (art. 252); o poder de interpelar, notificar, ou protestar, para constituir em mora; o poder de alegar compensação; o poder de resgatar imóvel vendido com cláusula de retrovenda; o poder de dar vida a um contrato mediante aceitação da oferta; o poder de requerer a interdição de determinadas pessoas; o poder de promover a rescisão das sentenças; o poder assegurado ao filho de desobrigar os imóveis de sua propriedade alienados ou gravados pelo pai fora dos casos permitidos em lei; o poder assegurado ao cônjuge ou seus herdeiros necessários para anular a doação feita pelo cônjuge adúltero ao seu cúmplice. Muitos outros exemplos ainda poderiam ser citados.

Para a teoria científica, os direitos prestacionais, dos quais decorrem as ações condenatórias e executivas⁸⁷, sujeitam-se à prescrição. Os direitos potestativos, geradores das ações constitutivas, sujeitam-se ao prazo decadencial, quando existe prazo para o seu exercício em lei⁸⁸.



Ao se transplantar essas lições para o Direito Tributário, teremos as seguintes conclusões:

1ª: O prazo para que o fisco constitua o crédito tributário é decadencial, porque o lançamento é um direito potestativo, que pode ser exercido independentemente de qualquer comportamento do sujeito passivo. Portanto, entre a obrigação tributária e o lançamento, corre prazo decadencial.

2ª Entre o lançamento provisório e o lançamento definitivo – que pressupõe o trânsito em julgado administrativo da decisão – não incide a decadência ou a prescrição. A decadência não incide porque o direito potestativo já foi exercido. A prescrição não corre porque o crédito tributário se encontra

⁸⁶ FILHO, Agnelo Amorim. CRITÉRIO CIENTIFICO PARA DISTINGUIR A PRESCRIÇÃO DA DECADÊNCIA E PARA IDENTIFICAR AS AÇÕES IMPRESCRITÍVEIS. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará*, [s. l.], v. 14, 1960. Disponível em: <<http://www.revistadireito.ufc.br/index.php/revdir/issue/view/17>>

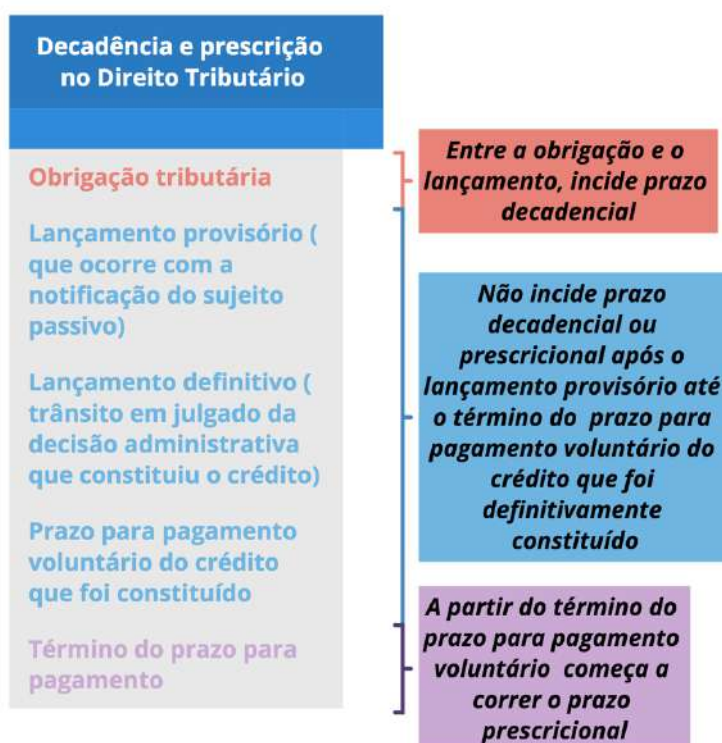
⁸⁷ O autor apenas menciona as ações condenatórias, porque adotara a teoria ternária das ações.

⁸⁸ As ações declaratórias e os direitos potestativos sem prazo previsto em lei são perpétuas.

suspensão, não podendo a Fazenda Pública exigir o cumprimento da obrigação. Não há, assim, pretensão a ser exercida.

3º: Constituído o crédito, a prescrição passa a correr após a data de vencimento da obrigação, quando a pretensão passa a existir. O prazo é prescricional porque o pagamento do tributo pressupõe um comportamento do sujeito passivo, consistente na entrega da quantia ao credor.

O gráfico abaixo sintetiza o que acabamos de afirmar:



Decadência

A decadência acabou assumindo uma relativa dificuldade de interpretação no Direito Tributário, em razão das diversas regras, espalhadas pelo Código Tributário Nacional, que disciplinam o instituto. Embora todas elas estabeleçam o prazo decadencial de cinco anos, a forma de contagem se altera em razão da variação do termo inicial.

Com o objetivo de pacificar a matéria, o Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp 766.050/PR, adotou expressamente o modelo proposto pelo jurista Eurico Marcos Diniz de Santi, que defende em sua obra Decadência e Prescrição no Direito Tributário a existência de cinco normas gerais e abstratas sobre decadência. No entanto, o empreendimento logrou êxito parcial, porque posteriormente a esse julgado, proferido em 2007, a Corte alterou parcialmente a interpretação dada naquela ocasião sobre a 3ª regra de decadência, que explicaremos abaixo. Além disso, não há uma posição firme da jurisprudência sobre a 4ª regra de decadência, que tem sido aplicada de maneira distinta daquela proposta no REsp 766.050/PR, tanto pela administração pública quanto por alguns julgados posteriores do Superior Tribunal de Justiça.

Assim, para facilitar a compreensão da matéria, que se tornou bastante complexa, e tendo em vista o propósito deste curso, que é preparar o candidato para provas de concursos públicos, seguiremos o seguinte itinerário: Partiremos do pressuposto firmado no Resp 766.050/PR, da existência de cinco normas gerais e abstratas sobre decadência, mas, ao explicarmos a 3ª norma, que foi objeto de modificação na sua interpretação, iremos nos desprender da posição firmada naquele julgado, para expor no texto apenas o entendimento que prevalece atualmente. Para que não fique uma lacuna, o leitor encontrará nas notas de rodapé a posição que prevalecera no Resp 766.050/PR. Quanto à 4ª norma, como não há uma posição consolidada, exporemos tanto a conclusão firmada no RESP 766.050/PR quanto a tese divergente.

Passemos, então, ao enfrentamento do tema.

1ª Regra: Decadência nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação em que: a) houve pagamento, ainda que parcial; b) não ocorreu fraude, dolo ou simulação

O lançamento por homologação se caracteriza pelo fato de o sujeito passivo antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa. Apenas posteriormente é que o fisco, tomando conhecimento do pagamento, pode homologá-lo ou então lançar de ofício os créditos sonegados, caso verifique que o sujeito passivo apurou de maneira equivocada a quantia devida.

Ocorre que, nem sempre a administração tributária toma uma dessas atitudes. Não é raro que ela fique inerte, não homologando o pagamento e tampouco lançando de ofício eventual quantia omitida. Nessa hipótese, incide o disposto no artigo 150, §4º, do Código Tributário Nacional, que dispõe no seguinte sentido

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa. [...]

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Como se pode observar desse dispositivo, transcorrido cinco anos desde a ocorrência do fato gerador sem o pronunciamento da Fazenda pública, ocorre a homologação tácita do pagamento, ou seja, **o direito do fisco de lançar eventual quantia remanescente fica prejudicado pela decadência.**

Essa regra, no entanto, possui duas exceções:

A primeira delas é quando tenha sido comprovado que o sujeito passivo agiu com dolo, fraude ou simulação, conforme dispõe expressamente o §4º do artigo 150. Nesse caso, o prazo previsto por esse dispositivo não se aplica, sendo a decadência regulada por outra norma jurídica geral e abstrata.

A segunda se aplica àquelas situações em que o contribuinte não realizou nenhum pagamento, seja porque não declarou nada ou porque, embora tenha declarado alguma quantia, não a recolheu. O raciocínio para fundamentar essa exceção é o seguinte: Essa espécie de lançamento se caracteriza pela homologação do pagamento. Não havendo pagamento, não há o que se homologar. Não havendo o que se homologar, não se aplica o §4º do artigo 150.

Assim, a regra de decadência nessa hipótese também é regulada por outra norma jurídica geral e abstrata.

Portanto, a primeira norma sobre decadência pode ser enunciada da seguinte forma: Tratando-se de tributo sujeitos a lançamento por homologação em que houve pagamento, ainda que parcial, e não ocorreu fraude, dolo ou simulação, o prazo decadencial é de cinco anos, contados da ocorrência do fato gerador.



A empresa X informou ao fisco estadual que o total de ICMS devido pelos fatos geradores ocorridos em março de 2012 foi de R\$ 50.000,00. Por passar por dificuldades financeiras, a pessoa jurídica recolheu apenas a quantia de R\$ 25.000,00. Em dezembro de 2017, no entanto, o fisco estadual verificou que a quantia devida era de R\$ 60.000,00, e não de R\$ 50.000,00 como havia sido declarado. Não houve dolo, fraude ou simulação do contribuinte. Nesse caso, seria possível ao fisco lançar os R\$ 10.000,00 remanescentes em dezembro de 2017?

Resposta: Não. Nesse caso, como houve o pagamento parcial da quantia declarada e inexistiu dolo, fraude ou simulação, incide o §4º do artigo 150 do CTN, que prevê o prazo decadencial de 5 anos a contar do fato gerador. Como o fato gerador ocorrera em março de 2012, o direito da Fazenda Pública foi atingido pela decadência.

2ª Regra: Decadência nos casos de: a) tributos sujeitos ao lançamento de ofício; b) tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado.

Como acabamos de mencionar, quando o sujeito passivo, no bojo de um tributo sujeito a lançamento por homologação, não efetua nenhum pagamento, não se aplica a regra do §4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional, porque não há o que ser homologado.

Nessa hipótese, incide o disposto no artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

Há inclusive Súmula do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto:

Súmula 555: Quando não houver declaração do débito, o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário conta-se exclusivamente na forma do art. 173, I, do CTN, nos casos em que a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa.

Embora a Súmula tenha afirmado que é a inexistência da declaração que atrai a incidência do artigo 173, inciso I, do CTN, os precedentes que deram origem ao verbete deixam claro que o que importa é a inexistência do pagamento:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. DECADÊNCIA. PRAZO PARA A CONSTITUIÇÃO DE DÉBITO PELA FAZENDA ESTADUAL. PAGAMENTO A MENOR EM DECORRÊNCIA DE SUPOSTO CREDITAMENTO INDEVIDO. APLICAÇÃO DO ART. 150, § 4º, DO CTN. MATÉRIA PACIFICADA EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 973.733/SC).

1. *Agravo regimental contra decisão que deu provimento aos embargos de divergência pelos quais a contribuinte suscita dissenso pretoriano acerca da contagem do lapso decadencial para o lançamento de ofício tendente a cobrar as diferenças de crédito de tributo sujeito a lançamento por homologação pago a menor em decorrência de creditamento indevido.*
2. *A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 973.733/SC, realizado nos termos do art. 543-C e sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, sedimentou o entendimento de que o art. 173, I, do CTN se aplica aos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou, quando, a despeito da previsão legal, não há o pagamento, salvo nos casos de dolo, fraude ou simulação.*
3. *"[...] ocorrendo o pagamento antecipado por parte do contribuinte, o prazo decadencial para o lançamento de eventuais diferenças é de cinco anos a contar do fato gerador, conforme estabelece o § 4º do art. 150 do CTN" (AgRg nos EREsp. 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJ 10.4.2006).*
4. *Com efeito, a jurisprudência consolidada por esta Corte dirime a questão jurídica apresentada a partir da existência, ou não, de pagamento antecipado por parte do contribuinte. Para essa finalidade, salvo os casos de dolo, fraude ou simulação, despiciendo se mostra indagar a razão pela qual o contribuinte não realizou o pagamento integral do tributo.*
5. *A dedução aqui considerada (creditamento indevido) nada mais é do que um crédito utilizado pelo contribuinte decorrente da escrituração do tributo apurado em determinado período (princípio da não cumulatividade), que veio a ser recusada (glosada) pela Administração. Se esse crédito abarcasse todo o débito tributário a ponto de dispensar qualquer pagamento, aí sim, estar-se-ia, como visto, diante de uma situação excludente da aplicação do art. 150, § 4º, do CTN.*
6. *Na espécie, o acórdão que julgou o recurso especial foi claro ao consignar que houve pagamento a menor de débito tributário em decorrência de creditamento indevido. Dessa forma, deve-se observar o disposto no art. 150, § 4º, do CTN.*
7. *Agravo regimental não provido.*
(AgRg nos EREsp 1199262/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/10/2011, DJe 07/11/2011)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECADÊNCIA.

PRAZO QUINQUENAL. TERMO A QUO. PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE O LANÇAMENTO PODERIA TER SIDO EFETUADO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. *"Nos casos de tributo sujeito a lançamento por homologação, não ocorrendo o pagamento antecipado pelo contribuinte, incumbe ao Fisco o poder-dever de efetuar o lançamento de ofício dentro do prazo decadencial estipulado pelo art. 173, I, do CTN, segundo o qual o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" (AgRg no REsp 1.247.981/SC, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe 13/6/11).*
2. *Agravo regimental não provido.*
(AgRg no Ag 1241890/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/09/2011, DJe 09/09/2011)

Essa observação é importante porque é possível que o contribuinte efetue a declaração, mas não realize o pagamento. Nesse caso, a interpretação literal da súmula poderia induzir em erro o candidato, fazendo com que ele imaginasse que o prazo decadencial seria contado nos termos do §4º do artigo 150 do CTN e não na forma do artigo 173, inciso I, do CTN.

Além dessa hipótese, de tributo sujeito a lançamento por homologação em que não houve o pagamento, o artigo 173 se aplica aos tributos lançados de ofício, como é o caso do IPTU.

Por "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" se deve entender o dia 01 de janeiro do ano seguinte.

Portanto, a segunda regra sobre decadência pode ser enunciada da seguinte forma: Tratando-se de tributos sujeitos a lançamento de ofício ou de tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado, ainda que parcial, o prazo decadencial é de cinco anos, contados do dia 01 de janeiro do ano seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.



A empresa X informou ao fisco estadual que o total de ICMS devido pelos fatos geradores ocorridos em março de 2012 foi de R\$ 50.000,00. Por passar por dificuldades financeiras, não recolheu nenhuma quantia. Em dezembro de 2017, no entanto, o fisco estadual verificou que a quantia devida era de R\$ 60.000,00, e não de R\$ 50.000,00 como havia sido declarado. Não houve dolo, fraude ou simulação do contribuinte. Nesse caso, seria possível ao fisco lançar os R\$ 10.000,00 remanescentes em dezembro de 2017?

Resposta: Sim. Como não houve pagamento parcial, o prazo decadencial é contado a partir do primeiro dia do exercício financeiro seguinte, ou seja, a partir de janeiro de 2013. Dessa forma, a decadência só se consumaria em janeiro de 2018.

3ª Regra: Decadência nos casos em que notificado o contribuinte de medida preparatória do lançamento, em se tratando de tributos sujeitos a lançamento de ofício ou de tributos sujeitos a lançamento por homologação em que não ocorre o pagamento antecipado.

O parágrafo único do artigo 173 do Código Tributário Nacional possui a seguinte redação:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

Portanto, em ocorrendo uma medida preparatória indispensável ao lançamento, o termo inicial do prazo decadencial deve ser o da data da notificação dessa iniciativa, e não do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Há, assim, uma antecipação do termo inicial do prazo decadencial, que deixa de ser o dia 01/01 do ano seguinte e passa a ser a data da notificação ao sujeito passivo de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

Assim, se o fato gerador de um tributo sujeito ao lançamento de ofício ocorreu em março de 2012, o prazo decadencial teria início em 01/01/2013. No entanto, se antes dessa data, em setembro de 2012, o fisco deu início a procedimento fiscalizatório com vistas a efetuar o lançamento, é a partir desta data que o prazo decadencial começa a correr.

Notem, portanto, que a medida preparatória apenas antecipa o prazo decadencial, mas não tem o condão de postergá-lo. Retomando nosso exemplo, se o fisco tivesse dado início ao procedimento

fiscalizatório em março de 2013, o termo inicial do prazo decadencial continuaria sendo o dia 01/01/2013⁸⁹.

Nesse sentido, citamos os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO SEM PAGAMENTO PRÉVIO. ART. 173, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CTN. NOTIFICAÇÃO DE MEDIDA PREPARATÓRIA. REGRA DE ANTECIPAÇÃO DO TERMO INICIAL DA DECADÊNCIA. INAPLICABILIDADE AO CASO DOS AUTOS, EM QUE A NOTIFICAÇÃO OCORREU APÓS O INÍCIO DO PRAZO DECADENCIAL. INCIDÊNCIA DA REGRA GERAL DO ART. 173, I, DO CTN.

1. A jurisprudência desta Corte firmou entendimento no sentido de que "a norma do art. 173, parágrafo único, do Código Tributário Nacional incide para antecipar o início do prazo de decadência a que a Fazenda Pública está sujeita para fazer o lançamento fiscal, não para dilatá-lo - até porque, iniciado, o prazo de decadência não se suspende nem se interrompe" (REsp 1143534/PR, Rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Seção, DJe 20/03/2013).

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 339.019/RJ, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/02/2015, DJe 26/02/2015)

DECADÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. A norma do art. 173, parágrafo único, do Código Tributário Nacional incide para antecipar o início do prazo de decadência a que a Fazenda Pública está sujeita para fazer o lançamento fiscal, não para dilatá-lo – até porque, iniciado, o prazo de decadência não se suspende nem se interrompe. Embargos de divergência providos" (STJ, 1ª Seção, REsp 1143534/PR, Rel. Min. Ari Pargendler, mar. 2013).

Portanto, a terceira regra sobre decadência pode ser enunciada da seguinte forma: Tratando-se de tributos sujeitos a lançamento de ofício ou de tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado, ainda que parcial, o termo inicial do prazo decadencial pode ser antecipado para a data da notificação da medida preparatória ao lançamento, quando esta for realizada.



A empresa X informou ao fisco estadual que o total de ICMS devido pelos fatos geradores ocorridos em março de 2012 foi de R\$ 50.000,00. Por passar por dificuldades financeiras, não recolheu nenhuma quantia. Não houve dolo, fraude ou simulação. Em 01 de outubro de 2012, o fisco estadual iniciou medida preparatória indispensável ao lançamento, quando constatou que a quantia devida era de R\$ 60.000,00, e não de R\$ 50.000,00 como havia sido declarado. No entanto, por alguma falha operacional, o lançamento

⁸⁹ No REsp 766.050/PR, o Superior Tribunal de Justiça entendeu de maneira diversa, conforme se observa do item 12 da ementa: "12. Por seu turno, nos casos em que inexistente dever de pagamento antecipado (tributos sujeitos a lançamento de ofício) ou quando, existindo a aludida obrigação (tributos sujeitos a lançamento por homologação), há omissão do contribuinte na antecipação do pagamento, desde que inócuentes quaisquer ilícitos (fraude, dolo ou simulação), tendo sido, contudo, notificado de medida preparatória indispensável ao lançamento, fluindo o termo inicial do prazo decadencial da aludida notificação (artigo 173, parágrafo único, do CTN), independentemente de ter sido a mesma realizada antes ou depois de iniciado o prazo do inciso I, do artigo 173, do CTN.

não foi efetuado, tendo o fiscal verificado essa circunstância apenas em janeiro de 2018, quando então notificou o contribuinte do lançamento. Houve decadência nesse caso?

Resposta: Sim. Como ocorreu uma medida preparatória indispensável ao lançamento, o termo inicial do prazo decadencial é antecipado para a data da sua notificação, ou seja, para o outubro de 2012. Assim, ocorreu a decadência em outubro de 2017.

4ª Regra: Decadência do direito de lançar nos casos em que o pagamento antecipado se dá com fraude, dolo ou simulação, ocorrendo notificação do contribuinte acerca de medida preparatória.

Quando estudamos a 1ª regra, vimos que o prazo do artigo 150, §4º, do Código Tributário Nacional, não se aplica aos casos em que o pagamento antecipado ocorre com fraude, dolo ou simulação. Trata-se de ressalva que se encontra expressa naquele dispositivo.

Nessas situações, a doutrina de Eurico Marcos Diniz de Santi, adotada pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 766.050/PR, propõe a seguinte interpretação: i) o fisco deve constituir juridicamente o dolo, a fraude ou a simulação no prazo de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador, notificando o sujeito passivo do ilícito tributário; ii) Essa notificação do ilícito tributário, quando realizada nesse prazo, interrompe o prazo decadencial, ou seja, passa a ser o novo *dies a quo* do prazo decadencial do direito de lançar, mediante aplicação do parágrafo único do artigo 173 do CTN; iii) Caso a notificação do ilícito não seja efetivada dentro do período de cinco anos, o fisco não pode mais fazê-lo, o que acarreta por consequência a decadência do direito de lançar de ofício.

Para facilitar a compressão da matéria, transcrevemos trecho da ementa do REsp 766.050/PR, na parte em que abordou o assunto ora tratado:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. ISS. ALEGADA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. VALIDADE DA CDA. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA - ISS. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. ENQUADRAMENTO DE ATIVIDADE NA LISTA DE SERVIÇOS ANEXA AO DECRETO-LEI Nº 406/68. ANALOGIA. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. POSSIBILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FAZENDA PÚBLICA VENCIDA. FIXAÇÃO. OBSERVAÇÃO AOS LIMITES DO § 3.º DO ART. 20 DO CPC. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 07 DO STJ. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. INOCORRÊNCIA. ARTIGO 173, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CTN. [...]14. A notificação do ilícito tributário, medida indispensável para justificar a realização do ulterior lançamento, afigura-se como dies a quo do prazo decadencial quinquenal, em havendo pagamento antecipado efetuado com fraude, dolo ou simulação, regra que configura ampliação do lapso decadencial, in casu, reiniciado. Entrementes, "transcorridos cinco anos sem que a autoridade administrativa se pronuncie, produzindo a indigitada notificação formalizadora do ilícito, operar-se-á ao mesmo tempo a decadência do direito de lançar de ofício, a decadência do direito de constituir juridicamente o dolo, fraude ou simulação para os efeitos do art. 173, parágrafo único, do CTN e a extinção do crédito tributário em razão da homologação tácita do pagamento antecipado"(Eurico Marcos Diniz de Santi, in obra citada, pág. 171)[...] (STJ - REsp: 766050 PR 2005/0113794-7, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 28/11/2007, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: --> DJ 25/02/2008 p. 265)

Assim, imaginemos que o fato gerador de tributo sujeito a lançamento por homologação ocorrera em 10 de fevereiro de 2010, tendo o sujeito passivo declarado a quantia de R\$ 10.000,00, mas pago somente R\$ 5.000,00. Supomos, ainda, que ele tenha agido de maneira fraudulenta. Nesse caso, o fisco teria o prazo de cinco anos para realizar a notificação do ilícito, ou seja, até o dia 09 de fevereiro

de 2015. Essa notificação seria o termo inicial do prazo decadencial quinquenal para realização do lançamento, cujo término ocorreria no dia 09 de fevereiro de 2020.

No entanto, essa ideia, de que a notificação do ilícito interromperia o prazo decadencial, é minoritária. No âmbito da administração pública, por exemplo, existe Súmula do CARF no sentido de que deve ser aplicado apenas o artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional:

Súmula CARF nº 72: Caracterizada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, a contagem do prazo decadencial rege-se pelo art. 173, inciso I, do CTN.

O próprio Superior Tribunal de Justiça, em julgados mais recentes - mas nos quais a questão não foi discutida a fundo - encampou essa posição, de que se aplica tão somente o artigo 173, inciso I, do CTN:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 356/STF. DECADÊNCIA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. REGRA DO ARTIGO 150, § 4º, C/C 173, I, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. IDENTIFICAÇÃO DE DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO POR PARTE DO SUJEITO PASSIVO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VALOR IRRISÓRIO. MAJORAÇÃO. [...]

2. Segundo firme jurisprudência desta Corte, o prazo decadencial nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, caso tenha havido dolo, fraude ou simulação por parte do sujeito passivo, tem início no primeiro dia do ano seguinte ao qual poderia o tributo ter sido lançado. Incidência da Súmula 83/STJ. (REsp 1086798/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/04/2013, DJe 24/04/2013)

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PAGAMENTO A MENOR. OCORRÊNCIA DE FRAUDE. TERMO INICIAL. ART. 173, I, DO CTN. DECADÊNCIA NÃO CARACTERIZADA. CDA. VALIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

1. Nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação não declarados e não pagos, o prazo decadencial conta-se nos moldes determinados pelo art. 173, I, do CTN, impossível, assim, a sua acumulação com o prazo determinado no art. 150, § 4º, do CTN.

2. Contudo, uma vez efetuado o pagamento parcial antecipado pelo contribuinte, a decadência do direito de constituir o crédito tributário é regida pelo art. 150, § 4º, do CTN, salvo os casos de dolo, fraude ou simulação.

3. No caso em apreço, entendeu a Corte de origem que ocorreu fraude, razão pela qual, mesmo havendo pagamento a menor, afastou a aplicação do art. 150, § 4º, do CTN, fazendo incidir o art. 173, I, do mesmo diploma legal.

4. Não está caracterizada a decadência, já que não transcorreram mais de 5 anos entre primeiro dia do exercício seguinte (01/01/2002) àquele em que os lançamentos poderiam ter sido efetuados e a constituição definitiva do crédito (24/11/2006).

5. Quanto ao alegado vício de lançamento, a irresignação não comporta conhecimento ante o óbice da Súmula 7/STJ.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1523619/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/11/2015, DJe 13/11/2015)

A adoção desse último posicionamento é menos benéfica ao fisco, porque a medida preparatória indispensável ao lançamento – notificação do ilícito - não teria o condão de ampliar o prazo decadencial, que teria como *dies a quo* o primeiro dia do exercício seguinte ao que o lançamento poderia ter sido efetuado.



A empresa X informou ao fisco estadual que o total de ICMS devido pelos fatos geradores ocorridos em março de 2012 foi de R\$ 50.000,00, tendo recolhido a quantia de R\$ 20.000,00. Em fevereiro de 2017, o fisco estadual iniciou medida preparatória indispensável ao lançamento, quando constatou que a quantia devida era de R\$ 60.000,00, e não de R\$ 50.000,00 como havia sido declarado. Foi constatado nessa data, ainda, que a pessoa jurídica agiu de maneira fraudulenta. Em fevereiro de 2018, a pessoa jurídica foi finalmente notificada do lançamento tributário que constituiu o valor de R\$ 10.000,00 que havia sido omitido. O lançamento pode subsistir ou deve ser anulado pela decadência do direito de lançar?

Resposta: Pelo posicionamento firmado pelo STJ no Resp 766.050/PR, não teria havido decadência. Isso porque, a medida preparatória que constatou a conduta fraudulenta foi formalizada dentro do prazo quinquenal para homologação, interrompendo o curso do prazo. A própria notificação do ilícito tributário passou a ser, assim, o *dies a quo* do novo prazo decadencial. Como entre a medida preparatória e a notificação do lançamento não transcorreu cinco anos, o lançamento seria válido.

Por outro lado, a adoção do entendimento diverso, materializado pela Súmula nº 72 do CARF e constante de julgados posteriores do STJ, levaria à conclusão de que o lançamento deveria ser anulado pela decadência. De fato, essa linha interpretativa entende que o prazo é contado nos termos do artigo 173, inciso I, e que a medida preparatória não tem o condão de interrompê-lo. Assim, no caso em análise, o direito de lançar teria sido atingido pela decadência em janeiro de 2018.

5ª Regra: Decadência do direito de lançar em razão da anulação, por vício formal, do lançamento anterior.

A anulação do lançamento por **vício formal** importa em interrupção do prazo decadencial, que passa a ser contado novamente a partir da data da decisão que o anulou de maneira definitiva. É o que dispõe o artigo 173, inciso II, do Código Tributário Nacional:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:
II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Os vícios formais são aqueles que dizem respeito a aspectos procedimentais, como ocorre nos casos em que o lançamento é anulado em razão da violação à garantia da ampla defesa. Os vícios materiais, por outro lado, concernem ao próprio crédito tributário.



A empresa X foi notificada do lançamento tributário em 10 de março de 2010. Após impugnação, o lançamento foi anulado por decisão administrativa definitiva em 20/04/2016, por vício formal. O fisco pode realizar um novo lançamento?

Resposta: Sim, aplica-se ao caso o artigo 173, inciso II, tendo o fisco o prazo de cinco anos, contados do dia 20/04/2016, para realizar o novo lançamento.

Prescrição

O caput do artigo 174, do Código Tributário Nacional, dispõe da seguinte forma:

Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.[...]

A melhor interpretação do dispositivo é aquela que entende que a constituição definitiva do crédito é elemento necessário, mas não suficiente para o curso do prazo prescricional, sendo necessário que haja também o vencimento da data para pagamento voluntário do tributo. Nesse sentido, citamos os seguintes precedentes:

ICMS. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO PRESCRICIONAL. DECLARAÇÃO DO CONTRIBUINTE OU VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO... 1. Em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação declarado e não pago, o Fisco dispõe de cinco anos para a cobrança do crédito, contados do dia seguinte ao vencimento da exação ou da entrega da declaração pelo contribuinte, o que for posterior. Só a partir desse momento, o crédito torna--se constituído e exigível pela Fazenda Pública” (STJ, 1ª T., AgRg no AREsp 302.363/SE, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, nov. 2013).

IPTU. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL [...] 2. Nos termos da Súmula 397/STJ, ‘O contribuinte do IPTU é notificado do lançamento pelo envio do carnê ao seu endereço’. 3. Constituído o crédito tributário pelo envio do carnê ao endereço do sujeito passivo e encontrando--se pendente o prazo de vencimento para o pagamento voluntário, ainda não surge para o credor a pretensão executória, sem a qual não tem início o prazo prescricional (2ª T., EDcl no AREsp 44.530/RS, Rel. Min. Castro Meira, DJe 28-3-2012; 2ª T., REsp 1.180.299/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 8-4-2010) (STJ, 2ª T., REsp 1399984/PE, Rel. Min. Herman Benjamin, set. 2013)

De fato, o curso da prescrição pressupõe a inércia do credor, que só existe a partir do momento em que ele pode exigir o cumprimento da obrigação. Antes do vencimento, ainda que o crédito já tenha sido constituído, inexistente o predicado da exigibilidade, porque o sujeito ativo não pode compelir o sujeito passivo a pagar a quantia apurada. O mesmo ocorre quando o prazo para pagamento já se esgotou, mas o crédito não foi constituído. Nessa hipótese, a ausência de liquidez da obrigação impede a sua exigibilidade.

Portanto, é possível afirmar que o prazo prescricional se inicia quando o crédito já tiver sido definitivamente constituído e o prazo para pagamento voluntário da obrigação já tenha se esgotado. Os dois requisitos são cumulativos, e o preenchimento do último deles é que faz eclodir o curso do prazo prescricional:

*PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. NÃO-OCORRÊNCIA DA SUPOSTA OFENSA AO ART. 535 DO CPC. QUESTÃO EM TORNO DA PRESCRIÇÃO. PRETENSÃO RECURSAL EM MANIFESTO CONFRONTO COM A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL FIRMADA PELO STJ EM SEDE DE RECURSO REPETITIVO. [...]3. Somente pode ser exigido aquele crédito que já foi definitivamente constituído. Outrossim, não se pode confundir constituição definitiva do crédito tributário (art. 145, caput do CTN) com imutabilidade do mesmo crédito (incisos I, II e III do mesmo art. 145 do CTN). Aplicando-se o princípio da actio nata, a constituição definitiva somada à faculdade de exigir (que pode se dar em momento posterior) marcam o termo a quo (inicial) da prescrição, a teor do disposto no art. 174 do CTN. **Sendo assim, no caso dos tributos sujeitos à constituição via DCTF ou documento equivalente, a prescrição tem o seu termo inicial na data da entrega da declaração ou na data do vencimento, considerando-se a data que for posterior, pois somente a partir desta data é que é possível o exercício do direito de ação por parte da Fazenda Nacional.** Esse entendimento foi confirmado pela Primeira Seção do STJ, nos autos do REsp 1.120.295/SP, julgado como recurso representativo da controvérsia,*

sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, na forma do art. 543-C do CPC (DJe de 21.5.2010). Portanto, incide na espécie a Súmula 83/STJ, enunciado sumular aplicável também aos recursos especiais fundados na alínea a do permissivo constitucional. (STJ, 2ª T., AgRg no REsp 1398316/PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, out. 2013) (grifo nosso)

Quanto ao tema, é preciso atentar para o fato de que a constituição definitiva do crédito tributário não ocorre apenas pelo lançamento, podendo ser realizada por outros mecanismos⁹⁰. Além do lançamento, a forma mais usual de constituição do crédito tributário ocorre quando o contribuinte declara o valor da obrigação, mas não realiza o seu pagamento, nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação. Sobre o assunto, há inclusive Súmula do Superior Tribunal de Justiça:

Súmula 436, STJ

A entrega de declaração pelo contribuinte reconhecendo débito fiscal constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do fisco. (Súmula 436, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/04/2010, DJe 13/05/2010)

Nesses casos, portanto, como o crédito foi constituído pela declaração, é desnecessário que, com relação ao valor declarado, o fisco proceda ao lançamento tributário, podendo desde logo efetuar a sua cobrança. Apenas com relação à eventual quantia omitida é que será necessária a realização do lançamento.

Assim, se contribuinte X fizer declaração de ajuste de IRPF que resulte na quantia a pagar de R\$ 15.000,00, mas não realizar o pagamento, pode o fisco imediatamente inscrever o crédito em dívida ativa e ingressar com a ação de execução fiscal, não sendo necessário o prévio lançamento tributário. **O prazo para realização da cobrança, portanto, é de natureza prescricional.**

Por outro lado, se o valor foi declarado apenas parcialmente é necessário o lançamento tributário com relação à quantia não informada. Retomando o nosso exemplo, seria o caso se o contribuinte X tivesse omitido rendimentos, que elevariam o valor do tributo de R\$ 15.000,00 para R\$ 20.000,00. Nessa circunstância, com relação aos R\$ 15.000,00 declarados, pode o fisco realizar a sua cobrança, sem a necessidade do lançamento, sendo **o prazo de natureza prescricional**. Com relação aos R\$ 5.000,00 que foram omitidos, no entanto, é necessário o prévio lançamento, sendo **o prazo de natureza decadencial**.

O parágrafo único do artigo 174 do Código Tributário Nacional traz as hipóteses que interrompem a prescrição:

Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Parágrafo único. A prescrição se interrompe:

I – pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal; (Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005)

II - pelo protesto judicial;

III - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

⁹⁰ Para mais detalhes, consultar o item 2.5.

IV - por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor.

Antes da Lei Complementar nº 118/2005, que alterou o **inciso I**, era a citação pessoal do devedor que interrompia a prescrição, e não o despacho citatório. Assim, o novo dispositivo se aplica tão somente para os fatos ocorridos após a sua vigência.

Quanto à interpretação do inciso I, o Superior Tribunal de Justiça entende como possível a sua aplicação em conjunto com o §1º do artigo 240 do CPC, para que a interrupção da prescrição retroaja à data de propositura da ação. O argumento central é o de que a parte não pode ser prejudicada pela demora imputável ao Poder Judiciário. Quanto ao tema, colacionamos o seguinte precedente:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO DE O FISCO COBRAR JUDICIALMENTE O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO CONSTITUÍDO POR ATO DE FORMALIZAÇÃO PRATICADO PELO CONTRIBUINTE (IN CASU, DECLARAÇÃO DE RENDIMENTOS). PAGAMENTO DO TRIBUTO DECLARADO. INOCORRÊNCIA. TERMO INICIAL. VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA DECLARADA. PECULIARIDADE: DECLARAÇÃO DE RENDIMENTOS QUE NÃO PREVÊ DATA POSTERIOR DE VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL, UMA VEZ JÁ DECORRIDO O PRAZO PARA PAGAMENTO. CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL A PARTIR DA DATA DA ENTREGA DA DECLARAÇÃO. [...]

14. O Codex Processual, no § 1º, do artigo 219, estabelece que a interrupção da prescrição, pela citação, retroage à data da propositura da ação, o que, na seara tributária, após as alterações promovidas pela Lei Complementar 118/2005, conduz ao entendimento de que o marco interruptivo atinente à prolação do despacho que ordena a citação do executado retroage à data do ajuizamento do feito executivo, a qual deve ser empreendida no prazo prescricional.

[...]

(REsp 1120295/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/05/2010, DJe 21/05/2010)

Se, no entanto, a demora for imputável à Fazenda Pública, não se aplica o benefício do §1º do artigo 240 do CPC:

EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 106/STJ RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM... 3. Nos presentes autos, o Tribunal de origem, que é soberano no exame de matéria fática, afastou a Súmula 106/STJ por considerar que a demora na citação não pode ser imputada ao Poder Judiciário. Manteve, assim, a sentença na qual o juiz da causa afastara a Súmula 106/STJ imputando culpa à exequente por sua inércia. Portanto, não é possível alterar--se a conclusão das instâncias ordinárias quanto à responsabilidade pela demora na citação [...] (STJ, 2ª T., REsp 1394738/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, out. 2013)

O **inciso II** determina que o protesto judicial interrompe a prescrição. Atualmente, o protesto judicial é realizado segundo o rito previsto para a notificação e interpelação judicial, conforme dispõe artigo 726, §2º, do CPC.

O **inciso III** traz como hipótese de interrupção do prazo prescricional “qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor” e o **inciso IV** “qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor”.

Exemplo de aplicação do último dispositivo ocorre quando o sujeito passivo adere a parcelamento tributário, conduta que equivale ao reconhecimento da existência do débito. Interrompida a prescrição, o prazo volta a ser contado do zero, e não transcorre até que o parcelamento seja rescindido, em razão de a adesão ao parcelamento implicar na suspensão do crédito tributário, a teor do que dispõe o artigo 151, inciso VI, do CTN.

Nesse sentido, citamos o seguinte precedente:

TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO. ADESÃO A PROGRAMA DE PARCELAMENTO. INTERRUÇÃO. SÚMULA 7 DO STJ. O Superior Tribunal firmou orientação jurisprudencial no sentido de que a adesão a programa de parcelamento de crédito fiscal ou o seu mero requerimento, mesmo que indeferido o pedido, são causas de interrupção da contagem do prazo prescricional, por configurarem inequívoca confissão extrajudicial do débito, nos termos do art. 174, parágrafo único, IV, do CTN. [...] (AgInt no AREsp 954.491/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/02/2018, DJe 15/03/2018)

DIREITO AMBIENTAL

CONCEITO AMPLIADO DE DIREITO AMBIENTAL:

MEIO AMBIENTE = MEIO AMBIENTE NATURAL + MEIO AMBIENTE ARTIFICIAL
+ MEIO AMBIENTE CULTURAL + MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

Meio ambiente natural: o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e reage a vida em todas as suas formas (artigo 225 da CF);

Meio ambiente artificial: o conjunto do espaço urbano construído, compreendendo tanto as edificações (espaço urbano fechado) quanto os equipamentos públicos (espaço urbano aberto). Decorre diretamente da intervenção humana (artigos 182 e 183 da CF e Estatuto da Cidade);

Meio ambiente cultural: constitui o patrimônio cultural brasileiro, nele compreendido o patrimônio artístico, paisagístico, arqueológico, histórico e turístico (formas de expressão, modos de criar, fazer e viver, criações científicas, obras culturais, sítios arqueológicos, etc.). É produzido pelo homem, mas diferencia-se do meio ambiente artificial pela especial relação que possui para uma determinada sociedade (artigo 216 da CF), servindo como fator de coesão e identidade de um povo;

Meio ambiente do trabalho: o local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais, sejam remuneradas ou não, cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade física e mental do trabalhador. Um meio ambiente do trabalho equilibrado é essencial, portanto, para a concretização da dignidade da pessoa humana nas relações de trabalho (artigos 7º, e 170 da CF, além da CLT).

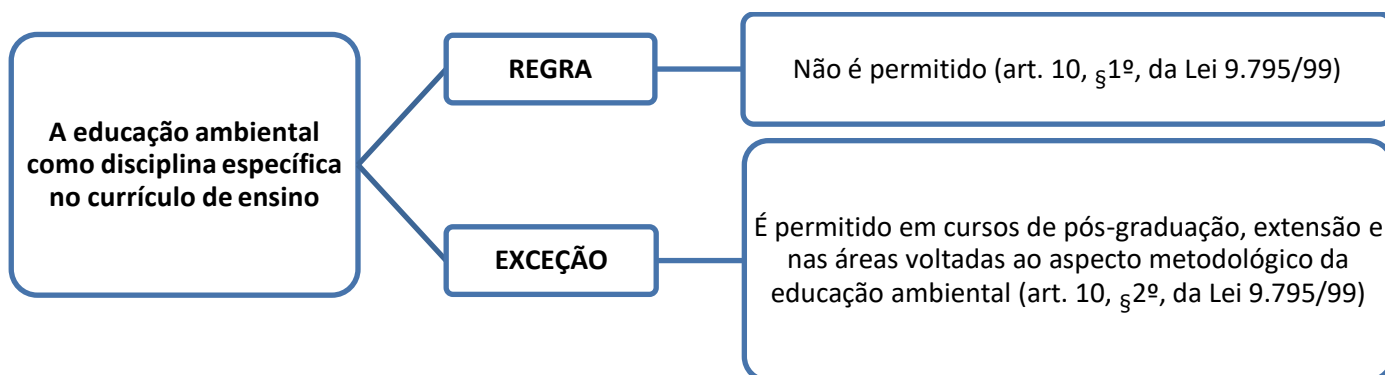
PRINCÍPIOS DO DIREITO AMBIENTAL MAIS COBRADOS EM PROVAS:

• **Princípio do desenvolvimento sustentável:** O conceito de desenvolvimento sustentável engloba três elementos essenciais e indissociáveis, quais sejam: crescimento econômico, igualdade social e proteção do meio ambiente. A Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento conceitua o desenvolvimento sustentável como “O desenvolvimento que procura satisfazer as necessidades da geração atual, sem comprometer a capacidade das gerações futuras e satisfazerem as suas próprias necessidades”. As sociedades que buscam o desenvolvimento sustentável têm que conciliar o aumento de riquezas com a sua justa distribuição, sem perder de vista a preservação do meio ambiente. Essa é a essência do desenvolvimento sustentável. A maximização dos lucros, tão perseguida no capitalismo, tem que se adequar à necessidade premente de preservação do meio ambiente. A Carta Magna, em seu artigo 170, exige referida compatibilização ao informar que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social e observado, entre outros, o princípio da defesa do meio ambiente. Qualquer atividade que desborde desta diretriz está em desacordo com a Constituição Federal e deverá ser considerada, portanto, contrária ao ordenamento jurídico. O princípio do desenvolvimento sustentável foi o centro de toda a discussão da Rio-92.

• **Princípio da função ambiental da posse e da propriedade:** Por meio deste princípio a posse e a propriedade devem se amoldar, de forma que o seu exercício não cause danos ao meio ambiente. Sua aplicação traz ao possuidor/proprietário um conjunto de deveres (obrigação real ou propter rem) ligados à defesa do meio ambiente. Em consequência, nasce para a coletividade e para o Poder Público o direito de exigir que o possuidor/proprietário exerça seu direito de posse/propriedade dentro de limites que garantam a preservação do meio ambiente. Podemos dizer, enfim, que o princípio em tela serve como um limitador/balizador do direito de posse/propriedade, gerando para seu titular o dever de exercer seu direito sem que tal exercício gere danos ao meio ambiente. Portanto, o direito de posse/propriedade não é absoluto, mas deve ser compatibilizado com a preservação do ecossistema. Nessa toada, caso o exercício da posse/propriedade cause danos ao meio ambiente, tal exercício mostra-se abusivo, e, portanto, ilegal, devendo ser responsabilizado não só o causador do dano, mas também o possuidor/proprietário, já que a obrigação acompanha a coisa (natureza real ou propter rem). A função ambiental da posse/propriedade requer do titular do direito não apenas atos negativos (como de não poluir, não desmatar, não pescar determinados tipos de peixes, etc.), mas principalmente atos positivos, no sentido de prevenir a ocorrência do dano ambiental (adoção de coleta seletiva do lixo, colocação de filtros para evitar a poluição do ar, criação de programas de educação ambiental, etc.). Onde houver um desequilíbrio ambiental, nasce para o possuidor/proprietário do bem o dever de trazer de volta o equilíbrio perdido, seja por meio de atos negativos (de abstenção), seja por meio de atos positivos (de ação). A adoção do princípio reflete o movimento de constitucionalização do direito de posse/propriedade, de modo que haja uma releitura de tais institutos em conformidade com as balizas constitucionais, devendo ser respeitada a diretriz de manutenção e garantia do equilíbrio ambiental. As limitações trazidas pela adoção do princípio da função ambiental da posse/propriedade não geram, em regra, direito a indenização, haja vista tratar-se apenas de limitação constitucional do direito. Só caberá indenização

ao titular do direito caso a limitação seja de tal monta que chegue ao ponto de aniquilar seu núcleo essencial.

• **Princípio da participação:** Decorre do princípio democrático, e consiste no direito-dever de todos de fazer parte da condução do Estado, seja direta ou indiretamente. Segundo Paulo Affonso Lemes Machado, “participar significa que a opinião de uma pessoa pode ser levada em conta”. E a razão é simples: o titular de todo o poder é o povo (art. 1º, parágrafo único da CF/88). Portanto, nada mais justo que o titular do direito participar dos processos decisórios da nação. O Art. 225 da Carta Magna é claro ao prescrever que é dever do Poder Público e da coletividade defender e garantir o meio ambiente equilibrado. E tal garantia só será eficaz através da participação constante de cada pessoa, num esforço conjunto de preservação do meio ambiente. Referida participação se dará através de atos positivos (conscientização ambiental, destinação adequada do lixo, implementação de medidas de proteção ambiental, etc.) ou negativos (proibição de poluir os rios, proibição de caçar determinados animais, etc.). A base para a pavimentação do princípio da participação passa necessariamente pela observância da informação ambiental e da própria educação ambiental. O cidadão só poderá participar efetivamente dos processos decisórios caso tenha acesso às informações relacionadas ao tema. Enfim, a informação aliada a uma educação ambiental abrangente são requisitos necessários para a formação de uma consciência ambiental que mune o cidadão de um juízo de valor crítico que o leva a refletir e debater o meio ambiente como condição essencial para a vida, tornando-o apto a participar efetivamente dos processos decisórios. É a chamada “democracia participativa ecológica”.



• **Princípio da prevenção:** Visa impedir a ocorrência do dano ambiental, através da adoção de medidas de cautela antes da execução de atividades potencialmente poluidoras ou utilizadoras de recursos naturais. Aplica-se o princípio da prevenção naqueles casos em que os riscos já são conhecidos e previstos, de modo a se exigir do responsável pela atividade potencialmente poluidora a adoção de medidas que impeçam ou diminuam os danos ambientais.

• **Princípio da precaução:** Visa impedir a ocorrência de danos potenciais que, de acordo com o atual estágio do conhecimento, não podem ser identificados. Portanto, ainda não há certeza científica acerca dos potenciais danos causados por uma atividade, por isso tal atividade deve ser evitada. Não confundir com o princípio da prevenção. Lá, os riscos já são conhecidos, e, portanto, podem ser evitados com a adoção de certas medidas. Aqui, como os riscos não são conhecidos, a atividade não pode ser exercida, sob pena de se colocar em perigo o meio ambiente.

• **Princípio do poluidor-pagador e do usuário/pagador:** Surgiu oficialmente por intermédio da OCDE, em 1972, significando que o poluidor ou usuário de recursos naturais deverá arcar com os custos das medidas de prevenção e controle da poluição (internalização dos custos ambientais). O fornecedor, portanto, está obrigado a levar em consideração no preço final de seu produto os custos necessários para a preservação do meio ambiente; do mesmo modo, o usuário de recursos naturais deverá “adequar as práticas de consumo ao uso racional e sustentável dos mesmos [recursos naturais], bem como à ampliação do uso de tecnologias limpas no âmbito dos produtos e serviços de consumo, a exigência de certificação ambiental dos produtos e serviços etc.”. A linha de raciocínio dos referidos princípios (poluidor-pagador e usuário-pagador) passa pela responsabilização jurídica e econômica do poluidor e do usuário de recursos naturais pelos danos causados ao meio ambiente, a fim de que a sociedade seja desonerada desse ônus. É a chamada internalização das externalidades negativas ambientais. Importante ressaltar que o fundamento do princípio do usuário-pagador não é a poluição do meio ambiente, mas sim o uso de bens naturais que pertencem a todos (já que o bem ambiental é bem de uso comum do povo). Portanto, ao usufruir de recursos naturais o usuário estará “pegando emprestado” um bem que pertence a outras pessoas, devendo pagar por isso.

• **Princípio da responsabilização:** Quando a prevenção do meio ambiente falha, e não raro isso acontece, entra em cena o princípio da responsabilização, que imputa ao responsável pela degradação ambiental a obrigação de reparar o dano causado, a fim de que, na medida do possível, tente-se levar o ecossistema ao status quo ante (condição anterior de equilíbrio). E a rapidez na resposta à degradação ambiental é fator essencial para a eficácia da reparação pretendida. A responsabilização serve, ainda, como importante fator de prevenção de futuros danos, ante seu caráter pedagógico. Ante a independência das esferas penal, civil e administrativa, é possível que um mesmo fato jurídico receba as respectivas sanções (penal, civil e administrativa), sem que se fale em bis in idem, pois as normas jurídicas infringidas são diversas. O próprio artigo 225, §3º, da Constituição Federal, prescreve de forma incisiva: “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

O ABANDONO DA TEORIA DA DUPLA IMPUTAÇÃO PELA TEORIA DA RESPONSABILIDADE INDIVIDUALIZADA OU APARTADA

O STJ possuía entendimento que condicionava a responsabilização penal da pessoa jurídica à responsabilização da pessoa física (dupla imputação), ou seja, a PJ só poderia ser responsabilizada caso a PF que executou o ato típico também o fosse. Ocorre que, após o STF afirmar que a Constituição Federal não condiciona a responsabilização da PJ à responsabilização da PF, o STJ modificou seu posicionamento. Portanto, o entendimento predominante tanto no STF quanto no STJ é de que não há necessidade da dupla imputação, ou seja, a PJ pode ser responsabilizada criminalmente independentemente da PF ter sido ou não responsabilizada. Conferir Informativo STJ nº 566.

COMPETÊNCIA EM MATÉRIA AMBIENTAL

Vamos começar pela competência legislativa, ou seja, a competência para editar atos normativos. A competência legislativa em matéria de meio ambiente é CONCORRENTE, ou seja, cabe a União, Estados e Distrito Federal legislar sobre a matéria. É o que preconiza o art. 24, VI e VIII, da CF/88. Mas o que isso significa? Simples: que a União deverá editar as normas gerais, e os Estados e DF irão suplementar tais normas. E se a União se omitir em editar essas normas gerais, o que acontece? Neste caso específico os Estados e o DF poderão exercer a competência legislativa plena (poderão editar normas gerais para aplicação em seus respectivos territórios). Mas atenção: sobrevindo, posteriormente, lei federal sobre normas gerais a eficácia da lei estadual ficará suspensa naquilo que lhe for contrário. Já os Municípios poderão suplementar a legislação Federal e Estadual, no que couber.

A competência administrativa em matéria ambiental é do tipo COMUM, CUMULATIVA ou PARALELA, ou seja, tanto a União, quanto os Estados e os Municípios podem tratar da mesma matéria em igualdade de condições. A atuação de um ente não exclui a atuação de outro ente em matéria ambiental (a atuação pode ser cumulativa). É o que prescreve o art. 23, VI e VII, da CF/88.

PRINCIPAIS INSTRUMENTOS DA POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE

I – o estabelecimento de padrões de qualidade ambiental;

O controle e a prevenção do meio ambiente requerem o estabelecimento de padrões mínimos de qualidade ambiental, que reflitam o estado ambiental de determinado recurso natural.

Estes padrões de qualidade são fixados pelo CONAMA, órgão que detém a competência legal e técnica para tanto, conforme preconiza o art. 8º, VI e VII da Lei 6.938/81.

Os padrões de qualidade ambiental servem como parâmetros dentro dos quais a Administração Pública deve nortear sua atividade, estabelecendo metas e objetivos, bem como servem de marco para que a sociedade fiscalize o cumprimento de tais metas. O próprio conceito de poluição leva em conta o lançamento de matérias ou energia **em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos**.

O estabelecimento de padrões de qualidade ambiental propicia, ainda, previsibilidade aos agentes econômicos quanto à viabilidade do empreendimento, gerando segurança jurídica.

II – o zoneamento ambiental;

A preservação do meio ambiente não pode abrir mão de uma política adequada e racional de ocupação e distribuição do uso do solo, haja vista que ele [o meio ambiente] é sensivelmente afetado pela maneira como a população humana ocupa e usa o espaço territorial.



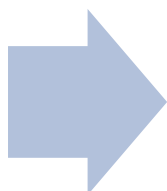
O zoneamento ambiental, também chamado de **Zoneamento Ecológico-Econômico – ZEE**, é um instrumento de planejamento territorial, no qual se busca viabilizar o desenvolvimento sustentável através da delimitação de áreas (zonas) ambientais e atribuições de uso e atividades específicas compatíveis com as características (potencialidades e restrições) de cada uma delas.

O Decreto nº 4.297/2002 regulamenta o ZEE. O artigo 2º conceitua-o como sendo o ***“instrumento de organização do território a ser obrigatoriamente seguido na implantação de planos, obras e atividades públicas e privadas, estabelece medidas e padrões de proteção ambiental destinados a assegurar a qualidade ambiental, dos recursos hídricos e do solo e a conservação da biodiversidade, garantindo o desenvolvimento sustentável e a melhoria das condições de vida da população”***.



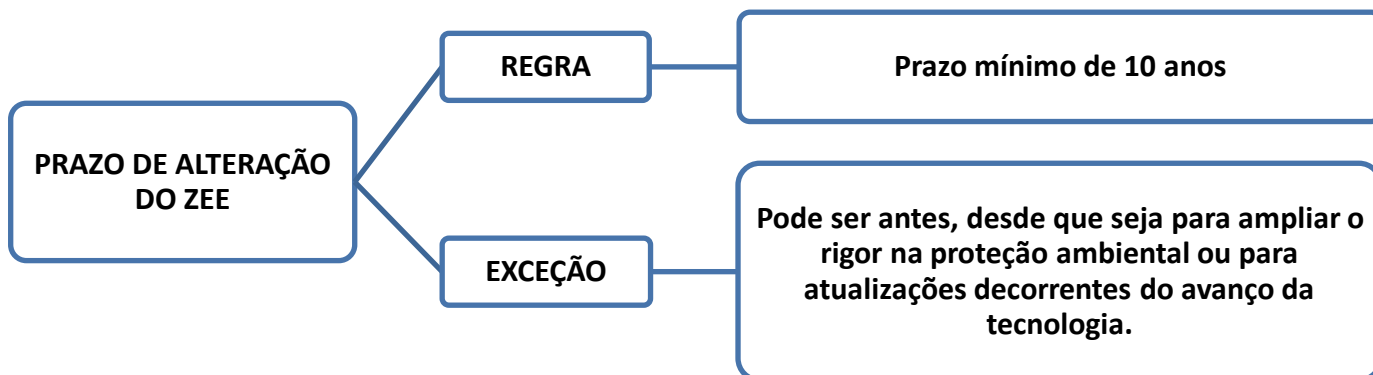
- O zoneamento ambiental (ZEE) não poderá se sobrepor ao Plano Diretor ou às leis de ordenamento territorial do Município, pois visa apenas estabelecer normas gerais, diretrizes e objetivos a serem perseguidos pelo administrador.

CONTEÚDO DO
ZEE



O ZEE dividirá o território em zonas, de acordo com as necessidades de proteção, conservação e recuperação dos recursos naturais e do desenvolvimento sustentável. A instituição de zonas orientar-se-á pelos princípios da utilidade e da simplicidade, de modo a facilitar a implementação de seus limites e restrições pelo Poder Público, bem como sua compreensão pelos cidadãos.

Em relação ao tempo mínimo para se alterar o ZEE o artigo 19 do referido Decreto regulamentador impõe:



III – a avaliação de impactos ambientais;

A avaliação de impactos ambientais (AIA) é importante instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente “*que permite avaliar a qualidade e a quantidade de impacto ambiental a ser causado por uma obra ou empreendimento, a partir de uma série de procedimentos, como diagnóstico, análises de risco, proposta de mitigação, de forma que se possam antever as consequências de uma dada atividade*”⁹¹.

Essa avaliação é materializada através de estudos ambientais, dentre os quais destacamos o Estudo de Impacto Ambiental (EIA). Podemos dizer, portanto, que os estudos ambientais servem de apoio técnico e científico para as avaliações de impacto ambiental.



- O Estudo de Impacto Ambiental (EIA) é uma espécie do gênero Avaliação de Impacto Ambiental (AIA)

IV – o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras;

O **licenciamento ambiental** é um procedimento administrativo mediante o qual o órgão ambiental competente autoriza a exploração de atividades e empreendimentos utilizadores de recursos naturais, e que podem causar degradação ambiental. Ao final do procedimento, poderá resultar o ato administrativo de **licença**, no qual o órgão ambiental estabelecerá as condições, as restrições e as medidas de controle ambiental que deverão ser adotadas pelo interessado.

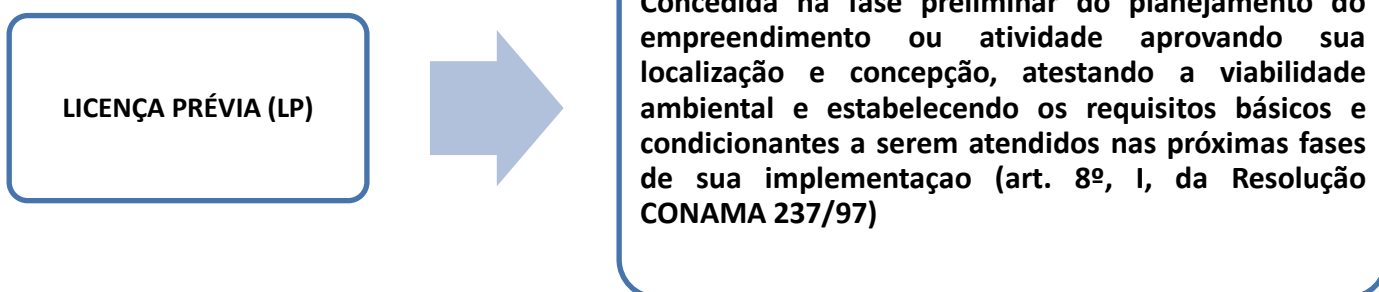
Licenciamento ambiental	X	Licença ambiental
Procedimento administrativo		Ato administrativo

⁹¹ Rodrigues, Marcelo Abelha. Direito Ambiental Esquematizado. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015 p. 638.

<p>o procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras, ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso. (Artigo 1º, I, da Resolução CONAMA 237/97)</p>	<p>o procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente estabelece as condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor, pessoa física ou jurídica, para localizar, instalar, ampliar e operar empreendimentos ou atividades utilizadoras dos recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou aquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental. (Artigo 1º, II, da Resolução CONAMA 237/97)</p>
---	--

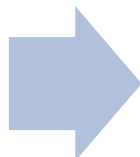
Importante frisar que o **Estudo de Impacto Ambiental (EIA)** só é exigido em licenciamentos de atividades que causem **significativo impacto ambiental**, conforme prevê o art. 225, §1º, IV, da CF/88 c/c art. 3º da Resolução CONAMA 237/97.

Com o fim de aumentar a eficiência do procedimento de licenciamento ambiental o legislador o dividiu em 03 (três) espécies distintas, a saber:



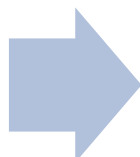
⁹² Rodrigues, Marcelo Abelha. Direito Ambiental Esquematizado. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015 p. 643.

LICENÇA DE INSTALAÇÃO
(LI)



Autoriza a instalação do empreendimento ou atividade de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes, da qual constituem motivo determinante (art. 8º, II, da Resolução CONAMA 237/97)

LICENÇA DE OPERAÇÃO
(LO)



Autoriza a operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta das licenças anteriores, com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinados para a operação (art. 8º, III, da Resolução CONAMA 237/97)

Os **prazos máximos de validade da LP, LI e LP** estão previstos no artigo 18 da Resolução CONAMA 237/97, e são:

I - O prazo de validade da Licença Prévia (LP) deverá ser, no mínimo, o estabelecido pelo cronograma de elaboração dos planos, programas e projetos relativos ao empreendimento ou atividade, não podendo ser superior a 5 (cinco) anos.

II - O prazo de validade da Licença de Instalação (LI) deverá ser, no mínimo, o estabelecido pelo cronograma de instalação do empreendimento ou atividade, não podendo ser superior a 6 (seis) anos.

III - O prazo de validade da Licença de Operação (LO) deverá considerar os planos de controle ambiental e será de, no mínimo, 4 (quatro) anos e, no máximo, 10 (dez) anos.

A **modificação, suspensão ou cancelamento** de uma licença ambiental deverá ocorrer levando em conta as mudanças observadas no meio ambiente afetado pelo empreendimento objeto da licença,

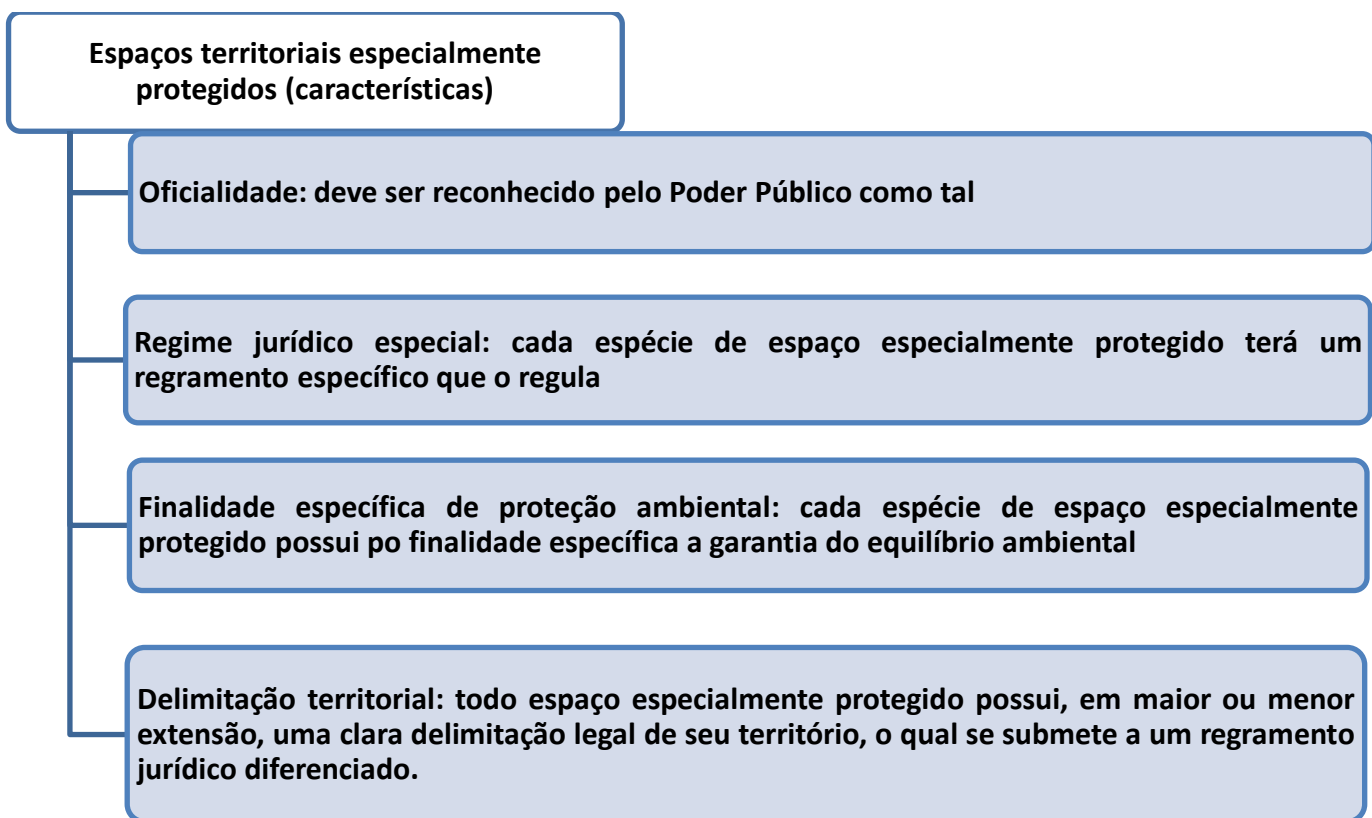
haja vista que o ecossistema varia conforme o tempo e a interação da atividade humana. Outros fatores podem servir de fundamento para a alteração da licença, tais como o avanço tecnológico, fatos novos, o erro na prestação de informações. Enfim, a licença ambiental deverá adequar-se às mudanças ocorridas no ecossistema. É o que preconiza o artigo 19 da Resolução CONAMA 237/97.

V – a criação de espaços territoriais especialmente protegidos pelo Poder Público federal, estadual e municipal, tais como áreas de proteção ambiental, de relevante interesse ecológico e reservas extrativistas;

Este inciso corrobora a determinação contida no artigo 225, §1º, III, da Constituição Federal, que impõe ao Poder Público a incumbência de definir **espaços especialmente protegidos**.

A criação de espaços especialmente protegidos, como as unidades de conservação, áreas de preservação permanente, reserva legal, jardins botânicos, dentre outros, se constitui como instrumento fundamental na preservação do meio ambiente, haja vista que leva em conta as características e especificidades de cada espaço, aumentando a eficiência da tutela ambiental.

Esses espaços especialmente protegidos serão estudados em aula própria, mas podemos adiantar que todos eles possuem as seguintes características⁹³:

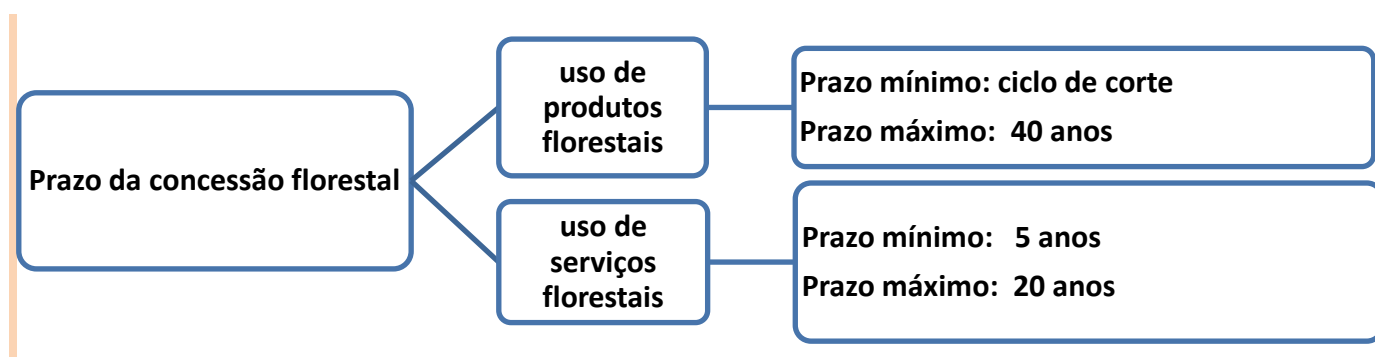


⁹³ ⁹³ Rodrigues, Marcelo Abelha. Direito Ambiental Esquematizado. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015 p. 665.

VI– instrumentos econômicos, como concessão florestal, servidão ambiental, seguro ambiental e outros;

Os instrumentos econômicos podem ser definidos como um conjunto de medidas estatais na área econômica com o objetivo de estimular condutas voltadas para a redução da degradação ambiental. Dentre estes podemos destacar a concessão florestal, a servidão ambiental e o seguro ambiental.

Concessão Florestal: é contrato de concessão firmado entre entes políticos e pessoas jurídicas, precedido de licitação na modalidade **concorrência**, em que se transfere ao concessionário o direito de explorar, de forma sustentável, os recursos florestais ou serviços florestais (como o turismo) por tempo determinado. É regulado pela Lei 11.284/2006, em seu Capítulo IV. Poderá haver concessão de florestas públicas ou de floresta nacional, distrital, estadual ou municipal (tipo de unidade de conservação). Essa administração da floresta para fins comerciais, sociais ou ambientais é o que a lei chama de “*manejo florestal sustentável*”. A concessão não transfere a titularidade imobiliária, apenas o direito de uso dos recursos florestais.



Servidão Ambiental: está regulada no artigo 9º-A da Lei 6.938/81 e é uma espécie de servidão administrativa, na qual o proprietário rural (pessoa física ou jurídica) voluntariamente renuncia, em caráter permanente ou temporário, total ou parcialmente, a direito de uso, exploração ou supressão de recursos naturais existentes em seu domínio. Poderá ser onerosa ou gratuita e o seu aperfeiçoamento se dá com a **averbação** no cartório de registro de imóveis, sendo vedada, durante o período da servidão, a alteração da destinação da área, mesmo que haja transmissão de propriedade, desmembramento ou retificação de limites.

O prazo mínimo da servidão ambiental temporário é de **15 anos** e não poderá ser instituída em área de preservação permanente e de reserva legal, e a limitação não poderá ser menor do que aquela existente na reserva legal.



- Por ser espécie de servidão administrativa, a servidão ambiental possui natureza de direito real sobre coisa alheia.

Seguro Ambiental: é um instrumento que visa garantir a reparação dos danos ambientais causados, materializando o princípio da responsabilização. Constitui um contrato mediante o qual uma das partes (o segurador) se compromete a ressarcir terceiros, inclusive o Estado, pelos danos ambientais causados pela outra parte (o segurado). Normalmente as seguradoras exigem dos segurados um forte sistema de controle de danos ambientais, a fim de evitar acidentes ambientais ou, ao menos, minimizar seus efeitos.

SISTEMA NACIONAL DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO

O Sistema Nacional de Unidade de Conservação da Natureza – SNUC é o conjunto de diretrizes e procedimentos que permite à Administração Pública federal, estadual e municipal, além da iniciativa privada, a criação, implantação e gestão de espaços protegidos denominados Unidades de Conservação – UC, com vista a uma proteção ambiental mais eficiente. O grande objetivo do SNUC foi criar uma rede integrada de Unidades de Conservação, em que são levadas em conta as peculiaridades de cada espaço, de forma a garantir a diversidade biológica, a pesquisa científica, o desenvolvimento sustentável e a proteção das populações tradicionais. O SNUC foi instituído pela Lei 9.985/2000, e regulamentado pelo Decreto 4.340/2002.

O SNUC possui **estrutura federativa**, já que é gerido por todos os entes políticos (União, Estados, DF e Municípios) e está organizado da seguinte forma (artigo 6º da Lei 9.985/2000):



O SNUC é composto, basicamente, de **02 grandes grupos de Unidades de Conservação**, e cada grupo é composto por categorias de Unidades de Conservação, a saber (artigos 7º, 8º e 14 da Lei 9.985/2000):

I – Unidades de Proteção Integral (cujo objetivo principal é preservar a natureza, sendo admitido apenas o uso **indireto** dos recursos naturais, excetuados os casos previstos em lei), composto de:

- a) Estação Ecológica;
- b) Reserva Biológica;
- c) Parque Nacional (estadual e municipal);
- d) Monumento Natural; e
- e) Refúgio da Vida silvestre.

II – Unidades de Uso Sustentável (cujo objetivo principal é compatibilizar a conservação da natureza com o uso sustentável de parcela dos recursos naturais), composto de:

- a) Área de Proteção Ambiental;

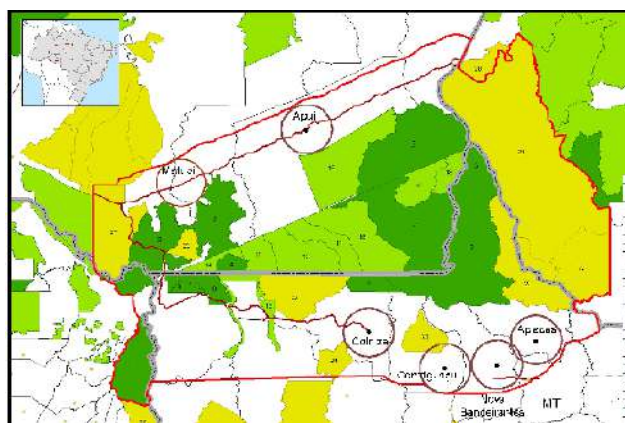
- b) Área de Relevante Interesse Ecológico;
- c) Floresta Nacional (estadual e municipal);
- d) Reserva Extrativista;
- e) Reserva de Fauna;
- f) Reserva de Desenvolvimento Sustentável; e
- g) Reserva Particular do Patrimônio Natural.

A **zona de amortecimento** se constitui em área no entorno de uma unidade de conservação, onde as atividades humanas estarão sujeitas a limitações visando minimizar os impactos negativos sobre a unidade. Todas as unidades de conservação deverão possuir a respectiva zona de amortecimento, com exceção da Área de Proteção Ambiental e da Reserva Particular do Patrimônio Nacional.



Já a existência de **corredores ecológicos** ligando unidades de conservação dependerá da conveniência em cada caso (não é obrigatório).

O uso e a ocupação dos recursos naturais existentes na zona de amortecimento ou no corredor ecológico e a própria limitação destes [zona de amortecimento e corredor ecológico] serão disciplinados pelo órgão gestor de cada unidade no ato de criação ou posteriormente.



O conjunto de unidades de conservação próximas, justapostas ou sobrepostas e outras áreas protegidas, públicas ou privadas, formam o que a Lei do SNUC dá o nome de "**MOSAICO**", que nasce formalmente após o reconhecimento por meio de ato do Ministério do Meio Ambiente (portaria), a pedido dos órgãos gestores das unidades de conservação. Este Mosaico será gerido por um **Conselho de Mosaico**, que terá caráter consultivo e será responsável pela gestão integrada. O Mosaico se constitui como importante instrumento de gestão ambiental (ordenamento do território), de modo a compatibilizar a biodiversidade, a valorização da sociodiversidade e o desenvolvimento sustentável no contexto regional.

Todas as Unidades de Conservação devem possuir seu respectivo **Plano de Manejo**, que deverá ser elaborado no prazo de **5 anos** a partir da data de sua criação, e abrangerá a área da Unidade de Conservação, sua zona de amortecimento (se houver) e os **corredores ecológicos** (se houver), e deve

prever as medidas necessárias para a integração socioeconômica da unidade com as comunidades vizinhas (artigo 27, caput, §1º e §3º da Lei do SNUC).

COMPENSAÇÃO AMBIENTAL

A **compensação ambiental** se constitui como um importante mecanismo financeiro de reparação pelos efeitos danosos **não mitigáveis (não contornáveis)** no meio ambiente causados pela implantação de obras/atividades de significativo impacto ambiental, e verificados no momento do licenciamento ambiental, através do EIA/RIMA.

E como se materializa, na prática, a compensação ambiental? A compensação ambiental se dará através do pagamento de uma quantia (porcentagem sobre o valor total do empreendimento), pelo empreendedor, a ser apurada pelo órgão licenciador conforme o grau da degradação ambiental, e tal valor será destinado à implantação ou manutenção de unidades de conservação do grupo “**Proteção Integral**” ou do grupo “Uso Sustentável” quando uma de suas unidades for afetada pelo empreendimento. No âmbito federal esse valor é direcionado para o **fundo nacional de compensação ambiental**, que é gerido pela Caixa Econômica Federal.

O Decreto regulamentador da Lei do SNUC traz a previsão da criação, no âmbito dos órgãos licenciadores, de **câmaras de compensação ambiental**, que terá a incumbência de analisar e propor a aplicação da compensação ambiental.



Importante anotar que o STF, no julgamento da **ADI 3.378**, considerou constitucional o instituto da compensação ambiental, **mas declarou inconstitucional a fixação de um piso mínimo de 0,5% dos custos da obra para fins de compensação ambiental**, haja vista que referido valor deverá ser proporcional ao impacto ambiental.

A compensação ambiental densifica o **princípio do poluidor-pagador**, pois impõe ao agente poluidor a internalização das externalidades ambientais negativas, conforme vimos em aula passada. Portanto, antes do início da atividade que cause impacto ambiental o agente deverá assumir os custos necessários à proteção do meio ambiente.

A compensação ambiental deverá ser adimplida após a expedição do EIA/RIMA e antes da emissão da licença ambiental (deverá ser prévia ao dano).

Lembrando que, no licenciamento do empreendimento de significativo impacto ambiental, poderão haver impactos mitigáveis (contornáveis, neutralizáveis), caso em que não haverá necessidade da compensação ambiental (pois não há o que compensar) e impactos não mitigáveis (incontornáveis), caso em que deverá, obrigatoriamente, haver a compensação ambiental.

SISNAMA

A Lei 6.938/81, no bojo da Política Nacional do Meio Ambiente – PNMA, instituiu, em seu artigo 6º, o **Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA**. Mas o que é o SISNAMA? Qual a sua função? Quem o compõe? É isso que veremos agora!

O SISNAMA é **um conjunto integrado de órgãos e entidades da União, dos Estados, do DF, dos Territórios e dos Municípios que atuam, de forma articulada, na proteção do meio ambiente**. O grande objetivo desse Sistema é garantir uma maior proteção do meio ambiente através da atuação em conjunto dos diversos entes políticos e seus respectivos órgãos ambientais. Essa atuação articulada propicia uma maior eficiência na atuação do Estado e da sociedade no que se refere a tutela do meio ambiente.

O SISNAMA é inspirado na noção do federalismo de cooperação, que consiste em um modelo descentralizado de gestão, com o compartilhamento de atribuições constitucionais e cooperação entre os diversos entes federativos para sua efetiva implementação.

O SISNAMA é composto por órgãos e entidades da União, dos Estados, do DF e dos Municípios, e é estruturado da seguinte forma:



RESPONSABILIDADE EM MATÉRIA AMBIENTAL

RESPONSABILIDADE CIVIL	RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA	RESPONSABILIDADE PENAL
OBJETIVA	SUBJETIVA	SUBJETIVA
DEPENDE DA EXISTÊNCIA DO DANO	NÃO DEPENDE DA EXISTÊNCIA DO DANO	NÃO DEPENDE DA EXISTÊNCIA DO DANO
SOLIDÁRIA	PESSOAL	PESSOAL
PODE DECORRER DE ATO LÍCITO OU ILÍCITO	DECORRE DE ILÍCITO ADMINISTRATIVO	DECORRE DE ILÍCITO PENAL
PESSOA FÍSICA OU JURÍDICA	PESSOA FÍSICA OU JURÍDICA	PESSOA FÍSICA OU JURÍDICA
TEORIA DO RISCO INTEGRAL	TEORIA DA CULPABILIDADE	TEORIA DA CULPABILIDADE

TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA AMBIENTAL – TAC AMBIENTAL

O **Termo de Ajustamento de Conduta – TAC** surgiu no ordenamento jurídico como um instrumento alternativo (portanto, não obrigatório) de resolução de conflitos relacionados aos direitos coletivos, possibilitando a efetivação extrajudicial da proteção desses direitos, dentre os quais se insere o direito ao meio ambiente equilibrado. A grande vantagem do instituto é evitar a máquina judiciária, que é burocrática e já está abarrotada de processos, os quais se arrastam quase que eternamente, colocando em risco a efetividade da tutela jurisdicional.

O TAC foi prevista no artigo 5º, §6º da Lei da Ação Civil Pública (7.347/85), *in verbis*:


§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

O **Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental** é, portanto, **um título executivo extrajudicial lavrado pelos órgãos públicos (Ministério Público, União, Estados, DF, Municípios), após a**

realização de acordo entre o órgão público ambiental e o agente responsável pelo dano ambiental causado ou na iminência de ocorrer, onde este se compromete a ajustar seu comportamento, de modo a obedecer às exigências legais, com vistas a garantir a reparação integral e/ou a prevenção da degradação ambiental.

O TAC pode ser firmado **antes ou durante um processo judicial**, e, caso seja homologado pelo juiz, **torna-se um título executivo judicial**, nos termos do artigo 515, III do Código de Processo Civil.

LEGISLAÇÃO FLORESTAL

APP		RESERVA LEGAL
Prevista nos artigos 4º e 6º do Código Florestal		Prevista no artigo 12 do Código Florestal
Área urbana ou rural		Área rural
Exploração excepcional (interesse social, utilidade pública, intervenção eventual de baixo impacto ambiental)		Exploração apenas sob a forma de manejo florestal sustentável, sendo vedado o corte raso da vegetação
Instituição <i>ex lege</i> ou por meio de ato do Chefe do Poder Executivo		Instituição <i>ex lege</i> , mas a delimitação deve ser definida pelo órgão ambiental estadual e registrada no CAR
Delimitação ocorrerá nas medidas previstas em lei		Os percentuais mínimos são definidos em lei (80%, 35% e 20%)
Para o STF haverá indenização pelo valor da vegetação em caso de desapropriação		Para o STJ haverá indenização limitada pelo valor da vegetação em caso de desapropriação apenas em caso de existência de exploração via plano de manejo florestal

RECURSOS HÍDRICOS

A PNRH está fundada nos seguintes postulados (artigo 1º)

I – a água é um bem de domínio público;

As águas possuem natureza pública (bem de domínio público). Sob a Constituição de 1988 não restam dúvidas de que inexistem águas de propriedade particular no Brasil (artigos 20, III, VI e VIII e 26, I da CF/88). Portanto, ou serão da União ou dos Estados.

II – a água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico;

Devido ao ciclo hidrográfico a água é considerada como um recurso natural renovável, porém, é limitado, sendo dotado de economicidade, haja vista sua escassez e os custos ambientais para sua utilização.

III - em situações de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação de animais;

A legislação legitima uma ordem de preferência em caso de escassez de água. A prioridade não poderia ser outra que não o consumo humano. Em seguida a necessidade dos animais.

IV - a gestão dos recursos hídricos deve sempre proporcionar o uso múltiplo das águas;

A regra é que, em um regime regular de oferta de água, deve ser implementado o uso da água para as diferentes necessidades (consumo humano, consumo animal, atividade industrial, lazer, geração de energia, etc.).

V - a bacia hidrográfica é a unidade territorial para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos;

A bacia hidrográfica é o local para onde as águas destinadas a um curso d'água maior convergem (vários rios menores convergem para um rio principal, maior, formando uma bacia hidrográfica). É sobre essa área que os órgãos e entidades voltadas para a gestão dos recursos hídricos irão pautar suas atuações. A resolução 32/2003 do Conselho Nacional de Recursos Hídricos conceituou **Região Hidrográfica** como a bacia, o conjunto de bacias, grupos de bacias ou de sub-bacias hidrográficas próximas, com características naturais, sociais ou econômicas similares, visando ajudar no planejamento e no gerenciamento dos recursos hídricos.

VI - a gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades.

A gestão dos recursos hídricos no país é **tripartite** (Poder Público, usuários e comunidades), em atenção ao **princípio da participação**, decorrência lógica do princípio democrático.

ESTÃO SUJEITOS À OUTORGA

I - derivação ou captação de parcela da água existente em um corpo de água para consumo final, inclusive abastecimento público, ou insumo de processo produtivo;

II - extração de água de aquífero subterrâneo para consumo final ou insumo de processo produtivo;

III - lançamento em corpo de água de esgotos e demais resíduos líquidos ou gasosos, tratados ou não, com o fim de sua diluição, transporte ou disposição final;

IV - aproveitamento dos potenciais hidrelétricos;

V - outros usos que alterem o regime, a quantidade ou a qualidade da água existente em um corpo de água.

NÃO ESTÃO SUJEITOS À OUTORGA

I - o uso de recursos hídricos para a satisfação das necessidades de pequenos núcleos populacionais, distribuídos no meio rural;

II - as derivações, captações e lançamentos considerados insignificantes;

III - as acumulações de volumes de água consideradas insignificantes.

BIOSSEGURANÇA E OGM

A **Biossegurança**, no contexto que vamos estudar, está relacionada ao conjunto de mecanismos de segurança e fiscalização a serem adotados em relação aos organismos geneticamente modificados

– OGM's e seus derivados. O tema é regulado pela Lei nº 11.105/2005, também chamada de Lei da Biossegurança. A publicação desta lei se deu como decorrência necessária do avanço tecnológico e da necessidade de se adaptar a esse novo cenário. O objetivo primordial da Lei de Biossegurança é estimular o avanço científico na área da biossegurança e da biotecnologia, protegendo a vida e a saúde humana, dos animais e das plantas, bem como do meio ambiente (artigo 1º).

Referida lei trata, desde logo, de diferenciar atividade de pesquisa de atividade de uso comercial dos OGM's (artigo 1º, §1º e §2º).

ATIVIDADE DE PESQUISA	ATIVIDADE DE USO COMERCIAL
<p>Considera-se atividade de pesquisa a realizada em laboratório, regime de contenção ou campo, como parte do processo de obtenção de OGM e seus derivados ou de avaliação da biossegurança de OGM e seus derivados, o que engloba, no âmbito experimental, a construção, o cultivo, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a liberação no meio ambiente e o descarte de OGM e seus derivados.</p>	<p>Considera-se atividade de uso comercial de OGM e seus derivados a que não se enquadra como atividade de pesquisa, e que trata do cultivo, da produção, da manipulação, do transporte, da transferência, da comercialização, da importação, da exportação, do armazenamento, do consumo, da liberação e do descarte de OGM e seus derivados para fins comerciais.</p>



- A fecundação *in vitro*, também chamada de "bebê de proveta", é uma técnica artificial de reprodução assistida, em que, num ambiente laboratorial, são colocados espermatozoides e óvulos em contato para que haja a fecundação. Caso haja sucesso, o embrião é introduzido, posteriormente, na cavidade uterina, seguindo-se normalmente com a gestação. Esse embrião não é considerado OGM, pois não há modificação do material genético!!!

A manipulação dos OGM's **é restrita às entidades de direito público ou privado**, e desde que autorizado pela Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, sendo **vedada sua utilização por pessoa física (de forma autônoma e independente)**.

O **uso terapêutico** das células-tronco consiste na possibilidade destas células de se diferenciarem, formando outros tecidos corporais, tais como ossos, nervos, músculos, sangue. Esses novos tecidos são utilizados para recuperar tecidos já danificados por patologias, por exemplo.

As células-tronco são encontradas em células embrionárias, no cordão umbilical, na medula óssea, no sangue, no fígado, na placenta e no líquido amniótico.

A Lei 11.105/05 permite o uso, para fins de pesquisa e terapia, das células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento. Mas são necessários alguns requisitos, quais sejam:

a) Sejam embriões inviáveis;

b) Caso sejam viáveis, que sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação da Lei 11.105/05, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento

Em qualquer dos casos acima é necessário o consentimento dos genitores, e é proibida a comercialização desse material (inclusive tal conduta é tipificada como crime – artigo 15 da Lei 9.434/97).

O artigo 6º da Lei 11.105/05 **proíbe** uma série condutas ligadas ao manejo dos organismos geneticamente modificados – OGM's. São eles:



Implementação de projeto relativo a OGM sem a manutenção de registro de seu acompanhamento individual.

Engenharia genética em organismo vivo ou o manejo in vitro de ADN/ARN natural ou recombinante, realizado em desacordo com as normas previstas nesta Lei.

Engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano e embrião humano.

Clonagem humana.

Destruição ou descarte no meio ambiente de OGM e seus derivados em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio, pelos órgãos e entidades de registro e fiscalização.

Liberação no meio ambiente de OGM ou seus derivados, no âmbito de atividades de pesquisa, sem a decisão técnica favorável da CTNBio e, nos casos de liberação comercial, sem o parecer técnico favorável da CTNBio, ou sem o licenciamento do órgão ou entidade ambiental responsável, quando a CTNBio considerar a atividade como potencialmente causadora de degradação ambiental, ou sem a aprovação do Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, quando o processo tenha sido por ele avocado, na forma da legislação.

A utilização, a comercialização, o registro, o patenteamento e o licenciamento de "tecnologias genéticas de restrição do uso" (qualquer processo de intervenção humana para geração ou multiplicação de plantas geneticamente modificadas para produzir estruturas reprodutivas estéreis, bem como qualquer forma de manipulação genética que vise à ativação ou desativação de genes relacionados à fertilidade das plantas por indutores químicos externos).



- O STF reconheceu que o uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas para fins terapêuticos não ofende o direito à vida. Ao contrário, concretiza o direito a uma vida digna, passando pelo direito à saúde e ao planejamento familiar (ADI 3510).

DIREITO EMPRESARIAL

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO EMPRESARIAL

Introdução

Como uma das atividades mais antigas do mundo, o comércio foi se espalhando pela sociedade e, conseqüentemente, passou a demandar aporte jurídico para poder se estender com segurança.

Embora desenvolvido com mais profundidade durante a **Idade Média**, suas normas jurídicas surgiram, de forma precária, já na Antiguidade (conforme entendimento de **GLADSTON MAMEDE**, **RUBENS REQUIÃO** e **MARLON TOMAZETTE**), dentro dos seguintes diplomas normativos:

- (a) Código de Manu na Índia;
- (b) Leis de Ur-Nammu, Leis de Lipt-Ishtar, Leis de Eshnunna (Código de Bilalama) na região da Mesopotâmia;
- (c) Código de Hamurabi durante o Império Babilônico na região da Mesopotâmia;
- (d) *Ius Civile* no Império Romano;
- (e) *Lex Rhodia de Jactu* elaborada pelos fenícios.

Doutrina: “Os historiadores encontram normas dessa natureza [Direito Empresarial] no Código de Manu, na Índia; as pesquisas arqueológicas, que revelaram a Babilônia aos nossos olhos, acresceram à coleção do Museu do Louvre a pedra em que foi esculpido há cerca de dois mil anos a.C. o Código do Rei Hammurabi, tido como a primeira codificação de leis comerciais.” (**Rubens Requião**)

Registro, em contrapartida, que **FRAN MARTINS** é categórico ao afirmar que:

Doutrina: “Não se pode, com segurança, dizer que houve um Direito Comercial na mais remota antiguidade. (...) O Direito Comercial como um conjunto de normas jurídicas especiais, diversas do Direito Civil, para regular as atividades profissionais dos comerciantes, tem a sua origem na Idade Média.” (**Fran Martins**)

Mas, como destacado, foi durante a Idade Média que o Direito Empresarial realmente desenvolveu-se, passando por 3 (três) fases conhecidas como:

- i. Sistema Subjetivo;
- ii. Sistema Objetivo e;
- iii. Sistema Subjetivo Moderno.

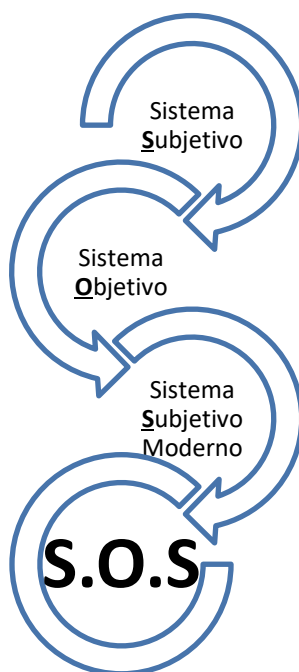
Doutrina: “Apesar de já existirem várias regras sobre o comércio, o direito comercial só surge na **Idade Média**, como um direito autônomo, passando por uma grande evolução, que pode ser dividida em três fases: o sistema subjetivo, o sistema objetivo e o sistema subjetivo moderno.” (Marlon Tomazette)

Doutrina: “Sucintamente, o Direito Comercial, em sua evolução, pode ser dividido em 3 fases: **1ª** – dos usos e costumes (fase subjetiva, que se inicia fundamentalmente na Idade Média e vai até 1807, ano da edição do Código Comercial francês); **2ª** – da teoria dos atos de comércio (fase objetiva, que vai de 1807 até 1942, ano marcado pela edição do Código Civil italiano); **3ª** – da teoria da empresa (fase subjetiva moderna, a partir de 1942).” (Tarcísio Teixeira)

Doutrina: “Do ponto de vista de suas origens, os três sistemas podem ser classificados como histórico (subjetivo-corporativista), francês (objetivo) e italiano (empresarial).” (Ricardo Negrão)

Memorização

Para evitar errar questões decoreba e para melhor me situar na evolução histórica, lembro sempre do “SOS”.



Sistema Subjetivo/Sistema Subjetivo-Corporativista (entre a segunda metade do século XII e o início do século XVIII)

Durante o **período feudal**, as atividades comerciais em sua grande maioria limitavam-se à circulação de mercadorias dentro dos próprios feudos por meio de mercadores ambulantes.

No entanto, com o início da crise do Feudalismo na **2ª metade do séc. XII**, muitos mercadores ambulantes **migraram** para cidades e lá firmaram suas atividades.

Contudo, como as condições para o exercício da atividade comercial não eram muito boas, os mercadores implementaram um forte **movimento de união**, surgindo assim as primeiras **corporações de ofício (associações de comerciantes)**.

E, nessa nova fase, realçou-se a **incapacidade** do Direito Civil disciplinar os novos fatos jurídicos que se apresentavam e a necessidade de um novo ramo jurídico.

Doutrina: “A disciplina estatal era baseada na prevalência da propriedade imobiliária, estática e cheia de obstáculos para sua circulação. Em função disso, impõe-se o surgimento de uma nova disciplina especial, de um novo direito destinado a regular esses novos fatos que se apresentam. **Só nesse período começa a se desenvolver um direito comercial, essencialmente baseado em costumes, com a formação das corporações de mercadores (Gênova, Florença, Veneza), surgidas em virtude das condições avessas ao desenvolvimento do comércio.**” (Marlon Tomazette)

Doutrina: “Em um ambiente jurídico e social tão avesso às regras do jogo mercantil, foram os comerciantes levados a um forte movimento de união, através das organizações de classe que os romanos já conheciam em fase embrionária — os colégios. Entretanto, na Idade Média, essas corporações se vão criando no mesmo passo em que se delineiam os contornos da cidade medieval. **Como principal e organizada classe, enriquecida de recursos, as corporações de mercadores obtêm grande sucesso e poderes políticos, a ponto de conquistarem a autonomia para alguns centros comerciais, de que se citam como exemplos as poderosas cidades italianas de Veneza, Florença, Gênova, Amalfi e outras.**” (Rubens Requião)

Por conta disso, foi desenvolvendo-se uma nova disciplina jurídica voltada aos interesses das corporações de comerciantes: o **Direito Comercial**.

E, inicialmente, o Direito Comercial era repleto de **normas costumeiras**, aplicadas por um juiz eleito pelas próprias corporações (o cônsul), as quais só valiam dentro da própria corporação.

Doutrina: “A grande importância dos usos e costumes mercantis praticados pelos comerciantes nessa época foi representada pela sua progressiva abstração, do que resultou a possibilidade de sua aplicação geral.” (Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa)

Posteriormente, em razão da volatilidade dos costumes e do grande número de corporações, surgem as primeiras normas escritas, que, junto aos costumes, formavam os **estatutos das corporações**, fonte essencial do Direito Comercial em sua origem.

Fica claro que se tratava de um sistema fechado, isto é, um direito criado pelos comerciantes, para regular sua atividade comercial e por eles aplicado.

Doutrina: “Em síntese, nesse primeiro momento, o direito comercial se afirma como o direito de uma classe profissional, fruto dos costumes mercantis, e com uma jurisdição própria.” (Marlon Tomazette)

Doutrina: “A primeira fase é caracterizada pelo fato de ser um direito de classe, um direito profissional, ligado aos comerciantes, a eles dirigido e por eles mesmos aplicado, por meio da figura do cônsul nas corporações de ofício. Trata-se, dessa forma, de um Direito do Comerciante, ou, no dizer de Fran Martins, ‘direito de amparo ao comerciante’.” (Ricardo Negrão)

Doutrina: “Dessa forma, o primeiro período do Direito Comercial corresponderia ao tempo contado entre os séculos XII e XVI - Idade Média e Período Mercantilista, de índole subjetiva, fundado na pessoa do comerciante matriculado em uma corporação de ofício.” (Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa)

Sistema Objetivo/Sistema Francês/Fase Napoleônica - Atos de Comércio (do século XVIII ao início do século XIX)

Já na **Idade Moderna**, houve a centralização do poder estatal nas mãos dos monarcas, de maneira que houve um enfraquecimento das corporações e os comerciantes deixaram de ser os responsáveis

pela elaboração e aplicação do Direito Comercial, tarefas que migraram para as mãos do Estado (estatização do Direito Comercial).

Doutrina: “Seus privilégios [dos comerciantes] vieram a fenecer, como se sabe, ao tempo da Revolução Francesa, com a Lei Le Chapelier de 1791, quando aquelas organizações [corporações] foram extintas na França.” (Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa)

Por outro lado, os comerciantes começaram a realizar **atos** inicialmente acessórios à atividade comercial, mas que logo se tornaram autônomos e superaram as relações comerciante-comerciante, o que não afastou a competência do cônsul (juiz eleito pelas próprias corporações).

RICARDO NEGRÃO, aliás, defende que esse período intermediário entre o sistema subjetivo e o objetivo deve ser considerado como uma fase eclética.

Doutrina: “A esse período intermediário entre a fase subjetiva e a objetiva denominou-se fase eclética, na qual os tribunais comerciais, destinados a julgar questões em razão da qualidade das pessoas (comerciantes), passaram a julgar questões em razão dos atos praticados (atos reputados comerciais).” (Ricardo Negrão)

O exemplo geralmente citado pela doutrina é dos títulos cambiários, que, a princípio, eram utilizados apenas entre os comerciantes, porém, em razão da facilidade de sua circulação, passaram a transitar também fora das relações comerciais.

Doutrina: “Diante disso, já não era suficiente a concepção de direito comercial como direito dos comerciantes, impondo-se um novo passo na evolução do direito comercial. É uma necessidade econômica que faz o direito mercantil evoluir. (...) **Em função dessa difusão de tais atos, impôs-se uma objetivação do direito comercial, isto é, as normas passam a se aplicar a atos objetivamente considerados e não a pessoas.**” (Marlon Tomazette)

Então, para estender sua incidência, o Direito Comercial **objetivou-se**, deixando de ser um direito para o comerciante (sistema subjetivo) para ser aplicado às relações comerciais, arroladas em listas de **atos de comércio**, que podem ser praticados por quaisquer pessoas.

Doutrina: “Dois são os motivos dessa evolução: a necessidade de superar a estrutura corporativa do direito comercial, como direito ligado às pessoas que pertenciam a determinada classe, e a necessidade de aplicar as normas mercantis nas relações entre comerciantes e não comerciantes.

(...) **Mas não é a mera disciplina desses atos que nos permite falar numa segunda fase do direito mercantil, mas a extensão da jurisdição comercial a quaisquer pessoas que praticassem tais atos [de comércio], independentemente da sua qualificação pessoal.**

O direito comercial passa a ser o direito dos atos de comércio, praticados por quem quer que seja, independentemente de qualquer qualificação profissional, ou participação em corporações.” (Marlon Tomazette)

Nada obstante a evolução do sistema objetivo, há 2 (dois) problemas fundamentais na sua manutenção: **(i)** em razão do dinamismo da atividade comercial, é **impossível**, do ponto de vista legal, abarcar todos os atos de comércio em uma lista fechada; **(ii)** apesar disso, **o legislador, na insistência, incorreu no equívoco** de continuar submetendo ao Direito Comercial certas matérias que passaram a ser comuns e não mereciam mais um tratamento especial, ou seja, as expressões ato de comércio e direito comercial passaram a ser arbitrárias, sem guardar qualquer relação com o comércio.

Doutrina: “A teoria dos atos de comércio resume-se, rigorosamente falando, a uma relação de atividades econômicas, **sem que entre elas se possa encontrar qualquer elemento interno de ligação, o que acarreta indefinições no tocante à natureza mercantil de algumas delas.**” (Fábio Ulhoa Coelho)

Doutrina: “O sistema objetivista, que desloca a base do direito comercial da figura tradicional do comerciante para a dos atos de comércio, **tem sido acimado de infeliz, de vez que até hoje não conseguiram os comercialistas definir satisfatoriamente o que sejam eles.**” (Rubens Requião)

Por conta disso, países como a Itália, em 1942, passaram a adotar um novo sistema (sistema subjetivo moderno), abandonando os atos de comércio.

Memorização

Lembre-se da torre de Eiffel, ponto turístico Francês.



Sistema Subjetivo Moderno/Sistema Empresarial/Sistema Italiano - Teoria da Empresa (final da primeira metade do século XX – atual)

Chegamos, então, à última fase: sistema subjetivo moderno, sistema empresarial ou ainda sistema italiano.

Pois bem, abraçado pelo Código Civil Italiano de 1942, surge uma nova concepção que qualifica o Direito Comercial como o direito das empresas e que tem como figura central o empresário, daí falarse em **Direito Empresarial**.

Doutrina: “O marco inicial do quarto e último período da história do direito comercial é a edição, em 1942 na Itália, do Codice Civile, **que reúne numa única lei as normas de direito privado (civil, comercial e trabalhista).** Neste período, o núcleo conceitual do direito comercial deixa de ser o ‘ato de comércio’, e passa a ser a ‘empresa’.” (Fábio Ulhoa Coelho)

Nada obstante ser o Código Civil Italiano o marco mais conhecido da teoria da empresa, é certo que o Código Comercial Alemão de 1897 já tinha colocado o comerciante como figura central para definição de atos mercantis.

Doutrina: “O Código Comercial Alemão de 1897, por exemplo, colocou o comerciante no centro do sistema, definindo como ‘mercantis’ todos os atos ou negócios por aqueles realizados no exercício de sua atividade profissional. Conforme se sabe, o mesmo rumo foi adotado pelo Código Civil Italiano em 1942, na figura do empresário.” (Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa)

De qualquer forma, o Código Civil Italiano de 1942 em razão da multiplicidade de usos da palavra “empresa”, preferiu não defini-la, optando por conceituar empresário (“É empresário quem exerce profissionalmente uma atividade econômica organizada tendo por fim a produção ou a troca de bens ou de serviços.” - art. 2.082), tendo o Código Civil brasileiro de 2002 seguido o mesmo norte:

Legislação: “Art. 966, caput, do CC. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.”

Memorização:

Lembre-se da Torre de Pisa, ponto turístico Italiano.



Perfil Poliédrico da Empresa (Alberto Asquini⁹⁴)

Esse ponto é muitas vezes abordado já dentro do conceito de empresário, mas preferi apresentá-lo neste momento, pois se trata de marca na evolução do Direito Empresarial.

De fato, como não havia um conceito legal de “empresa”, mas sim do seu titular (empresário), a doutrina tentou buscar um conceito jurídico, tendo, nesse campo, destacado-se a Teoria Poliédrica de Empresa de **ALBERTO ASQUINI**, jurista italiano.

Doutrina: “Estes perfis jurídicos do conceito econômico de empresa são obra do grande comercialista italiano Alberto Asquini, que resolveu uma pendência na doutrina italiana, dividida em inúmeras correntes, cada qual pretendendo que a sua fosse a verdadeira conceituação de empresa, em termos jurídicos. A tese de Asquini, hoje generalizadamente acolhida, e de que a empresa tem um conceito unitário econômico, mas não um conceito unitário jurídico, porque a lei ora a trata como uma, ora, como outra.” (Sylvio Marcondes)

Doutrina: “Inexistindo definição legal de empresa, mas sim a de seu titular, o empresário, passaram os doutrinadores a buscar um conceito jurídico e sua natureza no âmbito do Direito. Entre estes se destaca Alberto Asquini, com sua teoria poliédrica de empresa, que mereceu profundo e completo estudo de juristas brasileiros, dos quais se notabilizou Waldirio Bulgarelli com seu monumental Tratado de Direito Empresarial, de inigualável valor científico, até hoje não superado.” (Ricardo Negrão)

Doutrina: “Na Itália, o Código Civil de 1942 adota a teoria da empresa, sem, contudo, ter formulado um conceito jurídico do que seja empresa, o que deu margem a inúmeros esforços no sentido da formulação de um conceito jurídico. Nessa seara, destacase por sua originalidade e por aspectos didáticos a teoria dos perfis da empresa elaborada por Alberto Asquini.” (Marlon Tomazette)

⁹⁴ Alberto Asquini (1889-1972) foi um jurista e político italiano.

Doutrina: “No emaranhado de teorias jurídicas na doutrina comercialista italiana da primeira metade do século passado, Asquini encontra o que parecia ser a chave para a questão: a consideração da empresa como um *‘fenômeno econômico poliédrico’*.” (Fábio Ulhoa Coelho)

Segundo **ALBERTO ASQUINI**, destacam-se 4 (quatro) perfis da empresa:

- Perfil Subjetivo;
- Perfil Funcional;
- Perfil Objetivo ou Patrimonial;
- Perfil Corporativo ou Institucional.

Vejamos como aparecem cada um dos perfis na nossa legislação:

Perfil	Referência	Exemplos
Perfil Subjetivo	Empresa se identifica como o próprio empresário . A empresa é, portanto, uma pessoa (física ou jurídica).	Arts. 2º e 448 da CLT. Arts. 931, 978 e 1.504 do CC.
Perfil Funcional	Empresa é a própria atividade empresarial . Ou seja, a empresa representa um conjunto de atos tendentes a organizar os fatores da produção para a distribuição ou produção de bens ou serviços.	Arts. 966, parágrafo único, parte final, 1.085, 1.155, 1.172, 1.178, 1.184, do CC.
Perfil Objetivo ou Patrimonial	Empresa é o conjunto de bens destinado ao exercício da atividade empresarial. Em última análise, empresa é o estabelecimento empresarial .	Art. 448 da CLT.
Perfil Institucional ou Corporativo	A empresa seria a instituição/corporação que reúne o empresário e seus colaboradores.	Mera ideologia

Por fim, como não é possível agradar a todos, **MARLON TOMAZETTE** e **FÁBIO ULHOA COELHO** apontam as falhas dos perfis de **ALBERTO ASQUINI**:

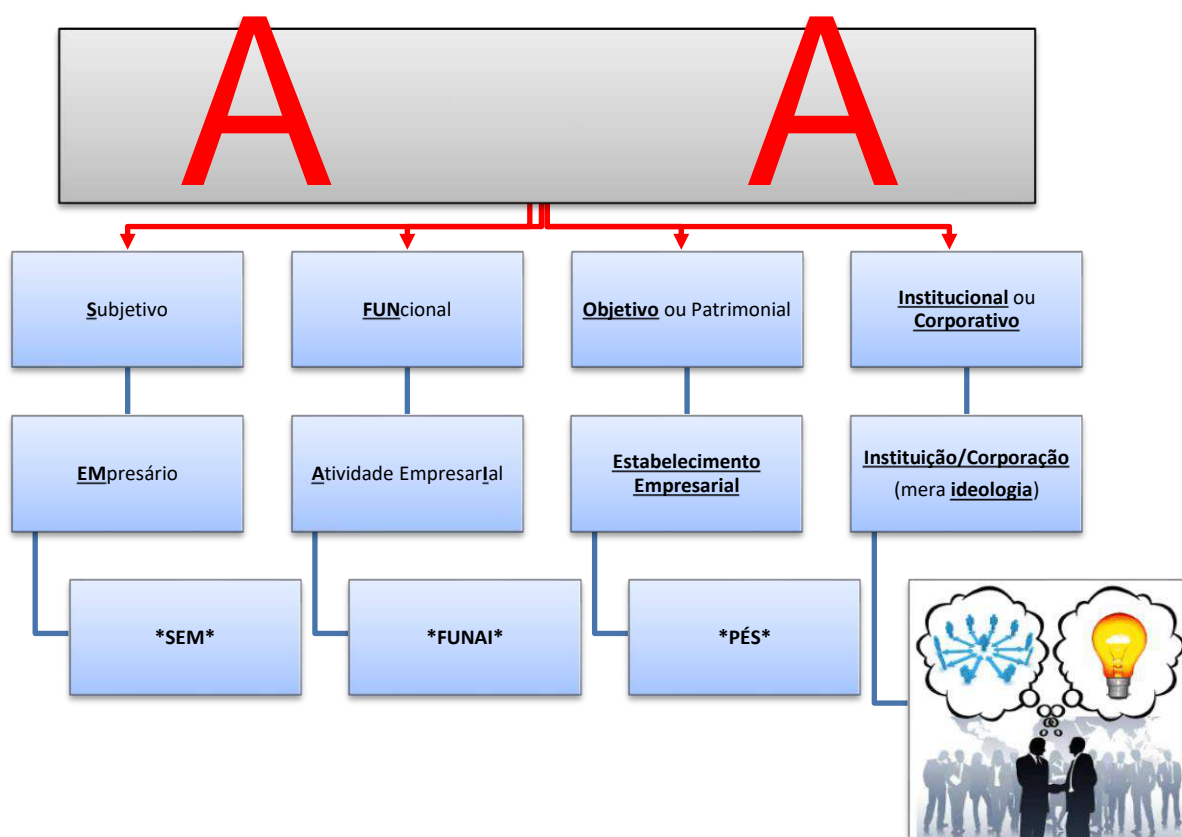
Doutrina: “*Esse modo de entender a empresa já está superado, porquanto não representa o estudo teórico da empresa em si, mas apenas demonstra a imprecisão terminológica do Código italiano, que confunde a noção de empresa com outras noções. Todavia, com exceção do perfil corporativo que reflete a influência de uma ideologia política, os demais perfis demonstram três realidades intimamente ligadas, e muito importantes na teoria da empresa, a saber, a empresa, o empresário e o estabelecimento.*” (Marlon Tomazette)

Doutrina: “Os perfis subjetivo e objetivo não são mais que uma nova denominação para os conhecidos institutos de sujeito de direito e de estabelecimento empresarial.” (Fábio Ulhoa Coelho)

Memorização

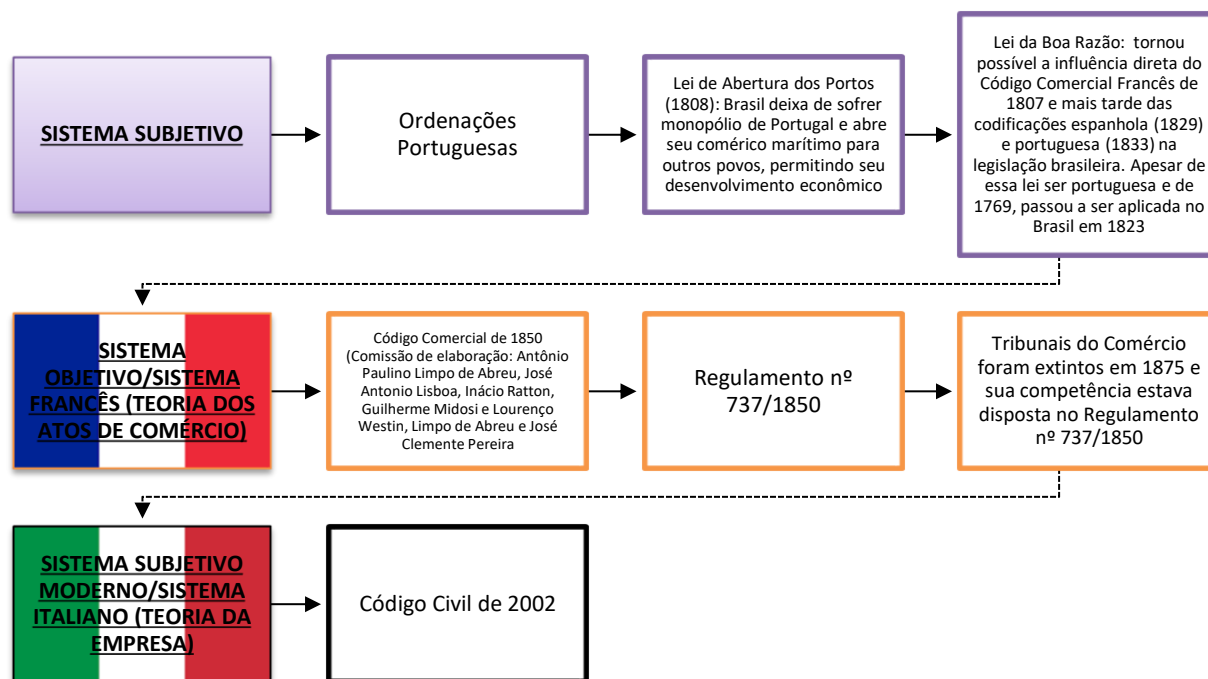
“Vamo que vamo”. Cada letra “A” tem duas perninhas, somando 4 (quatro), portanto. Lembre-se que Alberto Asquini tem 2 (dois) “A” e, pronto, você vai lembrar que são 4 (quatro) os perfis dele.

Quanto aos perfis, tente lembrar dos seguintes métodos mnemônicos: (a) perfil subjetivo: é o empresário. Logo Subjetivo + **EM**presário = **SEM**. Horrível, mas ajuda a gravar; (b) perfil funcional: essa aí eu sempre confundia...era uma desgraça. Mas vamos lá. Trata-se da atividade empresarial. Dessa forma, **FUN**cional + **Atividade** empresarial = **FUNAI**; (c) perfil objetivo ou patrimonial: é o estabelecimento empresarial. Neste caso, gravei de duas formas. O patrimônio mais importante do empresário é o estabelecimento. Quanto às figurinhas doidas aí embaixo, o alvo representa o objetivo e do lado tem um alvo com um estabelecimento dentro...então pronto; (d) perfil institucional ou corporativo: pelo amor de Deus. Cooperem comigo agora. A galerinha de terno representa a corporação. Os balõezinhos representam o mundo ideológico e a lâmpada, uma ideia. Por fim, os bonequinhos azuis dentro do balãozinho representa uma instituição. Tá vai, pelo menos os esquema dos dois “A” foi legal.



Evolução histórica do Direito Empresarial no Brasil

Para finalizarmos a parte histórica (que vai deixar saudades até a próxima revisão), vejamos o seguinte resumo esquemático:



EMPRESÁRIO INDIVIDUAL

Legislação essencial

Diploma/Lei	Artigos
Código Civil	Arts. 966/980

Empresário. Conceito

Assim como o Código Civil Italiano de 1942, o Código Civil de 2002 adotou a **Teoria da Empresa**, mas não a definiu, optando por conceituar o empresário em seu art. 966, *caput*, do Código Civil.

Legislação: “Art. 966, *caput*, do CC. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.”

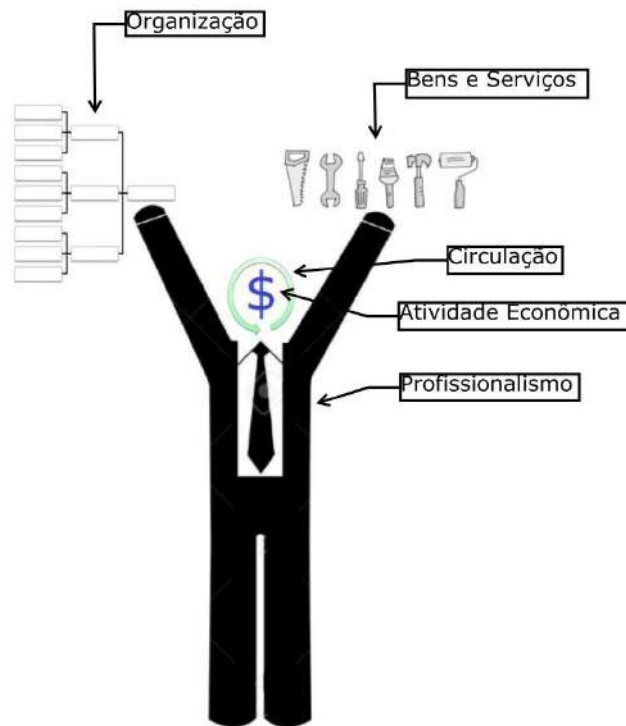
Nessa linha, **ARNOLDO WALD** extrai do *caput* do dispositivo 4 (quatro) requisitos para qualificar o empresário: **(a)** profissionalismo; **(b)** exercício de atividade econômica; **(c)** organização; e **(d)** escopo de produção ou circulação de bens e serviços.

GUSTAVO TEPEDINO, por sua vez, ainda acrescenta a capacidade civil plena, prevista no art. 972 do Código Civil.

Abaixo vamos analisar cada um desses requisitos que qualificam o empresário.

Método Tosco de Memorização (MTM)

Vamos decorar essa imagem então pessoal. Considera-se empresário quem exerce **profissionalmente** [lembra do terno] **atividade econômica** [atividade econômica objetiva \$ lucro \$] **organizada** [olha o **organograma** na mão do rapaz] para a **produção ou a circulação** [o rosto do rapaz é um círculo] de **bens ou de serviços** [ferramenta lembra de serviço]. Tá o **organograma** ficou ruim, mas pelo menos o desenho ficou **organizado**. Por fim, fiquem espertos para não confundir um dos **atributos** do requisito profissionalismo: a **pessoalidade**.



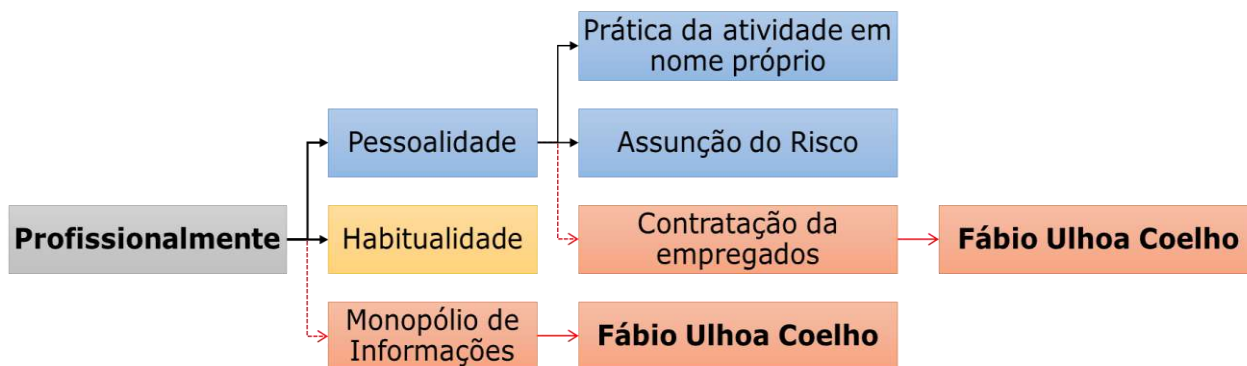
Profissionalmente/Profissionalismo



Em regra, os doutrinadores vinculam ao profissionalismo (profissionalmente) dois fatores:

- (i) habitualidade e;
- (ii) pessoalidade (prática da atividade em nome próprio, assumindo riscos),

mas **FÁBIO ULHOA COELHO** ainda afirma que a vertente mais importante do profissionalismo é o **(iii)** monopólio de informações.



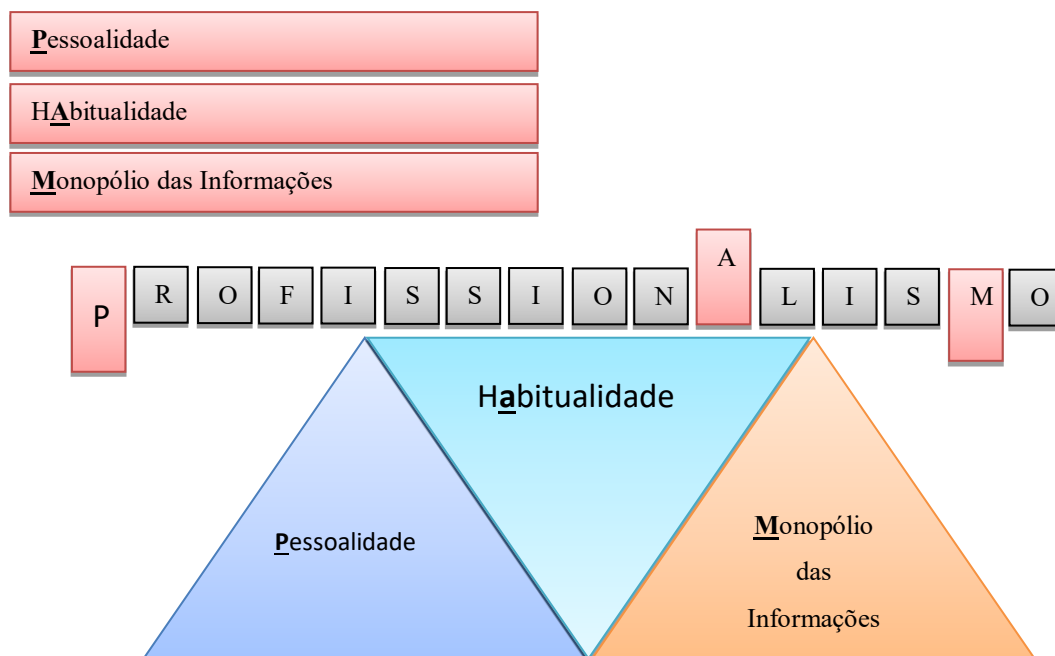
Doutrina: “A noção de exercício de certa atividade é associada, na doutrina, a considerações de três ordens. A primeira diz respeito à **HABITUALIDADE**. Não se considera profissional quem realiza tarefas de modo esporádico. Não será empresário, por conseguinte, aquele que organizar episodicamente a produção de certa mercadoria, mesmo destinando-se à venda no mercado. (...) **O segundo aspecto do profissionalismo é a PESSOALIDADE. O empresário, no exercício da atividade empresarial, deve contratar empregados. São estes que, materialmente falando, produzem ou fazem circular bens ou serviços. O requisito da pessoalidade explica por que não é o empregado considerado empresário.** Enquanto este último, na condição de profissional, exerce a atividade empresarial pessoalmente, os empregados, quando produzem ou circulam bens ou serviços, fazem-no em nome do empregador. Estes dois pontos normalmente destacados pela doutrina, na discussão do conceito de profissionalismo, não são os mais importantes. **A decorrência mais relevante da noção está no MONOPÓLIO DAS INFORMAÇÕES que o empresário detém sobre o produto ou serviço objeto de sua empresa.**” (Fábio Ulhoa Coelho)

Doutrina: “Superada a teoria do ato de Comércio, adota o Código Civil de 2002 a teoria da empresa, criando uma categoria comum de empresário ou sociedades empresariais, na qual se inserem todas as pessoas que (art. 966): (I) desenvolvam uma atividade econômica, ou seja, que envolva circulação de bens e serviços; (II) realizem essa atividade de forma organizada, ou seja, reunindo e coordenando os fatores de produção, quais sejam, trabalho, capital e natureza e, por fim; (III) realizem essa atividade em caráter profissional, ou seja, pratiquem-na habitualmente, em nome próprio e com intuito lucrativo.” (Modesto Carvalhosa)

Doutrina: “Atividade profissional (profissionalidade): não ocasional, assumindo em nome próprio os riscos da empresa.” (Ricardo Negrão)

Método Tosco de Memorização (MTM)

Lembre-se do P-R-O-F-I-S-I-O-N-A-L-I-S-M-O. Pessoalidade, hAbitualidade e Monopólio de informações.
“Professor, mas hAbitualidade não começa com ‘a’.”. Quem não tem cão, caça com gato.



Assunção do risco

Veja, o profissional é aquele que entra na chuva para se molhar é o cara dá a cara para bater, ou seja, assume o risco e vai para cima.

E, quanto à assunção do risco, elemento do profissionalismo, **MARLON TOMAZETTE** destaca que:

Doutrina: “O empresário, por sua vez, assume o risco total da empresa. Não há uma prévia definição dos riscos, eles são incertos e ilimitados. Ademais, o risco da atividade não é garantido por ninguém. Se houver uma crise no ramo de atuação do empresário, e este tiver prejuízo pela falta de demanda, ele não terá a quem recorrer. A remuneração do empresário está sujeita a elementos imponderáveis que podem fugir das previsões deste e, nessa situação, o risco é dele, não há a quem recorrer.” (Marlon Tomazette)

Monopólio das informações

Por conta do monopólio das informações, presume-se que o empresário não seja inexperiente **no ramo em que atua**.

Nessa linha, foi editado o enunciado nº 28 da I Jornada de Direito Comercial.

Doutrina: “Em razão do profissionalismo com que os empresários devem exercer sua atividade, os contratos empresariais não podem ser anulados pelo vício da lesão fundada na inexperiência.” (Enunciado nº 28 da I Jornada de Direito Comercial)

Ora, se é experiente no seu ramo e nele contrata, não pode alegar esse vício de consentimento para anular o contrato.

Em razão desse entendimento, o **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA** manteve cláusula contratual escrita em contrato de distribuição em detrimento de suposta existência de acordo verbal que tornaria superada a referida cláusula:

Jurisprudência: “[Trecho do corpo do acórdão:] Por outro lado, parece mesmo descuido injustificável a manutenção de pactos desse jaez de forma verbal, característica essa que, embora não retire sua validade e eficácia, lhe subtrai segurança jurídica, do que podem decorrer grandes controvérsias posteriormente, como a

tratada nos autos. Isso porque, pelo princípio do paralelismo das formas, segundo o qual o distrato se faz pela mesma forma exigida para o contrato (Código Civil, art. 472), um contratante não pode exigir do outro forma diferente da verbal para a alteração de uma avença igualmente não escrita. (...) *Deveras, o profissionalismo é elemento ínsito ao próprio conceito de empresário ('Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços', art. 966 do Código Civil), de modo que o amadorismo, além de não poder ser presumido, não deve ser elemento justificante de eventuais deslizes no trato comercial, os quais, se ocorrentes, serão suportados por quem lhes deu causa. Não por acaso que, na I Jornada de Direito Comercial do CJF/STJ, foi aprovado o Enunciado n. 28, com o seguinte teor: 'Em razão do profissionalismo com que os empresários devem exercer sua atividade, os contratos empresariais não podem ser anulados pelo vício da lesão fundada na inexperiência'.* (STJ, REsp 1279188/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/04/2015, DJe 18/06/2015)

Atividade Econômica

§ Como explica **FÁBIO ULHOA COELHO**, a atividade é econômica, pois tem como finalidade o lucro.

Doutrina: "A atividade empresarial é econômica no sentido de que busca gerar **lucro** para quem explora." (**Fábio Ulhoa Coelho**)

O próprio **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA** já pontuou que o empresário exerce atividade econômica ao perseguir, ter como finalidade, o lucro.

Jurisprudência: "(...) 2. Segundo o artigo 966 do Código Civil, considera-se empresário aquele que exerce **atividade econômica (com finalidade lucrativa)** e organizada (com o concurso de mão-de-obra, matéria-prima, capital e tecnologia) para a produção ou circulação de bens ou de serviços, não configurando atividade empresarial o exercício de profissão intelectual de natureza científica, literária ou artística, ainda que com o concurso de auxiliares ou colaboradores, que não constitua elemento de empresa. (...)." (STJ, REsp 1028086/RO, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/10/2011, DJe 25/10/2011)

Jurisprudência: "(...) 3. **Por exercício profissional da atividade econômica, elemento que integra o núcleo do conceito de empresa, há que se entender a exploração de atividade com finalidade lucrativa.** (...)." (STJ, REsp 623.367/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/06/2004, DJ 09/08/2004, p. 245)

Qual a diferença entre ato e atividade?

R: De acordo com **HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA**:

Doutrina: "A diferença entre 'ato' e 'atividade' pode ser entendida da seguinte forma: **em relação ao ato, ele se reveste da conotação de exaurimento, de completude ou de resultado. Isto significa que ele atinge a finalidade para a qual foi praticado sem a necessidade de algum outro ato. Já a atividade caracteriza-se pela insuficiência de um ou alguns atos, pela incompletude no sentido da realização do objetivo, pela falta de se alcançar o resultado. Tudo isto somente ocorrerá na sequência orgânica dos atos praticados, ou seja, na atividade que se prolonga no tempo.**" (**Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa**)

A atividade econômica (busca de lucro) é meio ou fim da empresa?

R: O lucro é **fim** da atividade empresarial; do contrário, não se está diante de uma atividade empresarial.



Doutrina: “Por sua vez, as atividades econômicas podem ser exercidas como meio ou como finalidade. No primeiro caso [meio] o resultado positivo alcançado (lucro) deverá reverter integralmente em benefício da própria atividade, não podendo ser distribuído aos seus titulares. É o caso das associações beneficentes que explorem algum ‘ramo de comércio’ - por exemplo, a fabricação de geleias naturais para venda, cujo produto deverá ser utilizado na sua finalidade. (...) As associações, ao lado das fundações, podem exercer atividade econômica com fins não econômicos. Seus resultados devem ser investidos exclusivamente em favor do próprio objeto, não podendo ser distribuídos para terceiros, associados ou quaisquer outros.

(...) De outro lado, as sociedades sempre terão fins econômicos - ou seja, a busca do lucro de uma maneira geral, que será distribuído entre os sócios. Nesses casos, a atividade econômica é sempre finalidade.” (Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa)

A falta de lucro descaracteriza o empresário?

R: Não, pois o que caracteriza a atividade empresária é a finalidade lucrativa, e não, efetivamente, auferir lucro. Do contrário, em época de crise econômica, não iria sobrar um empresário.

Doutrina: “Mas não se confunda ‘objetivo de lucro’ com ‘realização de lucro’. Frequentemente as empresas experimentam resultados econômicos negativos- fato que, no limite, pode levá-las à insolvência. Esta circunstância não as descaracteriza como tais, e nem faz ausentes elementos da economicidade e da produtividade, adiante referidos.” (Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa)

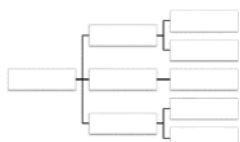
Um traficante dono de diversas “biqueiras” é empresário?

R: Não (imagina! “Pablo Escobar, colombiano, procurado, bilionário e narcotraficante/empresário”).

Brincadeiras à parte, embora sua atividade seja econômica e possa ser desenvolvida de forma profissional e organizada, **não** é lícita, o que afasta a condição de empresário.

Doutrina: “Ascarelli afirmava, ainda, que a atividade deverá ser sempre lícita. (...) Essa interpretação, plenamente verdadeira, casa-se no Direito Brasileiro com a proibição do arquivamento no Registro do Comércio de documentos que contiverem matéria contrária à lei, aos bons costumes ou à ordem pública (Lei 8.934, de 18.11.1994, art. 35, I). Práticas ilícitas - como é exemplo o tráfico de drogas - podem, e costumeiramente isto acontece, ser desenvolvidas de forma profissional e organizada, de modo a preencher, tecnicamente, os elementos constitutivos do empresário e da empresa. No entanto, do ponto de vista jurídico, jamais o traficante seria considerado empresário, e sua atividade como empresa.” (Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa)

Organizada/Organização



De nada adiantaria ser profissional e desenvolver uma atividade econômica, se não fosse organizada. Portanto, a organização é a base do empresário e seu lucro, em regra, reflete-a.

A doutrina majoritária aponta o capital, a mão de obra (trabalho), insumos (matéria-prima/natureza) e a tecnologia como fatores de produção. Em contrapartida, autores mais antigos como **SYLVIO MARCONDES** afirmam que são fatores de produção apenas: trabalho, capital e natureza.

Doutrina: “A empresa é atividade organizada no sentido de que se encontram **articulados, pelo empresário, os quatro fatores de produção: capital, mão de obra, insumos e tecnologia**. Não é empresário quem explora atividade de produção ou circulação de bens ou serviços sem alguns desses fatores.” (Fábio Ulhoa Coelho)

No mesmo sentido: Mônica Gusmão.

Jurisprudência: “(...) 2. Segundo o artigo 966 do Código Civil, considera-se empresário aquele que exerce atividade econômica (com finalidade lucrativa) **e organizada (com o concurso de mão-de-obra, matéria-prima, capital e tecnologia)** para a produção ou circulação de bens ou de serviços, não configurando atividade empresarial o exercício de profissão intelectual de natureza científica, literária ou artística, ainda que com o concurso de auxiliares ou colaboradores, que não constitua elemento de empresa. (...)” (STJ, REsp 1028086/RO, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/10/2011, DJe 25/10/2011)

Método Tosco de Memorização (MTM)



O que se entende por mão de obra?

R: Trabalho humano ou automatizado empregado na produção ou circulação de bens ou serviços.

É elemento essencial da organização da atividade que ela seja realizada com o concurso do trabalho de outras pessoas além do empresário?

R: Não, pois a mão de obra pode ser automatizada (ex.: computadores; robôs; máquinas; softwares).

Doutrina: “*Não é elemento essencial da organização da atividade que ela seja feita com o concurso do trabalho de outras pessoas além do empresário. Suponha-se um casolímite: um empresário individual ou uma sociedade*”

empresária formada por dois únicos sócios exerce atividade inteiramente automatizada, seja por recorrer integralmente a robôs, seja pela utilização exclusiva de computadores, sem contar com qualquer empregado ou prestador de serviços. Mesmo assim deve ser reconhecida a existência da empresa, desde que presentes os demais elementos essenciais.” (Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa)

Doutrina: “Fábio Ulhoa Coelho, ao analisar o requisito da organização para a caracterização da empresa, chega a afirmar que não se deve considerar como empresário aquele que não organiza nenhum dos fatores de produção. Parece-nos que essa ideia fechada de que a organização dos fatores de produção é absolutamente imprescindível para a caracterização do empresário vem perdendo força no atual contexto da economia capitalista. Com efeito, basta citar o caso dos microempresários, os quais, não raro, exercem atividade empresarial única ou preponderantemente com trabalho próprio. Pode-se citar também o caso dos empresários virtuais, que muitas vezes atuam completamente sozinhos, resumindo-se sua atividade à intermediação de produtos ou serviços por meio da internet.” (André Luiz Santa Cruz Ramos)

O estabelecimento empresarial é necessário para configuração da organização?

R: Sim, conforme defende HAROLDO MALHEIROS DULCREC VERÇOSA (com respaldo em TULLIO ASCARELLI) e GUSTAVO TEPEDINO. Portanto, sem estabelecimento empresarial, sem empresário.

Doutrina: “Ainda, segundo Ascarelli, a referência ao fato de a atividade dever ser organizada implica que o empresário deve utilizar-se necessariamente de um estabelecimento (azienda) - ou seja, um complexo de bens organizados para o exercício da empresa. (...) desde o pipoqueiro ambulante até a indústria multinacional - sempre será necessário dispor de um determinado complexo de bens para o exercício da atividade empresarial.” (Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa)

Doutrina: “A caracterização da organização empresarial pressupõe, ainda, formação de estabelecimento para viabilizar seu exercício. Não se pode admitir a existência de atividade econômica organizada sem que se disponha do instrumento dessa organização, que é o complexo de bens materiais e imateriais e pessoas que permitem a exploração eficiente da empresa. Mesmo as empresas virtuais (chamadas ‘ponto com’) não podem desempenhar suas atividades sem que, para isso, adquiram determinados bens, ainda que tão somente o domínio.” (Gustavo Tepedino)

Produção ou circulação de bens ou serviços



E, para fechar, o profissionalismo na prática da atividade econômica organizada permite a produção de bens e/ou a circulação de bens ou serviços.

Doutrina: “Deve haver uma organização, uma estrutura, um conjunto planejado de pessoas e bens, tudo dirigido para uma das seguintes finalidades: a) A produção de bens, que é a industrialização, a confecção, a criação de produtos para a venda ou a colocação no mercado. b) A circulação de bens ou serviços, que corresponde à distribuição e comercialização dos bens nos centros e pontos de comércio de atacado ou do varejo, até a chegarem ao consumidor final, ou a prestação de serviços de modo generalizado, como as grandes empresas de transporte e de construção. O termo ‘circulação’ deve ser encarado sob o ponto de destinação dos produtos para terceiros no sentido de negócio, de venda e compra, ou mesmo de troca, embora raramente aconteça esta forma.” (Arnaldo Rizzardo)

O que se entende por serviço?

R: Atividade em favor de terceiros apta a satisfazer uma necessidade qualquer, desde que não consistente na simples troca de bens.

Considera-se empresa a atividade de produção de bens para seu próprio titular?

R: Não, pois uma das características da atividade empresarial é ser dirigida ao mercado.

Doutrina: “Por fim, só se deve falar em empresa quando a organização for dirigida ao mercado, e não para uso pessoal, isto é, deve ser destinada à satisfação de necessidades alheias, sob pena de não configurar empresa. Assim, não é empresa a atividade daquele que cultiva ou fabrica para o próprio consumo, vale dizer, o titular da atividade deve ser diverso do destinatário último do produto.” (Marlon Tomazette)

Doutrina: “Considerando tratar-se [a redação do art. 966 do CC] de redação idêntica à do art. 2.082 do CCit, pode-se dizer - acompanhando Ascarelli - que tal atividade deve dirigir-se diretamente para tais finalidades, excluída a produção para uso próprio, pois esta não está destinada ao mercado. A destinação dos produtos da empresa para o mercado é, justamente, um dos elementos diferenciadores entre a atividade do empresário e a de outros sujeitos que também exercem uma atividade econômica. (...) Desta maneira, não poderá ser considerada ‘empresa’, para efeitos jurídicos, a atividade econômica cujos benefícios sejam exclusivamente para uso próprio ou, ainda, com sentido mutualístico, tal como ocorre com as cooperativas.” (Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa)

Profissional liberal/intelectual (parágrafo único do art. 966 do CC)

O art. 966, parágrafo único, do Código Civil de 2002, dispõe que **não** são empresários aqueles que exercem profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda que com o concurso de auxiliares ou colaboradores.

Quem exerce profissão intelectual de natureza científica, literária ou artística, é o chamado profissional liberal (ex.: médico, advogado, jornalista, escritor de novelas, desenhista, artista plástico, cantor, ator, dançarina etc.).

Embora tais atividades também sejam econômicas, isto é, tem o lucro como objetivo, sua regulação **não** deve ser ditada pelo Direito Empresarial, **SALVO** se, em razão da organização dos fatores de produção (insumos, mão de obra, tecnologia e capital), a profissão do intelectual for absorvida pela própria atividade empresarial como um todo.

Ex.: João abre uma clínica com especialidade em pediatria, mas logo (i) contrata uma equipe para agendamentos, (ii) disponibiliza sessões de fisioterapia internas, (iii) fornece um software para acompanhamento de consultas e recuperação, (iv) permite a realização de exames na própria clínica, (v) disponibiliza serviço de *vallet*, (vi) contrata massagistas; (vii) fornece sessões de acupuntura; (viii) cria um programa de pontos para consultas grátis....a essa altura o cliente sequer sabe o nome do médico. Pronto, a profissão de pediatra foi absorvida pela organização da própria atividade empresarial.

Legislação: “Art. 966, parágrafo único, do CC. **Não se considera empresário** quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.”

Doutrina: “De toda maneira, ser ‘elemento de atividade organizada em empresa’ ou, simplesmente, ‘elemento de empresa’ significa ser *parcela dessa atividade e não a atividade em si, isoladamente considerada.*” (Alfredo de Assis Gonçalves Neto)

Doutrina: “Quer dizer que a atividade intelectual pode fazer com que seu titular seja considerado empresário se estiver *integrada em um objeto mais complexo, próprio da atividade empresarial, ou seja, se a atividade intelectual for parte de uma atividade empresarial*” (Tarcisio Teixeira)

Doutrina: “Ninguém mais procura os serviços ali oferecidos em razão do trabalho pessoal do médico que os organiza. *Sua individualidade se perdeu na organização empresarial. Neste momento, aquele profissional intelectual tornou-se elemento de empresa.*” (Fábio Ulhoa Coelho)

Doutrina: “A única solução para o problema está em adotar como adequada a primeira interpretação acima enunciada: *a atividade intelectual leva seu titular a ser considerado empresário se ela estiver integrada em um objeto mais complexo, próprio da atividade empresarial.*” (Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa)

Doutrina: “Os profissionais liberais não são considerados empresários, salvo se a organização dos fatores de produção for mais importante que a atividade pessoal desenvolvida.” (Enunciado nº 194 da III Jornada de Direito Civil)

Doutrina: “A expressão ‘elemento de empresa’ demanda interpretação econômica, devendo ser analisada sob a égide da absorção da atividade intelectual, de natureza científica, literária ou artística, como um dos fatores da organização empresarial.” (Enunciado nº 195 da III Jornada de Direito Civil)



Doutrina: “Tal constatação se deve ao fato de que em tais atividades [de natureza intelectual] prevalece a natureza individual e intelectual sobre a organização, a qual é reduzida a um nível inferior. *Portanto, é a relevância dessa organização que diferencia a atividade empresarial de outras atividades econômicas.* (...) Neste caso, a natureza pessoal do exercício da atividade cede espaço a uma atividade maior de natureza empresarial,

é exercida a atividade intelectual mas ela é apenas um elemento dentro da atividade empresarial exercida.”
(Marlon Tomazette)

E, para terminar, mais alguns exemplos fornecidos por **MÔNICA GUSMÃO**:

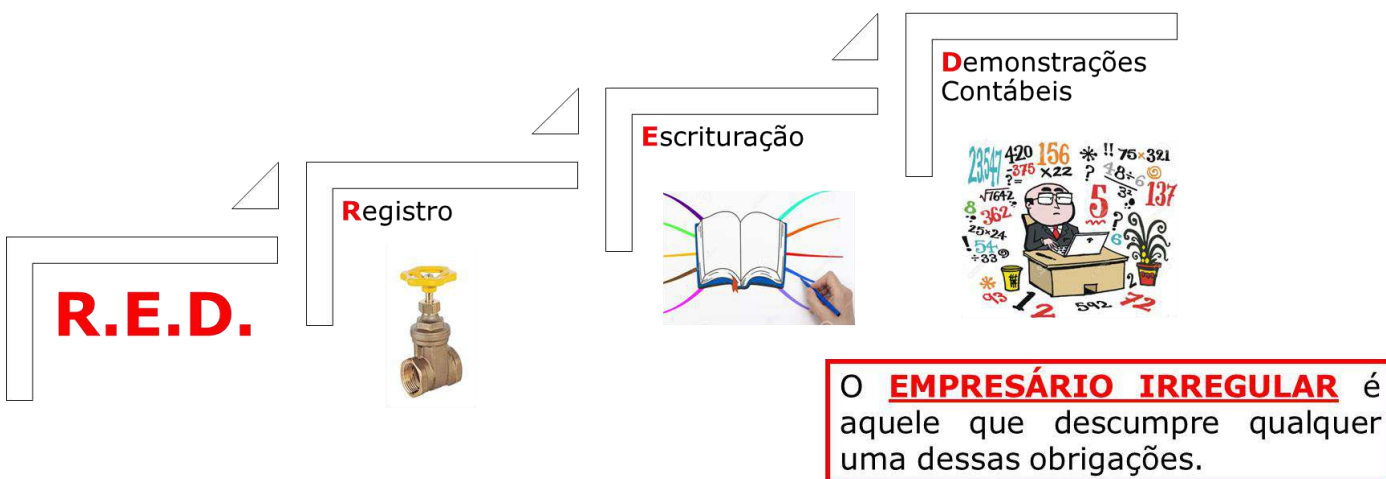
Doutrina: “Assim, v.g.: **1)** um dentista será considerado um profissional liberal enquanto exercer individualmente sua atividade mesmo com o concurso de auxiliares ou colaboradores, se inseridos na atividade-meio (ex.: secretária). Hipótese diversa seria se contratasse um protético ou um técnico em RX. Estaríamos, aí, diante da figura do empresário individual. **2)** um engenheiro poderá ser considerado empresário individual se exercer atividade econômica organizada, ou seja, se o auxílio ou a colaboração de terceiros integrar a sua atividade-fim (por exemplo, a contratação de topógrafo, técnico em cálculos estruturais, especialista em hidráulica etc.), descentralizando-a e retirando a personalidade de quem a exerce. **3)** é sociedade simples o empreendimento em que dois médicos se associam e contratam uma secretária para os auxiliar. Nessa hipótese, não existe organização da atividade econômica por eles exercida. A atividade-fim só depende dos sócios. Os colaboradores inserem-se na atividade-meio. **4)** a sociedade formada por dois médicos que se associam e contratam outros médicos para os auxiliar será empresária se nesse consórcio se fizer presente o elemento de empresa, isto é, se a atividade-fim do negócio depender, também, de um ou de mais de um dos profissionais contratados, ou seja, se houver a descentralização da atividade-fim; caso contrário, se a atividade desenvolvida, ainda que com o concurso de colaboradores, centralizar-se nos sócios, a sociedade será simples. **5)** um hospital que se constitui a partir da associação de médicos que independentemente do exercício pessoal de suas atividades intelectual e científica será necessariamente uma sociedade empresária porque é imprescindível a contratação de outros profissionais para o exercício da sua atividade-fim (técnicos, anestesistas, instrumentadores cirúrgicos, corpo de enfermagem etc.). (...) Tavares Borba nos dá exemplos de sociedades simples e empresárias: **I)** No comércio de tecidos, se exercido por uma sociedade em que o trabalho dos sócios é a essência da atividade posto que são eles próprios que compram e que revendem estaremos diante de uma sociedade simples. Os empregados, meros auxiliares, apenas completam o trabalho dos titulares da sociedade. **II)** Cuidando-se, porém, de comércio de tecidos conduzido por uma estrutura hierarquizada que compra e revende as mercadorias sob a coordenação dos sócios e administradores sociais, que, mesmo presentes, não operam de forma prevalente o objeto social, a hipótese seria de sociedade empresária. **III)** Um bar conduzido pelos sócios seria uma sociedade simples, mas se estiver entregue a um grupo, ainda que diminuto, mas ao qual seja confiada a realização do objeto social, ter-se-ia a organização, que denota a empresa. **IV)** Um supermercado, pela dimensão de sua atividade, teria de ser operado por uma organização e, por ser assim, a sua condição empresarial resultaria evidente, o que não ocorreria com uma mercearia a cujos sócios estivesse entregue, de forma direta, a operação do estabelecimento. **V)** Um restaurante tanto poderia ser operado pelos próprios sócios, que atuariam de forma prevalente no atendimento dos clientes e, nesse caso, a sociedade seria simples, ou os sócios apenas coordenariam o trabalho dos profissionais encarregados de exercer o objeto social – a organização – e teríamos uma sociedade empresária. **VI)** Na área industrial o objeto social compreende o processo de produção em escala que, pela sua própria natureza, demanda uma estrutura organizacional que envolverá pessoas hierarquicamente ordenadas, além de máquinas e equipamentos necessários ao processo produtivo. A atividade industrial, pela sua complexidade, tende a conferir ao seu titular, em quase todos os casos, a condição de empresário ou de sociedade empresária. **VII)** Uma padaria não deixa de ser uma indústria, mas, em certos casos, se efetivamente restrita em sua atividade ao trabalho dos próprios sócios que utilizariam os equipamentos necessários com a ajuda de meros auxiliares, se pode vislumbrar uma sociedade simples. Neste caso, estaríamos lidando com uma atividade artesanal, que lembra e antecede historicamente a atividade industrial, mas que com esta não se confunde, eis que não conta com qualquer estrutura organizacional. **VIII)** Os transportadores, tais como os comerciantes tanto poderão desenvolver a sua atividade de forma pessoal como através de uma organização, daí decorrendo a sua classificação como sociedade simples ou empresária. **IX)** No setor de prestação de serviços muitas são as variantes. Se, como quotistas de uma sociedade cabeleireiros, costureiras, bombeiros técnicos em geral, eles e seus auxiliares, mas principalmente eles próprios, cortam os cabelos da clientela, costuram as roupas encomendadas, consertam os canos danificados e executam a assistência técnica solicitada, as correspondentes sociedades de que participam esses profissionais seriam sociedades simples. Estruturada uma organização

nessas sociedades para o efeito de prestar o serviço a que elas se propõem, os sócios refluíam para uma posição de coordenação, deixando a operação para os empregados, e, como consequência, despontaria a sociedade empresária.” (Mônica Gusmão).

OBRIGAÇÕES DO EMPRESÁRIO

Os empresários estão sujeitos às seguintes obrigações: **(a) registrar-se** na Junta Comercial antes de dar início à exploração de sua atividade; **(b) manter escrituração** regular de seus negócios; **(c) levantar demonstrações** contábeis periódicas.

Memorização



Registro no órgão competente (Lei nº 8.934/94)

Conforme o art. 967 do CC, **ANTES** do início da atividade empresarial, o empresário deve realizar seu registro no Registro Público de Empresas Mercantis, a cargo das Juntas Comerciais.

Legislação: "Art. 967 do CC. É obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, **antes** do início de sua atividade."

Por sua vez, a depender da espécie de empresário, há efeitos diferentes decorrentes do registro:

	Empresário individual	EIRELI	Sociedade Empresária
Efeito do Registro	Atividade empresarial regular.	Atividade empresarial regular e aquisição de personalidade jurídica.	Atividade empresarial regular e aquisição de personalidade jurídica.

Doutrina: "No caso das sociedades empresárias [e também da EIRELI], o registro dos atos constitutivos na Junta Comercial assume **dupla função**. Por um lado, possui **natureza constitutiva da pessoa jurídica**, ou seja, estabelece o momento a partir do qual a sociedade assume personalidade jurídica distinta das pessoas dos sócios, bem como adquire patrimônio próprio e distinto daqueles de seus sócios. Por outro, afigura-se **declaratória da condição de empresária**." (Gustavo Tepedino)

Destaca-se que a obrigatoriedade de inscrição não se aplica ao profissional/ produtor rural (art. 971 do CC).

Escrituração regular

Como obrigação, temos ainda a escrituração dos negócios do empresário⁹⁵, sendo extremamente relevante, por exemplo, para fins **(i)** tributários, **(ii)** obtenção de enquadramentos diferenciados (empresa de pequeno porte, microempresa, pequeno empresário) e **(iii)** probatórios (no campo processual).

***Doutrina:** “Escriturar, no sentido do texto, é a ação de registrar ou de anotar as contas de uma empresa; significa lançar nos livros ou instrumentos de escrituração adequados, com base em documento hábil, as operações que o empresário realiza no desenvolvimento de suas atividades e os reflexos que delas decorrem.” (Alfredo de Assis Gonçalves Neto)*

***Doutrina:** “Os empresários têm o dever de manter a escrituração dos negócios de que participam (CC, art. 1.179). Ou seja, o exercício regular da atividade empresarial pressupõe a organização de uma contabilidade, a cargo de profissionais habilitados. Não há empresário regular que possa prescindir dos serviços do contador, seja contratando-o como empregado, seja como profissional autônomo.” (Fábio Ulhoa Coelho)*

***Doutrina:** “A escrituração regular dos livros é uma obrigação do empresário, como visto, estipulada pelos artigos 1.179 e seguintes do Código Civil, alcançando não apenas o dever de efetuar a contabilidade empresarial (...), mas ainda no dever de bem guardar e conservar toda a escrituração já elaborada, permitindo sua utilização como meio de prova, como se estudará no item seguinte. Essa segunda obrigação tem tratamento legal específico no artigo 1.194 do Código Civil, que prevê que o dever de guarda e conservação de toda a escrituração alcança a correspondência e mais papéis concernentes à sua atividade, perdurando enquanto não ocorrer prescrição ou decadência no tocante aos atos neles consignados.” (Gladston Mamede)*

Levantamento periódico de demonstrações contábeis

Por fim, é obrigação do empresário o levantamento periódico de suas atividades, mediante a elaboração de **um** balanço patrimonial e **um** de resultado econômico (art. 1.179 do CC), normalmente a cada ano.

***Doutrina:** “Com o advento da norma codificada, o empresário deve confeccionar dois balanços: o patrimonial e o de resultado econômico.” (Alfredo de Assis Gonçalves Neto)*

Memorização:

Lembra-se que são 2 (dois) balanços.

⁹⁵ Iremos estudar a escrituração de forma mais detalhada mais para o final desta aula.



CARVALHO DE MENDONÇA denomina o balanço

Doutrina: “(...) um quadro sinótico do ativo e passivo, demonstrando o saldo credor ou devedor.” (Carvalho de Mendonça)

O pequeno empresário está dispensado também dessa obrigação, nos termos do artigo 1.179, § 2º, do CC.

No balanço patrimonial (arts. 1.187 e 1.188 do CC), haverá a exposição da real situação do empresário, apresentando distintamente os bens integrantes do ativo e do passivo do empresário, definindo ao final o patrimônio líquido.

Em relação à periodicidade para a elaboração de demonstrações contábeis é, em regra, anual. Apenas as instituições financeiras e as sociedades anônimas que distribuem dividendos semestrais estão obrigadas a levantá-las em menor periodicidade.

EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA (EIRELI)

Legislação essencial

Diploma/Lei	Artigos
Código Civil	Arts. 44 e 980-A

Introdução

Bom pessoal, vamos iniciar o estudo da empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI) com o art. 980-A do Código Civil, adicionado pela Lei nº 12.441/11.

Esse dispositivo, em síntese, regulamenta **(a)** a titularidade; **(b)** o capital social; **(c)** o nome empresarial; **(d)** a transformação; e **(e)** aplicação legislativa analógica da EIRELI.

Legislação: “Art. 980-A do CC. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital **social**, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

§ 1º O nome empresarial deverá ser formado pela inclusão da expressão “EIRELI” após a firma ou a denominação **social** da empresa individual de responsabilidade limitada.

§ 2º A pessoa **natural** que constituir empresa individual de responsabilidade limitada somente poderá figurar em uma única empresa dessa modalidade.

§ 3º A empresa individual de responsabilidade limitada também poderá resultar da concentração das quotas de outra modalidade societária num único sócio, **independentemente** das razões que motivaram tal concentração.

§ 4º (VETADO)

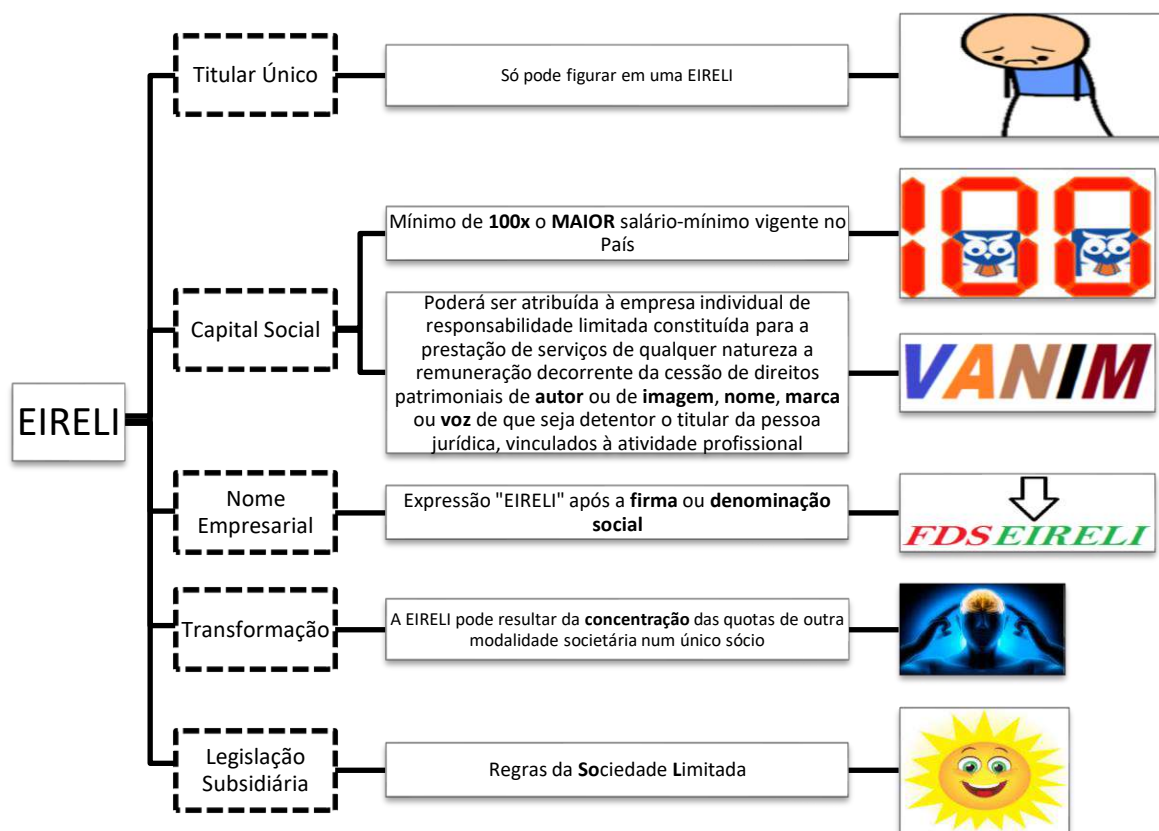
§ 5º Poderá ser atribuída à empresa individual de responsabilidade limitada constituída para a prestação de serviços de qualquer natureza a remuneração decorrente da cessão de direitos patrimoniais de autor ou de imagem, nome, marca ou voz de que seja detentor o titular da pessoa jurídica, vinculados à atividade profissional.

§ 6º Aplicam-se à empresa individual de responsabilidade limitada, no que couber, as regras previstas para as sociedades limitadas.”

Por ser um dos poucos dispositivos do Código Civil que trata da EIRELI, é importante decorá-lo. Então, vamos para memorização.

Memorização

Quanto ao titular único, que só pode figurar em uma EIRELI, lembra de uma pessoa triste e sozinho. Em relação ao capital social, lembrem-se das duas corujas nos dois zeros do cem. No que tange aos bens que pode fazer parte do capital social, lembrar do nome VANIM. Quanto ao nome empresarial, depois do final de semana (FDS), vem a expressão “EIRELI”. Em relação à transformação, lembra da concentração. Por fim, no que tange à analogia, lembrem do SOL (Sociedade Limitada).



O que estava previsto no vetado § 4º do art. 980-A?

R: O vetado § 4º do art. 980-A previa a seguinte disposição: “§ 4º Somente o patrimônio social da empresa responderá pelas dívidas da empresa individual de responsabilidade limitada, não se confundindo em qualquer situação com o patrimônio da pessoa natural que a constitui, conforme descrito em sua declaração anual de bens entregue ao órgão competente.”, tendo o veto a seguinte justificativa: “Não obstante o mérito da proposta, o dispositivo traz a expressão 'em qualquer situação', que pode gerar divergências quanto à aplicação das hipóteses gerais de desconideração da personalidade jurídica, previstas no art. 50 do Código Civil. Assim, e por força do § 6º do projeto de lei, aplicar-se-á à EIRELI as regras da sociedade limitada, inclusive quanto à separação do patrimônio.”.

Apesar disso, **HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA** faz duras críticas ao veto:

Doutrina: “Conhecido, principalmente, o viés do direito trabalhista e do direito tributário na perseguição do patrimônio pessoal dos sócios, responsabilizando-os por dívidas daquela natureza, faltou no caso presente uma referência expressa à responsabilidade exclusiva do patrimônio da Eireli pelas obrigações em questão e por aqueles resultantes de sua atividade regular, não se permitindo avançar sobre o restante do patrimônio do titular dessa empresa, sob pena de esvaziar-se completamente o seu objetivo, que é, no fundo, o de limitar a responsabilidade do empresário individual.

A preocupação não é gratuita, considerando as razões do veto presidencial ao § 4º do art. 980-A, (...).

*Ora, as razões do veto foram baseadas, justamente, na referência ao art. 50 do CC/2002, alegando-se que as limitações do dispositivo acima poderiam gerar divergências quanto à desconsideração da personalidade jurídica da Eireli. **Nada a ver.** Caso as premissas do art. 50 viessem a se configurar, o instituto da desconsideração do patrimônio separado em questão poderia ser feita sem qualquer óbice, e o desaparecido § 4º deveria ter sido obviamente mantido. Assim sendo, tais razões têm toda a cara de uma confissão invertida, isto é, feita antes da prática do crime.” (Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa)*

Objetivo da criação da EIRELI

A responsabilidade ilimitada do empresário individual, embora seja garantia importante para aqueles que com ele contratam, sempre amedrontou a livre iniciativa, uma vez que nem todos estão dispostos a assumir riscos para obter rendimentos econômicos.

Em razão disso, o direito criou técnicas de limitação de responsabilidade para incentivar o desenvolvimento da própria economia: **(i)** sociedade unipessoal; **(ii)** afetação de um patrimônio e; **(iii)** a empresa individual de responsabilidade limitada.

Doutrina: “Tais técnicas de limitação de responsabilidade nas atividades empresariais estão originalmente ligadas à criação de sociedades personificadas, de modo que a sociedade tenha o risco da atividade, mas seus sócios possam ter riscos limitados. Com o advento do CC de 2002, criou-se uma hipótese excepcional de limitação dos riscos para o exercício individual da atividade empresarial, no caso de continuação da atividade pelo empresário incapaz (art. 974, § 2º). Fora dessa hipótese, os empresários individuais terão riscos ilimitados, o que é um desincentivo à atividade. **Para tentar resolver esse problema, foi criada a EIRELI com o objetivo de permitir direta ou indiretamente o exercício individual da empresa com limitação de riscos.” (Marlon Tomazette)**

Sociedade unipessoal

Em alguns países, buscando limitar a responsabilidade do empresário individual, há uma tendência de admissão da sociedade unipessoal como situação comum, e não como exceção.

Doutrina: “Assim, seria possível criar uma sociedade de um único sócio, com a mesma limitação de riscos dos sócios das sociedades limitadas.

Tal técnica de limitação de riscos é bastante usada especialmente no âmbito do direito europeu, partindo-se do modelo da sociedade limitada, em razão de esse modelo ser o mais adaptado às exigências das pequenas e médias empresas. Calixto Salomão Filho afirmava que a tendência do direito brasileiro seria seguir tal caminho.

Todavia, tal solução é questionável na sua própria concepção. Não há dúvida de que a pluralidade de sócios não significa reforço para os credores, mas sem sombra de dúvida a pluralidade é uma exigência inerente ao funcionamento orgânico das sociedades, pois afasta a ideia da affectio societatis, a expressão de uma vontade social e especial a existência de um interesse social. A própria ideia de agrupamento que é diretamente ligada a de sociedade seria desvirtuada. Haveria um desvirtuamento das regras do direito societário para essa limitação de riscos, a qual não é necessária nesse caso, pela existência de outras técnicas.” (Marlon Tomazette)

Existe sociedade unipessoal no Brasil?

R: Sim. No ordenamento jurídico brasileiro, são aceitas duas hipóteses de unipessoalidade em sociedade empresárias:

(a) Unipessoalidade superveniente: quando restar apenas um sócio em sociedade, originariamente, constituída com pluralidade. Há prazo legal para inclusão de um outro sócio:

i. Sociedades em geral: 6 (seis) meses (art. 1.033, inciso IV, do CC);

Legislação: “**Art. 1.033 do CC.** Dissolve-se a sociedade quando ocorrer: (...) IV - a falta de pluralidade de sócios, não reconstituída no prazo de cento e oitenta dias;”

ii. Sociedade anônima: o sócio remanescente tem até a próxima assembleia-geral ordinária para apresentar ao menos mais um acionista (art. 206, inciso I, alínea “d”, da Lei nº 6.404/76).

Legislação: “**Art. 206 da Lei nº 6.404/76.** Dissolve-se a companhia: (...) I - de pleno direito: (...) d) pela existência de 1 (um) único acionista, verificada em assembleia-geral ordinária, se o mínimo de 2 (dois) não for reconstituído até à do ano seguinte, ressalvado o disposto no artigo 251;”

(b) Unipessoalidade originária: neste caso, há três situações:

i. Sociedade subsidiária integral: está prevista na Lei de Sociedades por Ações (art. 251 da Lei nº 6.404/76), permitindo a uma sociedade brasileira a possibilidade de ser a única titular do capital social de outra sociedade, sua subsidiária integral, desde sua criação;

Legislação: “**Art. 251, caput, da Lei nº 6.404/76.** A companhia pode ser constituída, mediante escritura pública, tendo como único acionista sociedade brasileira.”

ii. Empresa pública: conforme art. 5º, inciso II, do Decreto-Lei nº 200/67, a empresa pública é formada por capital exclusivo da União.

Legislação: “**Art. 5º do Decreto-Lei nº 200/67.** Para os fins desta lei, considera-se: (...) II - Empresa Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.”

iii. Sociedade unipessoal da Advocacia: conforme art. 15, *caput*, da Lei nº 8.906/94, os advogados podem constituir sociedade unipessoal de advocacia.

Legislação: “**Art. 15, caput, Lei nº 8.906/94.** Os advogados podem reunir-se em sociedade simples de prestação de serviços de advocacia ou constituir sociedade unipessoal de advocacia, na forma disciplinada nesta Lei e no regulamento geral.”

Patrimônio de afetação

Outro instrumento utilizado para limitação dos riscos no exercício individual da empresa é a criação de um patrimônio de afetação, ou seja, a vinculação de parte do patrimônio do titular para o exercício da atividade econômica, limitando sua responsabilidade a essa quota.

Doutrina: “(...). Tal solução é considerada, a nosso ver com razão, por Sylvio Marcondes e Wilges Bruscato a melhor técnica de limitação da responsabilidade.

Embora o patrimônio seja uma universalidade, vem se admitindo para certos objetivos esse tipo de segregação patrimonial. Assim, na incorporação imobiliária, o incorporador poderá constituir um patrimônio de afetação para o referido empreendimento imobiliário. (...). Do mesmo modo, no caso do empresário individual incapaz há uma segregação patrimonial, nos termos do artigo 974, § 2º, do Código Civil. Outro exemplo de patrimônio de afetação é o das câmaras e prestadoras de serviços de compensação e liquidação financeira (clearings),

integrantes do sistema de pagamentos brasileiro regido pela Lei 10.214/2001. Assim, não se trata de expediente desconhecido, mas algo que já vem sendo utilizado de forma eficaz.

O patrimônio de afetação nada mais é do que uma segregação patrimonial. Ele representa o conjunto de bens segregados do patrimônio de um sujeito para o cumprimento de finalidades específicas, com direitos e obrigações próprios, o qual não se comunica com o patrimônio geral daquele sujeito. Apartado do patrimônio geral para realizar um determinado fim, o patrimônio separado concentra, em si, o ativo e o passivo emergentes do complexo de relações jurídicas necessárias à satisfação desse fim. Separar uma parcela do patrimônio do titular e vinculá-la ao exercício da empresa é o cerne dessa técnica de limitação de responsabilidade. (...).

Nesta técnica não se cria um novo centro de imputação jurídica, mas apenas e propriamente uma limitação de responsabilidade. O sujeito é único, mas, por atos de essência empresarial deve responder o acervo para este fim reservado e só por eles. Pelos demais atos, ditos da vida civil do sujeito, respondem os demais. Essa não criação de um novo sujeito é considerada um dos problemas dessa solução, na medida em que não permitiria ao empresário individual o acesso ao crédito desvinculado da sua pessoa, nem haveria a adequada percepção de terceiros da separação patrimonial, sem a capa de uma nova pessoa jurídica.” (Marlon Tomazette)

Nova pessoa jurídica

Por fim, como terceira opção, tem-se admitido a criação de um novo tipo de pessoa jurídica para limitar os riscos do empresário individual.

Doutrina: *“Nesta técnica, o que se faz é atribuir personalidade jurídica à empresa individual, a fim de congrega, em torno de sujeito de direito, diverso da pessoa do empresário, as relações jurídicas emergentes da atividade empreendedora, vale dizer, a criação legislativa da empresa individual de responsabilidade limitada, como sujeito de direito, importaria, necessariamente, na instituição de uma nova classe de pessoa jurídica de direito privado. A personificação da empresa se justificaria por dois motivos básicos: em primeiro lugar, pela complexidade de sua organização; em segundo lugar, pela multiplicidade e diversidade dos interesses que vem polarizando. Trata-se, de certa forma, do reconhecimento do perfil subjetivo da empresa.*

Tal técnica é criticada, na medida em que não é a personalização da sociedade que limita a responsabilidade, mas a existência de regra específica de limitação de responsabilidade, tanto que nem toda pessoa jurídica está associada a uma responsabilidade. Assim, não haveria motivo para personalizar a empresa individual e criar uma nova pessoa jurídica, uma vez que esse não seria um expediente adequado para os fins almejados. Embora a personificação seja um instrumento a serviço de interesses humanos, seria interessante não desvirtuar e banalizar uma concepção tão importante. Apesar das críticas, tratase de técnica bastante adotada.” (Marlon Tomazette)

O que é a “sociedade fictícia” ou “sociedade a favor”?

R: Alguns autores lembram que, até a criação da EIRELI, era costume no campo empresarial a criação de “sociedades fictícias” (“sociedades a favor”) compostas por um sócio que detinha quase a totalidade do capital da sociedade e outro minoritário (sócio fantoche) para alcançar a limitação da responsabilidade pessoal.

Opção brasileira pela criação da empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI)

Dentre os sistemas possíveis de limitação de riscos para o exercício da empresa acima abordados, há divergência sobre qual sistema o Brasil adotou por não haver unanimidade a respeito da natureza jurídica da EIRELI.

Qual a natureza jurídica da EIRELI?

R: Há divergência na doutrina.

Fábio Ulhoa Coelho e Gladston Mamede	Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa	Jornada de Direito Civil, Jornada de Direito Comercial, Marlon Tomazette, Wilges Bruscato (majoritária)
Espécie de Sociedade (Sociedade Unipessoal)	Patrimônio Separado ou de Afetação	Novo ente jurídico personificado

***Doutrina:** “A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada -EIRELI não é sociedade unipessoal, mas um novo ente, distinto da pessoa do empresário e da sociedade empresária.” (Enunciado nº 3 da I Jornada de Direito Comercial)*

***Doutrina:** “A empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI) não é sociedade, mas novo ente jurídico personificado.” (Enunciado nº 469 da V Jornada de Direito Civil)*

Conceito

Na linha da corrente majoritária, pode-se conceituar EIRELI como pessoa jurídica de direito privado, instituída por declaração de vontade de uma única pessoa, mediante capital mínimo, para o exercício de atividade econômica.

O termo “social” utilizado no *caput* do art. 980-A do Código Civil e em seu § 1º é correto?

R: A corrente doutrinária majoritária afirma que a EIRELI é uma nova pessoa jurídica, diferente da sociedade, de maneira que o termo “social”, que se refere à sociedade, está incorreto.

***Doutrina:** “É inadequada a utilização da expressão ‘social’ para as empresas individuais de responsabilidade limitada.” (Enunciado nº 472 da V Jornada de Direito Civil)*

***No mesmo sentido:** Alfredo de Assis Gonçalves Neto e Wilges Bruscato.*

O nome “empresa individual de responsabilidade limitada” é adequado?

R: Como lembra **ANDRÉ LUIZ SANTA CRUZ RAMOS**, não, pois empresa, pelo perfil adotado pelo Código Civil, é atividade econômica organizada profissionalmente desempenhada:

***Doutrina:** “Nós, autores e professores de direito empresarial, sempre explicamos aos nossos leitores e alunos a distinção entre empresa (atividade econômica organizada) e empresário (pessoa que exerce atividade econômica organizada). Infelizmente, o legislador não conhece tal distinção.*

Obviamente, o mais correto seria chamar o instituto criado de ‘empresário individual de responsabilidade limitada’, porque empresa é a atividade desenvolvida.” (André Luiz Santa Cruz Ramos)

Entretanto, **ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO** que o erro já foi praticado em outras oportunidades:

***Doutrina:** “Personaliza-se a empresa? Sim, o que não é novidade, porque, embora a opção do Código Civil tenha sido a de vê-la sob o ponto de vista funcional, o fato é que o termo também é utilizado entre nós como sinônimo de sociedade empresária (de que são exemplos a empresa pública, as empresas de grande ou pequeno porte etc.). Como o direito*

brasileiro optou pelo critério atributivo da personalidade jurídica (n. 86 infra), há mais uma pessoa jurídica de sua criação (CC, art. 44, inc. IV).” (Alfredo de Assis Gonçalves Neto)

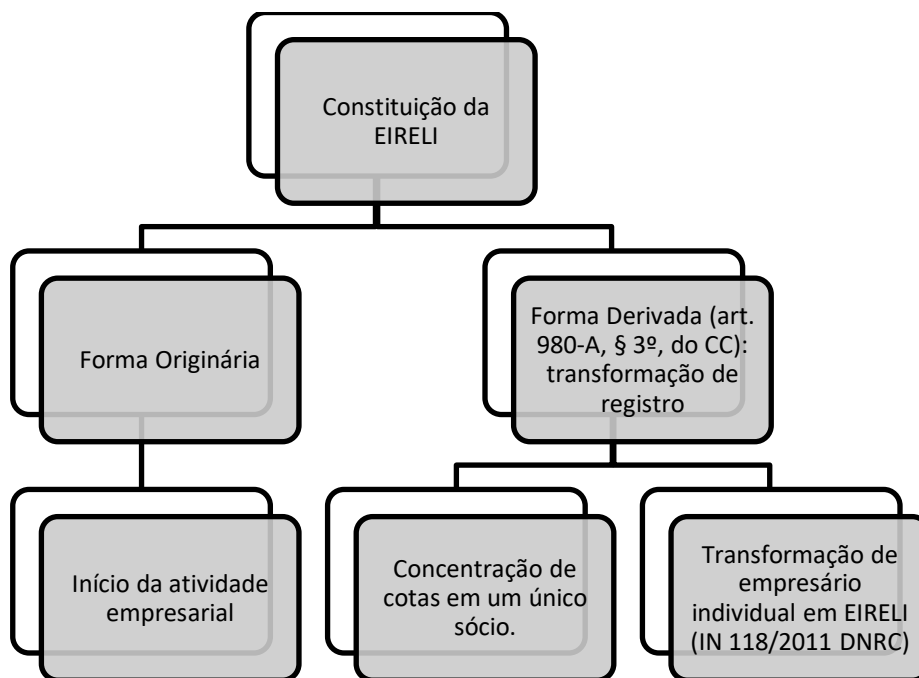
A EIRELI é uma criação inédita do Brasil?

R: Negativo. Muitos outros países já a preveem como lembra **ARNALDO RIZZARDO**:

Doutrina: “Salienta-se que a implantação desta modalidade vingou e granjeou sucesso em vários países, como Dinamarca, Portugal, Alemanha, Espanha, Bélgica, França (com o nome de ‘sociedade unipessoal de responsabilidade limitada’) e Portugal (onde a denominação é ‘estabelecimento comercial de responsabilidade limitada’).” (Arnaldo Rizzardo)

CONSTITUIÇÃO DA EIRELI

A EIRELI pode ser constituída de forma **(a)** originária (por meio de declaração unilateral de vontade do seu criador); **(b)** ou derivada (concentração das quotas de outra modalidade societária em um único sócio ou transformação do empresário individual em EIRELI).



Quanto à constituição derivada, vale lembrar que os juristas da V Jornada de Direito Civil fizeram questão de pontuar que tal possibilidade compreende inclusive a sociedade anônima:

Doutrina: “Admite-se a transformação do registro da sociedade anônima, na hipótese do art. 206, I, d, da Lei n. 6.404/1976, em empresário individual ou empresa individual de responsabilidade limitada.” (Enunciado nº 483 da V Jornada de Direito Civil)

Quem pode constituir uma EIRELI?

Neste ponto, há diversas divergências, de modo que optei por montar o quadro abaixo para ficar mais claro.

Espécie de pessoa	Pode constituir EIRELI?
Pessoa física plenamente capaz	SIM (<i>caput</i> do art. 980-A do CC)
Produtor rural	SIM , “O produtor rural, nas condições mencionadas do art. 971 do CCB, pode constituir EIRELI.” (Enunciado nº 62 da II Jornada de Direito Comercial)
Pessoa física incapaz (absoluta ou relativamente)	SIM . “Por se tratar de uma nova pessoa jurídica com vida própria, muito similar a uma sociedade limitada, consoante determina o próprio artigo 980A, § 6º, não vemos a necessidade da capacidade plena para tal pessoa física constituir a EIRELI. Ora, se incapazes podem ser sócios da limitada, eles podem constituir a EIRELI como um investimento que seria feito em uma sociedade, exigindose as mesmas condições de tal participação societária. (...) Assim, tomandose a sociedade limitada como parâmetro [v. § 6º do art. 980-A do CC], à luz do artigo 974, § 3º do CC, o incapaz poderá ser titular da EIRELI desde que seja devidamente assistido ou representado e não exerça funções de administração. A integralização do capital social no caso é requisito da própria constituição da EIRELI (CC – art. 980A) e não da participação do incapaz. Preenchidos esses requisitos, o incapaz poderá ser titular da EIRELI, mas essa constituição não será causa de emancipação, como não o é a participação em sociedade, pois não se trata de exercício em nome próprio da atividade empresarial.” (Marlon Tomazette). Na mesma linha: “Todavia, por força do art. 974 do mesmo diploma [CC], cremos que o menor, por meio de representante ou devidamente assistido, poderá estabelecer EIRELI para continuar empresa antes exercida por seus pais ou pelo autor de herança.” (Wilges Bruscato)
	NÃO . A IN 38/2017 – DREI não admite a constituição de EIRELI por pessoa física incapaz. Na mesma linha: Alfredo de Assis Gonçalves Neto .
Pessoa física plenamente capaz, mas que é proibida de ser empresária	SIM . “Pelos mesmos motivos, os impedimentos atinentes ao exercício da atividade empresarial das pessoas físicas como empresário individual também não se aplicam aqui, uma vez que haverá a criação de uma nova pessoa jurídica. Ora, se tais impedimentos não vedam a condição de sócio de uma sociedade limitada, também não devem vedar a condição de titular da EIRELI, pela própria determinação de aplicação das regras da sociedade limitada (CC – art. 980A, § 6º). Dessa forma, servidores públicos, magistrados, membros do Ministério Público e militares da ativa podem constituir EIRELI, desde que não exerçam as funções administrativas inerentes ao exercício da empresa.” (Marlon Tomazette)

	<p>NÃO. “Por outro lado, não pode ser titular da EIRELI a pessoa legalmente impedida de exercer atividade econômica, como o funcionário público, porque deste modo a pessoa jurídica estaria sendo utilizada para contornar a vedação legal. O desvio de finalidade da pessoa jurídica, mais precisamente, sua utilização para fins que o ordenamento condena, justifica plenamente essa conclusão.” (Alfredo de Assis Gonçalves Neto). Na mesma linha: Wilges Bruscato. O DREI parece seguir essa linha, pois, no Manual de Registro da EIRELI, item 1.2.5 (“Capacidade para ser titular de EIRELI”) está expresso que: “Pode ser titular de EIRELI, desde que não haja impedimento legal: (...)”.</p>
Pessoa Jurídica Nacional	<p>SIM, “inclusive as de fins não empresariais para exercício de atividades lucrativas subsidiárias.” (Marlon Tomazette). No mesmo sentido: Fábio Ulhoa Coelho, Ricardo Negrão, Arnaldo Rizzardo, Nelson Nery, Gustavo Tepedino e DREI (sucessor do DNRC). Isso porque não há proibição legal.</p>
	<p>NÃO (Sérgio Campinho, Wilges Bruscato, Gladston Mamede, Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, Jornada de Direito Comercial, Alfredo de Assis Gonçalves Neto). “A empresa individual de responsabilidade limitada só poderá ser constituída por pessoa natural.” (Enunciado nº 468 da V Jornada de Direito Civil). Isso porque (i) a criação da empresa individual de responsabilidade limitada teve como justificativa instituir uma garantia ou proteção quanto ao patrimônio particular do empresário individual, de sorte a não ficar comprometido na sua totalidade para saldar os compromissos assumidos; (ii) além disso, autorizada a criação por uma pessoa jurídica, a vedação do art. 980-A, § 2º, do CC, não seria aplicada, permitindo “o surgimento de cadeias de EIRELI(s), uma dando nascimento a outra ou outra.” (Alfredo de Assis Gonçalves Neto).</p>
Pessoa Jurídica Estrangeira	<p>SIM (DREI IN 38/2017).</p>
	<p>NÃO (Sérgio Campinho, Wilges Bruscato, Gladston Mamede, Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, Arnaldo Rizzardo, Jornada de Direito Comercial, Alfredo de Assis Gonçalves Neto).</p>

A constituição da EIRELI na Junta Comercial se faz mediante contrato social?

R: Não, a constituição originária ou derivada da EIRELI representa uma declaração unilateral de vontade.

Logo, sua constituição se faz por meio de declaração unilateral de vontade na Junta Comercial. E, a partir de seu registro/inscrição na Junta Comercial, surge sua personalidade jurídica.

Doutrina: “Em todo caso, a constituição originária ou derivada da EIRELI representará uma declaração de vontade do seu titular. Tal declaração não tem a natureza de um contrato, pois não há conjugação de vontades, mas de uma **declaração unilateral de vontade**, vale dizer, de um ato de fundação. Com essa declaração de vontade será possível o surgimento dessa nova pessoa jurídica, o qual só se concretizará com o registro do ato constitutivo na junta comercial, uma vez que estamos diante do exercício de atividade empresarial (CC – art. 967).

Esse ato constitutivo que será registrado na junta comercial deve preferencialmente ser chamado de estatuto, uma vez que não há encontro de vontades na sua origem, para utilizarmos a denominação contrato social.”
(Marlon Tomazette)

Doutrina: *“O ato constitutivo da empresa individual de responsabilidade limitada é uma declaração unilateral de vontade e como tal deve ser tratado. Enquadra-se, portanto, no gênero dos negócios jurídicos unilaterais.”*
(Alfredo de Assis Gonçalves Neto)

A EIRELI pode ter como objeto atividade intelectual, de natureza literária, artística ou científica?

R: Perdendo a chance de fixar um entendimento, o Enunciado nº 471 da V Jornada de Direito Civil assim dispõe:

Legislação: *“Os atos constitutivos da EIRELI devem ser arquivados no **registro competente**, para fins de aquisição de personalidade jurídica. A falta de arquivamento ou de registro de alterações dos atos constitutivos configura irregularidade superveniente.”* **(Enunciado nº 471 da V Jornada de Direito Civil)**

Veja que o enunciado não menciona a qual registro se refere (Junta Comercial ou Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas), havendo divergência sobre o tema.

Alfredo de Assis Gonçalves Neto e Wilges Bruscato	Cartórios de Registro Civil de Pessoas Jurídicas, Gustavo Tepedino e Fábio Ulhoa Coelho
NÃO	SIM
<p>“Por último, considerada a empresa individual de responsabilidade limitada um agente econômico alternativo às pessoas do empresário e da sociedade empresária, seu objeto tem de ser o exercício de uma atividade econômica organizada própria de empresário para a circulação de bens ou de serviços, porquanto não difere em seus fins da atividade econômica que é inerente ao empresário ou que constitui objeto de uma sociedade empresária. Dito de outro modo, evidencia-se, aqui, a impossibilidade de a empresa individual de responsabilidade limitada ter por objeto atividade intelectual, de natureza literária, artística ou científica, a teor da ressalva contida no art. 966, parágrafo único, do Código Civil, relativa ao empresário, e do disposto no seu art. 982, que toca ao objeto da sociedade empresária. Já a atividade rural presta-se para constituí-la, à luz da opção prevista no art. 971 do mesmo Código.” (Alfredo de Assis Gonçalves Neto)</p> <p>“A expressão ‘de qualquer natureza’, constante do texto legal, não autoriza a ampliação pretendida. Veja-se que no parágrafo único do art. 966 o legislador usa o termo ‘natureza’ para discriminar tipos diversos de profissões abrangidas no gênero ‘trabalho intelectual’ (não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística ...’). Como a</p>	<p>Com base na expressão “qualquer natureza” prevista no § 5º do art. 980-A do Código Civil, alguns cartórios de registro civil de pessoas jurídicas tem permitido o registro de EIRELI cujo objeto seja atividade intelectual:</p> <p>“Art. 980-A, § 5º, do CC. Poderá ser atribuída à empresa individual de responsabilidade limitada constituída para a prestação de serviços de qualquer natureza a remuneração decorrente da cessão de direitos patrimoniais de autor ou de imagem, nome, marca ou voz de que seja detentor o titular da pessoa jurídica, vinculados à atividade profissional.”</p> <p>“A EIRELI poderá explorar atividade própria de empresário (<i>caput</i> do art. 966 do CC) ou não (tais como as atividades do par. un. do art. 966 do CC). Neste último caso, será a EIRELI simples, sujeitando-se a todos os efeitos e consequências jurídicas de tal natureza, tal como o registro perante o Registro Civil de Pessoas Jurídicas e não à Junta Comercial.” (Gustavo Tepedino)</p> <p>“A EIRELI pode explorar atividade empresarial ou típica de sociedades simples.” (Fábio Ulhoa Coelho)</p>

EIRELI se refere à atividade empresarial, ante o que foi exposto, a expressão ‘serviços de qualquer natureza’ deve ser interpretada dentro do gênero empresarial.” (Wilges Bruscato)	
Para esta corrente, a EIRELI só pode ser inscrita/registrada na Junta Comercial, pois só desempenha atividade empresarial.	Para esta corrente, a EIRELI pode ser inscrita/registrada na Junta Comercial (se desempenhar atividade empresarial) ou no Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas (se desempenhar atividade intelectual).

Limitação de titularidade

Cada pessoa **natural** só pode constituir uma empresa individual de responsabilidade limitada (art. 980-A, § 2º, do Código Civil), embora possa, simultaneamente, ser sócia de uma ou mais sociedades, sem limitação de número.

~~Pontuo, no entanto, que há uma consulta pública aberta no DREI (nº 03/2018) que, se aprovada, irá autorizar que pessoa **jurídica** titularize mais de uma EIRELI.~~

A IN nº 47/18, aprovada em 03.08.2018, autoriza que uma pessoa **jurídica** figure em mais de uma EIRELI:

Instrução Normativa: “A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada - EIRELI poderá ser constituída tanto por pessoa natural quanto por pessoa jurídica, nacional ou estrangeira. Quando o titular da EIRELI for pessoa natural deverá constar do corpo do ato constitutivo cláusula com a declaração de que o seu constituinte não figura em nenhuma outra empresa dessa modalidade. A pessoa jurídica pode figurar em mais de uma EIRELI.”

Capital “Social”

Como já pontuado, o termo “social” é inadequado, pois a EIRELI não é sociedade.

De qualquer forma, para a constituição da EIRELI, o Código Civil exige um capital mínimo de 100 (cem) vezes o maior salário mínimo vigente no país, devidamente integralizado no ato da constituição da EIRELI.

Ou seja, é necessário **(i)** 100 (cem) vezes o maior salário mínimo vigente no país; e **(ii)** completa integralização no ato da inscrição/registro.

Doutrina: “Embora não seja tradicional no nosso direito, tal capital mínimo representa um mínimo – o tal limiar de idoneidade, de seriedade por parte do ente jurídico com o qual se estabelecem relações contratuais. Sem esse capital mínimo e sua integralização, a EIRELI não poderá ser devidamente constituída.” (Marlon Tomazette)

Na EIRELI, o capital social tem duas funções básicas: **(a)** função de produtividade enquanto fator patrimonial inicial que possibilitará o exercício da atividade empresarial; **(b)** função de garantia, uma vez que o capital representa o mínimo do patrimônio da EIRELI que os credores teriam a sua disposição para satisfação das obrigações.

Por certo, ao contrário do empresário individual, que responde com seu patrimônio integral, a única garantia que o credor tem quando negocia com a EIRELI são esses 100 (cem) salários-mínimos, o que torna sua função garantidora muito importante:

Doutrina: “O patrimônio da empresa individual de responsabilidade limitada responderá pelas dívidas da pessoa jurídica, não se confundindo com o patrimônio da pessoa natural que a constitui, sem prejuízo da aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica.” (Enunciado nº 470 da V Jornada de Direito Civil)

Ademais, na EIRELI, exige-se que o referido montante de 100 (cem) salários-mínimos seja imediatamente integralizado na própria constituição. Não há possibilidade de integralização posterior.

Doutrina: “Dentro da mesma perspectiva de proteção aos credores e pela aplicação das regras atinentes às sociedades limitadas, o capital só pode ser formado por dinheiro ou bens, não se admitindo a contribuição em serviços (CC – art. 1.055, § 2º), uma vez que o capital social é a garantia dos credores e a contribuição em serviços não teria como cumprir esse papel de garantia.

Pelas mesmas razões, nos casos de contribuição em bens, não se pode incorporar ao capital social um bem por um valor superior ao seu valor efetivo. O titular da EIRELI responderá pela exata estimação dos bens conferidos, pelo prazo de 5 anos (CC – art. 1.055, § 1º c/c art. 980A, § 6º), vale dizer, se houve uma superavaliação de bens em prejuízo da efetividade do capital social, o titular responderá pela diferença.” (Marlon Tomazette)

DIREITO DO CONSUMIDOR

Olá meus amigos, tudo bem? Para auxiliar o vosso estudo, encaminho um pequeno resumo da matéria já estudada. Espero que seja útil.

Grande abraço e boa prova!

Igor Maciel



profingormaciel@gmail.com

Convido-os a seguir minhas redes sociais. Basta clicar no ícone desejado:



@ProfIgorMaciel

A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AO CONSUMIDOR

Até o advento da Constituição Federal de 1988, as relações privadas entre consumidores e fornecedores eram reguladas pelo Código Civil. Inexistia, portanto, qualquer privilégio da parte hipossuficiente na relação negocial. Uma vez que civil a relação analisada, consumidores e fornecedores eram tratados de forma similar, como se estivessem no mesmo patamar negocial.

Contudo, o Constituinte Originário de 1988 positivou a necessidade de se proteger, até mesmo como um princípio da ordem econômica nacional, a defesa dos interesses do consumidor.

A preocupação do constituinte deu origem à lei 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, **norma de ordem pública e interesse social** e que deve ser aplicada a todas as relações que envolvem consumidores e fornecedores.

É que não se pode considerar na prática que consumidores e fornecedores estão no mesmo patamar de conhecimento quando iniciam uma determinada contratação.

Privilegiando a parte mais frágil, este novo ramo do direito procura equilibrar os pratos da balança, oferecendo proteção jurídica ao consumidor ante as contratações com fornecedores. Para Nelson Nery Jr, inclusive, o CDC deve ser considerado norma de principiologia, com eficácia supralegal, da qual irradiam diversas orientações para a produção de outras leis que protejam os interesses dos Consumidores (TARTUCE, 2016, pg. 11).

RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO – DEFINIÇÃO DE CONSUMIDOR E FORNECEDOR

Para entendermos o âmbito de aplicação do Direito do Consumidor, faz-se necessário definirmos os termos **consumidor**, **fornecedor**, **produto** e **serviço**. Vejamos um a um.

a) Consumidor

De acordo com o artigo 2º, do CDC:

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

Ao considerarmos individualmente o consumidor, pela dicção do artigo segundo, perceberemos três elementos essenciais na sua definição:

- i. **Aspecto subjetivo** – Poderá ser considerado consumidor tanto a pessoa física quanto a pessoa jurídica, independente se brasileiro ou estrangeiro, eis que o dispositivo legal não faz qualquer restrição;
- ii. **Aspecto objetivo** – O consumidor é aquele que adquire ou utiliza um produto ou serviço;
- iii. **Aspecto teleológico** – Necessário que a aquisição do produto ou utilização do serviço seja na qualidade de destinatário final;

A destinação final nada mais é que a aquisição do produto ou utilização do serviço sem o intuito de recolocação no mercado ou incremento no processo produtivo. A grosso modo, tem-se uma aquisição de um produto sem a intenção de com ele obter lucro.

Mas qual o alcance do aspecto teleológico na definição de consumidor?

Para definir o que seria o destinatário final da mercadoria, surgiram duas teorias: a interpretação finalista e a interpretação maximalista.

I. Teoria Finalista ou subjetiva

Para a Flávio Tartuce (2016, pg. 88), o artigo 2º, do CDC, adotou expressamente a teoria finalista ou subjetiva para a qualificação do consumidor. O consumidor deve ser, então, o destinatário final fático e econômico do produto ou serviço, em razão da expressão **destinatário final** constante no dispositivo.

Neste sentido (TARTUCE, 2016, pg. 89):

1º. Destinação final fática – o consumidor é o último da cadeia de consumo, ou seja, depois dele, não há ninguém na transmissão do produto ou do serviço.

2º. Destinação final econômica – o consumidor não utiliza o produto ou serviço para o lucro, repasse ou transmissão onerosa.

Assim, uma loja de roupas (pessoa jurídica) que adquire 20 (vinte) blusas de uma fábrica **para revender** não pode ser considerada consumidora desta mercadoria, eis que não a adquiriu como destinatária final. A aquisição das peças de roupas fora feita com o intuito de recolocá-las no mercado por um preço superior e, naturalmente, obter um lucro com a operação.

Por outro lado, acaso esta mesma loja de roupas adquira uma televisão, é possível considerá-la consumidora nesta operação, eis que não há interesse da empresa em revender o equipamento, mas em utilizá-lo na qualidade de destinatário final.

Trata-se, pois, da aplicação prática da destinação final **fática e econômica** do produto ou serviço adquirido. Para Leandro Lages (2014, pg. 19), não basta ser o consumidor:

destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção e levá-lo para o escritório ou residência, é necessário ser destinatário final econômico do bem. Isso significa que não pode utilizá-lo profissionalmente, pois o bem continuaria sendo um instrumento de produção. Seu valor seria embutido no preço final do produto ou do serviço disponibilizado no mercado de consumo.

Neste sentido, conforme já decidido pelo STJ:

*(...) 2. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza, como destinatário final, produto ou serviço oriundo de um fornecedor. Por sua vez, destinatário final, segundo a teoria subjetiva ou finalista, adotada pela Segunda Seção desta Corte Superior, é aquele que ultima a atividade econômica, ou seja, que retira de circulação do mercado o bem ou o serviço para consumi-lo, suprimindo uma necessidade ou satisfação própria, não havendo, portanto, a reutilização ou o reingresso dele no processo produtivo. **Logo, a relação de consumo (consumidor final) não pode ser confundida com relação de insumo (consumidor intermediário). Inaplicabilidade das regras protetivas do Código de Defesa do Consumidor. (...)***

(REsp 1321614/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Rel. p/ Acórdão Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 03/03/2015)

II. Teoria Maximalista

Já para a interpretação maximalista, o consumidor será tão somente o destinatário final fático do produto ou serviço, independentemente de dar ao produto uma destinação produtiva ou doméstica.

Exemplo desta interpretação seria o reconhecimento da relação de consumo entre uma indústria de confecção que adquire produtos de limpeza para aplicar nas peças que fabrica.

O Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista a possível injustiça cometida com a aplicação cega da teoria finalista, vem reconhecendo em determinadas hipóteses onde presente a **vulnerabilidade** (item estudado mais adiante) do adquirente do produto, a aplicabilidade do CDC:

*(...) 2. **A jurisprudência desta Corte tem mitigado os rigores da teoria finalista para autorizar a incidência do CDC nas hipóteses em que a parte (pessoa física ou jurídica), embora não seja tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, se apresente em situação de vulnerabilidade.** (...) (AgRg no AREsp 646.466/ES, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/06/2016, DJe 10/06/2016)*

Assim, em algumas situações justificáveis, poderá ser dispensado o atributo da destinação final econômica na caracterização do consumidor, desde que presente o requisito da vulnerabilidade do consumidor. O STJ, inclusive, reconhece que Pessoa Jurídica de Direito Público poderá ser considerado consumidor em uma contratação de Energia Elétrica, por exemplo.

Assim, em algumas situações justificáveis, poderá ser dispensado o atributo da destinação final econômica na caracterização do consumidor, desde que presente o requisito da vulnerabilidade do consumidor.

O STJ, inclusive, reconhece que Pessoa Jurídica de Direito Público poderá ser considerado consumidor em uma contratação de Energia Elétrica, por exemplo:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. ENERGIA ELÉTRICA. AÇÃO REVISIONAL. RELAÇÃO DE CONSUMO. ACÓRDÃO FUNDAMENTADO EM RESOLUÇÃO DA ANEEL. ANÁLISE DE NORMAS CONTIDAS EM RESOLUÇÃO. INVIABILIDADE.

(...)

***2. Quanto à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, esta Corte já se pronunciou no sentido de que, para se enquadrar no conceito de consumidor, se aplica a Teoria Finalista, de forma mitigada, quando a parte contratante de serviço público é pessoa jurídica de direito público e se demonstra a sua vulnerabilidade no caso concreto.** No caso dos autos, pretende-se revisar contrato firmado entre Município e concessionária de energia elétrica, sob o fundamento de haver excesso de cobrança de serviço fornecido a título de iluminação pública à cidade. Aqui, o Município não é, propriamente, o destinatário final do serviço. Entretanto, o acórdão recorrido não se manifestou a respeito de qualquer vulnerabilidade do ente público, razão pela qual a análise referente a tal questão demandaria o revolvimento do suporte fático-probatório dos autos, o que é vedado nesta seara recursal, ante o óbice da Súmula 7/STJ.*

(...)

(REsp 1297857/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/03/2014, DJe 26/03/2014)

b) Fornecedor

Já a definição de fornecedor no CDC está prevista no artigo 3º:

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

Percebam que não há exceções para quem poderá ser classificado ou não como fornecedor. Assim, aquele que exerça atividade com intuito de lucro poderá ser considerado fornecedor, independente de estar com sua situação regularizada ou não.

A grande e a pequena indústria, a grande e a pequena loja, a grande fábrica de doces e a doceira que trabalha em casa, todos são considerados fornecedores pelo CDC, acaso trabalhem com o intuito de lucro. O CDC, inclusive (LAGES, 2014, pg. 29):

enquadrou como fornecedores os entes despersonalizados (o espólio, a massa falida e o consórcio de empresas) eis que são sujeitos de direito. A massa falida pode ser demandada com base no CDC, por exemplo, caso ocorra um acidente de consumo envolvendo produtos ou serviços comercializados antes da decretação da falência.

c) Produto

O conceito de produto está expresso no CDC no parágrafo 1º, do artigo 3º:

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

Percebe-se que a definição legal é bastante genérica, incluindo no conceito qualquer bem ainda que imaterial. Ocorre que, como vimos acima, para aplicação do CDC necessário que haja o intuito de lucro do fornecedor e, exatamente por isto, o produto deve revestir-se de onerosidade. É dizer: os bens recebidos a título gratuito não devem enquadrar-se, a princípio, na definição do CDC.

Contudo, ao tratar especificamente dos produtos, o código não faz qualquer distinção quanto à remuneração.

Assim, a melhor interpretação dos dispositivos é a que abrange no conceito de produto as amostras grátis, os brindes e demais artifícios utilizados pelos fornecedores com o intuito de fidelizar ou ampliar sua clientela, independente da contraprestação paga pelos consumidores.

d) Serviços

Por fim, os serviços são definidos pelo CDC no parágrafo 2º, do artigo 3º:

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

Percebam que aqui o dispositivo fala que apenas os serviços fornecidos **mediante remuneração** estariam abarcados na definição de serviço. Contudo, a doutrina definiu que o termo remuneração previsto no dispositivo legal deve ser entendido no sentido genérico.

Assim, ainda que o serviço seja prestado gratuitamente, mas com o preço embutido em outro serviço ou produto, deve este ser considerado para efeitos de incidência do Código de Defesa do Consumidor.

A título de exemplo, deve ser aplicado o CDC (LAGES, 2014, pg. 30):

- i. No estacionamento gratuito oferecido por lojas e centros comerciais;
- ii. Na instalação gratuita quando da aquisição de determinados produtos;
- iii. Nos serviços de manobrista, ainda que gratuitos;
- iv. Nos programas de milhagem oferecidos por cartões de crédito;

Tais hipóteses enquadram-se em relação de consumo, ainda que o serviço seja fornecido gratuitamente. Isto porque os serviços nada mais são que o reforço embutido na venda de outros produtos. Neste sentido:

Súmula 130 – STJ - A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento.

Além disso, o dispositivo legal incluiu uma ampla gama de serviços ao âmbito de aplicação do CDC, inclusive os serviços bancários, financeiros e de natureza securitária.

Como visto, o tema não é tão simples de ser compreendido, sendo necessário que analisemos a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça para compreender em que situações se reconheceu ou não a aplicabilidade do CDC.

Isto porque as questões de concurso cobrarão as hipóteses em que o STJ reconheceu ou não a relação consumerista.

JURISPRUDÊNCIA ACERCA DA APLICABILIDADE DO CDC

Em que pese controvérsia inicial, o STJ pacificou a (in)aplicabilidade do CDC nas seguintes questões.

a) Instituições Financeiras

Nos termos da Súmula 297, do STJ, aplica-se o CDC às instituições financeiras:

Súmula 297 – STJ - O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.

Exatamente por isto, o STJ entende que a responsabilidade dos bancos é objetiva por infortúnios ocorridos no interior da agência:

(...) 1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: **As instituições bancárias respondem objetivamente pelos danos causados por fraudes ou delitos praticados por terceiros - como, por exemplo, abertura de conta-corrente ou recebimento de empréstimos mediante fraude ou utilização de documentos falsos -, porquanto tal responsabilidade decorre do risco do empreendimento, caracterizando-se como fortuito interno.** (...)

(REsp 1199782/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24/08/2011, DJe 12/09/2011)

b) Contratos de Planos de Saúde

De acordo com a Súmula 469, do STJ é consumerista a relação firmada entre consumidores operadoras de planos de saúde em tais contratos:

Súmula 469 – STJ - Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde.

Mas, atenção!

Aqui precisamos fazer uma ressalva, eis que há pelo menos duas formas de se organizar um plano de saúde.

A primeira delas, relação tipicamente consumerista nos termos da Súmula 469 do STJ acima transcrita, corresponde a uma determinada empresa que organiza e gerencia os contratos com hospitais, médicos e segurados com o intuito de obter lucro.

Assim, quanto mais caro este plano cobrar de seus usuários e mais barato pagar para os profissionais que para ele trabalham, mais lucrativo e eficiente será o negócio.

Por outro lado, há hipóteses onde um grupo de pessoas se reúne para organizar um plano de saúde onde todos contribuem mensalmente em uma espécie de **rateio de despesas**.

O plano não está estruturado para obter lucro, mas para diminuir os custos com despesas médicas daquele determinado grupo que obtém diversos descontos por fechar contratos mais vultuosos com hospitais e médicos.

Trata-se do chamado plano de **autogestão** e é bastante comum entre associações de servidores públicos que se reúnem e arrecadam a contribuição dos segurados gerindo os valores acumulados e negociando com médicos e hospitais preços mais vantajosos para pagamento de despesas médicas através do grupo.

Este plano não costuma ser oferecido no mercado de consumo a quem pretender adquiri-lo, mas apenas para os titulares daquele determinado grupo, sendo a condição de associado / sindicalizado pré-requisito para a sua adesão ao plano.

Em casos de planos de autogestão, pacífica a jurisprudência do STJ no sentido de não ser aplicável à relação entre segurado e plano de saúde as regras do Código de Defesa do Consumidor.

RECURSO ESPECIAL. ASSISTÊNCIA PRIVADA À SAÚDE. PLANOS DE SAÚDE DE AUTOGESTÃO. FORMA PECULIAR DE CONSTITUIÇÃO E ADMINISTRAÇÃO. PRODUTO NÃO OFERECIDO AO MERCADO DE CONSUMO. INEXISTÊNCIA DE FINALIDADE LUCRATIVA. RELAÇÃO DE CONSUMO NÃO CONFIGURADA. NÃO INCIDÊNCIA DO CDC.

1. A operadora de planos privados de assistência à saúde, na modalidade de autogestão, é pessoa jurídica de direito privado sem finalidades lucrativas que, vinculada ou não à entidade pública ou privada, opera plano de assistência à saúde com exclusividade para um público determinado de beneficiários.

2. A constituição dos planos sob a modalidade de autogestão diferencia, sensivelmente, essas pessoas jurídicas quanto à administração, forma de associação, obtenção e repartição de receitas, diverso dos contratos firmados com empresas que exploram essa atividade no mercado e visam ao lucro.

3. Não se aplica o Código de Defesa do Consumidor ao contrato de plano de saúde administrado por entidade de autogestão, por inexistência de relação de consumo.

4. Recurso especial não provido.

(REsp 1285483/PB, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/06/2016, DJe 16/08/2016)

c) Entidades de Previdência Privada

A antiga redação da Súmula 321 do STJ estabelecia que aplica-se o CDC à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes:

Súmula 321 – STJ - O Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes. **(ENUNCIADO CANCELADO)**

Ocorre que, conforme discussão acerca dos planos de saúde de autogestão, é necessário diferenciarmos os planos de previdência privada de regime aberto daqueles planos de regime fechado.

Enquanto as entidades de previdência complementar de regime aberto são empresas que atuam no mercado buscando lucrar com os planos de previdência, as entidades fechadas são aquelas geralmente organizadas por associações ou empresas para oferecer planos a seus empregados.

Assim, enquanto no regime aberto, há a intenção de lucrar com os planos de previdência e estes são oferecidos no mercado, no regime fechado, a intenção é oferecer um benefício aos empregados ou a um determinado grupo, não sendo tais planos comercializados no mercado. Revendo seu entendimento, o STJ então revogou a Súmula 321 e publicou a Súmula 563:

***Súmula 563 – STJ** - O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às entidades abertas de previdência complementar, não incidindo nos contratos previdenciários celebrados com entidades fechadas."*

Aplica-se, portanto, o CDC aos planos de previdência privada de regime aberto, mas não se aplica aos planos de previdência privada de regime fechado.

d) Relação Cliente X Advogado

As contratações entre clientes e advogados são regidas por legislação própria (Lei 9.806/94), razão pela qual não se aplica o Código de Defesa do Consumidor a tais relações contratuais.

e) Contratos de Locação

Os contratos de locação são regidos pela Lei 8.245/91 e segundo pacificado pelo STJ não estão sujeitos à incidência do CDC:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. LOCAÇÃO. FIADOR. CLÁUSULA EXPRESSA DE RESPONSABILIDADE ATÉ A ENTREGA DAS CHAVES. REDUÇÃO DA MULTA COM BASE NO CDC. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (...)

3. Não se aplicam ao contrato de locação as normas do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 508.335/SC, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 03/08/2015)

f) Relação entre Condômino e o Condomínio

A relação entre o condômino e o condomínio não é caracterizada como relação de consumo, segundo pacificado pelo STJ. Assim, acaso um condômino litigue judicialmente em face do condomínio em razão do porteiro ter fechado o portão em seu automóvel, por exemplo, não haverá a proteção do CDC para o Autor.

*(...) 3. **Não se aplicam as normas do Código de Defesa do Consumidor às relações jurídicas estabelecidas entre condomínio e condôminos.***

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no Ag 1122191/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 22/06/2010, DJe 01/07/2010)

g) Relação Condomínio X Construtora em Obras por Administração

O CDC não é aplicável aos contratos firmados entre compradores e construtora em um imóvel construído sob o regime de Administração.

A Lei 4.591/64 regula a hipótese de contrato onde a construção do imóvel ocorre sob o regime de Administração ou a “preço de custo”. Trata-se da disposição do artigo 58:

Art. 58. Nas incorporações em que a construção for contratada pelo regime de administração, também chamado "a preço de custo", será de responsabilidade dos proprietários ou adquirentes o pagamento do custo integral de obra, observadas as seguintes disposições:

I - todas as faturas, duplicatas, recibos e quaisquer documentos referentes às transações ou aquisições para construção, serão emitidos em nome do condomínio dos contratantes da construção;

II - todas as contribuições dos condôminos para qualquer fim relacionado com a construção serão depositadas em contas abertas em nome do condomínio dos contratantes em estabelecimentos bancários, as quais, serão movimentadas pela forma que for fixada no contrato.

Neste tipo de obra os adquirentes reúnem-se em torno de um condomínio ou associação que irá adquirir todo o material necessário para construção da obra e, ao mesmo tempo, irá realizar a contratação de uma construtora para construir o empreendimento.

Assim, os compradores depositam mensalmente um valor na conta do condomínio que irá tanto realizar as compras de material (cimento, tijolos, cerâmicas, dentre outros insumos) como acompanhar a construção e realizar o pagamento da construtora (responsável pelos empregados e pela questão técnica).

Nesta hipótese, os custos da construção serão consideravelmente reduzidos, a tal ponto de a Lei 4.591/64 denominá-la de obra a “preço de custo”. Em tais casos, entendeu o Superior Tribunal de Justiça tratar-se de relação a qual **não deve ser aplicada o Código de Defesa do Consumidor**:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA CUMULADA COM RESCISÃO CONTRATUAL. CONTRATO DE CONSTRUÇÃO SOB O REGIME DE ADMINISTRAÇÃO. INADIMPLÊNCIA DE CONDÔMINO. LEILÃO EXTRAJUDICIAL. INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. LEI 4.591/64. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA CONSTRUTORA. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. No contrato de construção sob o regime de administração ou preço de custo, não há relação de consumo a ser tutelada pelo Código de Defesa do Consumidor, devendo a relação jurídica ser regida pela Lei de Condomínio e Incorporações Imobiliárias - Lei 4.591/64. Precedentes. Súmula 83/STJ.

2. As instâncias ordinárias concluíram pela ilegitimidade passiva da construtora-ré, consignando que os pagamentos foram feitos diretamente ao condomínio, que ficou responsável pela administração da obra e procedeu à notificação da autora para purgar a mora e dar ciência da alienação extrajudicial da fração ideal. Rever tais conclusões demandaria a análise do conjunto fático-probatório, sendo que tal providência é vedada em recurso especial, nos termos da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça.

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp 1042687/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe 10/10/2016)

Mas atenção!

Em recente decisão, o STJ identificou que na relação **Condomínio – Construtora** deverá o condomínio ser considerado consumidor por equiparação e a ele se aplicar todas as benesses protetivas do CDC. **Aqui não se fala em obra por administração.**

O caso analisado dizia respeito a uma demanda que seria proposta individualmente por cada condômino, mas que fora proposta pela coletividade. Segundo o STJ, a este caso aplica-se o CDC.

Isto porque estaria o condomínio na qualidade de representante dos interesses da coletividade (adquirentes de imóvel da construtora) e, portanto, deve ser equiparado ao consumidor.

Assim, na hipótese em que vários moradores que adquiriram imóveis no mesmo prédio reúnem-se para, através do condomínio formado, pleitear junto à Construtora/Incorporadora do edifício a demonstração de que aplicara a integralidade do produto do financiamento na incorporação, aplica-se ao caso o Código de Defesa do Consumidor.

Trata-se de julgado da Terceira Turma do STJ, de outubro de 2016:

RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. DEMANDA ENVOLVENDO CONDOMÍNIO DE ADQUIRENTES DE UNIDADES IMOBILIÁRIAS E A CONSTRUTORA/INCORPORADORA. PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO. RELAÇÃO DE CONSUMO. COLETIVIDADE DE CONSUMIDORES. POSSIBILIDADE DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS PROBATÓRIO. PRECEDENTES DO STJ.

1. Polêmica em torno da possibilidade de inversão do ônus da prova para se atribuir a incorporadora demandada a demonstração da destinação integral do produto de financiamento garantido pela alienação fiduciária de unidades imobiliárias na incorporação em questão (patrimônio de afetação).

2. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao condomínio de adquirentes de edifício em construção, nas hipóteses em que atua na defesa dos interesses dos seus condôminos frente a construtora/incorporadora.

3. O condomínio equipara-se ao consumidor, enquanto coletividade que haja intervindo na relação de consumo. Aplicação do disposto no parágrafo único do art. 2º do CDC. (...)

(REsp 1560728/MG, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/10/2016, DJe 28/10/2016)

h) Relação Passageiro X Companhia Aérea

A Convenção de Varsóvia regula algumas disposições sobre o transporte aéreo de passageiros. Todavia, para o STJ, às relações entre passageiros e companhias aéreas deve ser aplicado o Código de Defesa do Consumidor, ainda que em relação ao transporte internacional de passageiros:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO (ART. 544 DO CPC) - AUTOS DE AÇÃO ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - DECISÃO MONOCRÁTICA CONHECENDO DO RECLAMO, PARA, DE PLANO, NEGAR SEGUIMENTO AO APELO NOBRE. IRRESIGNAÇÃO DA COMPANHIA AÉREA.

1. É iterativa a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de prevalência das normas do Código de Defesa do Consumidor, em detrimento das disposições insertas em Convenções Internacionais, como as Convenções de Montreal e de Varsóvia, aos casos de falha na prestação de serviços de transporte aéreo internacional, por verificar a existência da relação de consumo entre a empresa aérea e o passageiro, haja vista que a própria Constituição Federal de 1988 elevou a defesa do consumidor à esfera constitucional de nosso ordenamento. Súmula 83/STJ. Precedentes.

2. O acolhimento da tese vertida no recurso especial não se limita à valoração das provas dos autos, pois a alteração a cognição exarada no decisum impugnado a respeito da ocorrência do dano material, exige, na verdade, o reexame das provas e dos fatos colacionados aos autos, o que, forçosamente, atrai o óbice da Súmula 7 deste Superior Tribunal de Justiça, sendo manifesto o descabimento do recurso especial.

3. A indenização por danos morais fixada em quantum em harmonia ao princípio da razoabilidade não enseja a possibilidade de interposição do recurso especial, dada a necessidade de exame de elementos de ordem fática, cabendo sua revisão apenas em casos de manifesta excessividade ou irrisoriedade do valor arbitrado, o que não se evidencia no presente caso. Incidência da Súmula n. 7/STJ.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 145.329/RJ, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 20/10/2015, DJe 27/10/2015)

Este entendimento manteve-se por um longo período.

As empresas aéreas, contudo, permaneceram discutindo a questão sob a ótica do artigo 178, da Constituição Federal:

Art. 178. A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 7, de 1995)

A matéria chegou, então, ao Supremo Tribunal Federal e foi afetada através do Tema de Repercussão Geral de número 210.

Basicamente, alegavam as empresas aéreas que, conforme disposto no artigo 178, da Constituição Federal, a ordenação do transporte aéreo internacional deve obedecer aos acordos internacionais firmados pela União e não às regras do Direito do Consumidor.

Naturalmente, a Convenção de Varsóvia é bem menos protetiva aos direitos do passageiro como o é o CDC. Apenas para se ter uma ideia, o artigo 22 da referida Convenção estabelece um limite / um teto de valor indenizatório a ser pago pelas companhias aéreas aos consumidores em razão do serviço prestado.

Trata-se de ideia absolutamente dissociada da lógica adotada pelo Código de Defesa do Consumidor.

Mas professor, o que decidiu o Supremo Tribunal Federal?

Amigos, em julgamento encerrado em 25/05/2017 (acórdão ainda não publicado), o Supremo Tribunal Federal entendeu que a Convenção de Varsóvia prevalece sobre o CDC no que tange à limitação da responsabilidade de transportadoras aéreas de passageiros.

No caso concreto, o STF reduziu a condenação imposta a uma Companhia Aérea aos limites previstos na Convenção. Eis a tese fixada e que possivelmente será cobrada em provas:

Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor.

A tendência agora é a revisão do entendimento do próprio STJ.

DIREITOS BÁSICOS DO CONSUMIDOR

Os direitos básicos do Consumidor estão previstos no artigo 6º, do CDC e a maioria também foi vista no tópico relativo aos princípios. Faremos, neste resumo, alguns destaques nesta matéria.

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

O CDC costuma se preocupar muito com a proteção à vida, saúde e segurança do consumidor e possui diversas normas protetivas contra os riscos provocados por produtos ou serviços perigosos ou nocivos. Trata-se, pois, de um direito básico do consumidor a proteção à vida, saúde e segurança.

Tanto que o tópico anterior todo (artigos 8º, 9º e 10º, do CDC) dedica-se exatamente à proteção à vida, saúde e segurança do consumidor.

Como este ponto pode ser cobrado em prova?

Consumidor que se dirige até um restaurante e adquire um refrigerante em garrafa. Antes de ingerir o conteúdo, porém, percebe a existência de um inseto morto dentro do recipiente. Em razão do direito básico à proteção da vida, saúde e segurança do consumidor, terá ele o direito de ser indenizado?

Meus amigos, este ponto é bastante polêmico e possui decisões no seio do próprio STJ nos dois sentidos.

De um lado, encontramos uma corrente que entende ser a simples exposição da saúde do consumidor a risco, um fato que exige a reparação por dano moral. Isto porque as regras protetivas à sua saúde e segurança são princípios básicos da relação consumerista. Trata-se de posicionamento já exarado pela 3ª turma do STJ, em especial no Informativo 537 e que em 2016 ainda encontramos julgados neste sentido.

Por outro lado, a posição que parece prevalecer no seio do STJ é a que entende ser este fato um mero dissabor vivenciado pelo consumidor, conforme Informativo de número 553. É que a ausência de ingestão do produto afasta eventual pretensão indenizatória.

Neste sentido, também em 2016, a 4ª Turma do STJ assim entendeu:

AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE CONDENATÓRIA - AQUISIÇÃO DE PRODUTO IMPRÓPRIO PARA CONSUMO - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEU PARCIAL PROVIMENTO AO RECLAMO PARA JULGAR IMPROCEDENTE O PEDIDO.

INSURGÊNCIA DA PARTE AUTORA.

1. **"A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se consolidou no sentido de que a ausência de ingestão de produto impróprio para o consumo configura, em regra, hipótese de mero dissabor vivenciado pelo consumidor, o que afasta eventual pretensão indenizatória decorrente de alegado dano moral."** (cf. AgRg no AREsp 489.030/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/04/2015, DJe 27/04/2015) 2. Agravo interno desprovido.

(AgInt no REsp 1179964/RJ, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 04/10/2016, DJe 10/10/2016)

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

A ocorrência ou não de fato posterior à celebração do contrato como requisito para revisão das cláusulas contratuais é tema sempre cobrado bastante em provas. Visto quando tratamos da função social do contrato, este direito básico relativiza a força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*), em benefício do consumidor.

Para Flávio Tartuce (2016, pg. 309):

Existem claras diferenças entre essa revisão contratual e a consagrada pelo Código Civil de 2002. Isso porque a codificação privada exige o fator imprevisibilidade para a revisão contratual por fato superveniente, tendo consagrado, segundo o entendimento majoritário, a teoria da imprevisão, com origem na antiga cláusula rebus sic standibus.

Percebam que o artigo 317 do Código Civil estabelece que a modificação contratual apenas ocorrerá por motivos imprevisíveis:

Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

É que tradicionalmente, o direito civil prega a ideia da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*). Contudo, no direito do consumidor, há que se analisar a função social do contrato, não podendo se aceitar cláusulas draconianas e prejudiciais aos consumidores, naturalmente vulneráveis ante os fornecedores.

Assim, em oposição a esta força obrigatória dos contratos, tem-se a Teoria da Imprevisão, consubstanciada na cláusula *rebus sic standibus*, segundo a qual é possível se relativizar a força obrigatória dos contratos na esfera do Direito do Consumidor.

No CDC, essa cláusula é elástica. Isto porque o consumidor poderá:

- a) **Modificar** as cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais, **independente do momento em que se verifiquem**; ou
- b) **Rever** as cláusulas contratuais **em razão de fatos supervenientes** que as tornem excessivamente onerosas;

Em decisão recente, o STJ analisou hipótese onde o Autor pleiteou a revisão do contrato em razão da maxidesvalorização do real. Seria esta uma hipótese para se aplicar a teoria da imprevisão?

Casos como este ocorreram em grande quantidade na década de 1990, quando muitos empresários adquiriam produtos do exterior de forma parcelada e em dólar. Contudo, a maxidesvalorização do Real ocorrida em um curto espaço de tempo aumentou demasiadamente o preço das prestações mensais a que os compradores comprometeram-se. O STJ, então, pacificou que:

- a) Se a relação configurar-se como consumerista, cabe a revisão do contrato, uma vez que se aplica o disposto no artigo 6º, inciso V, do CDC;
- b) Se a relação é estritamente civilista, não cabe a alegação da onerosidade excessiva superveniente, haja vista as considerações contratuais estipuladas quando da celebração do negócio;

Neste sentido:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA. DÓLAR AMERICANO. MAXIDESVALORIZAÇÃO DO REAL. AQUISIÇÃO DE EQUIPAMENTO PARA ATIVIDADE PROFISSIONAL. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. TEORIAS DA IMPREVISÃO. TEORIA DA ONEROSIDADE EXCESSIVA. TEORIA DA BASE OBJETIVA. INAPLICABILIDADE.

1. Ação proposta com a finalidade de, após a maxidesvalorização do real em face do dólar americano, ocorrida a partir de janeiro de 1999, modificar cláusula de contrato de compra e venda, com reserva de domínio, de equipamento médico (ultrassom), utilizado pelo autor no exercício da sua atividade profissional de médico, para que, afastada a indexação prevista, fosse observada a moeda nacional.

2. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza, como destinatário final, produto ou serviço oriundo de um fornecedor. Por sua vez, destinatário final, segundo a teoria subjetiva ou finalista, adotada pela Segunda Seção desta Corte Superior, é aquele que ultima a atividade econômica, ou seja, que retira de circulação do mercado o bem ou o serviço para consumi-lo, suprindo uma necessidade ou satisfação própria, não havendo, portanto, a reutilização ou o reingresso dele no processo produtivo. Logo, a relação de consumo (consumidor final) não pode ser confundida com relação de insumo (consumidor intermediário).

Inaplicabilidade das regras protetivas do Código de Defesa do Consumidor.

3. A intervenção do Poder Judiciário nos contratos, à luz da teoria da imprevisão ou da teoria da onerosidade excessiva, exige a demonstração de mudanças supervenientes das circunstâncias iniciais vigentes à época da realização do negócio, oriundas de evento imprevisível (teoria da imprevisão) e de evento imprevisível e extraordinário (teoria da onerosidade excessiva), que comprometa o valor da prestação, demandando tutela jurisdicional específica.

4. O histórico inflacionário e as sucessivas modificações no padrão monetário experimentados pelo país desde longa data até julho de 1994, quando sobreveio o Plano Real, seguido de período de relativa estabilidade até a maxidesvalorização do real em face do dólar americano, ocorrida a partir de janeiro de 1999, não autorizam

concluir pela imprevisibilidade desse fato nos contratos firmados com base na cotação da moeda norte-americana, em se tratando de relação contratual paritária.

5. A teoria da base objetiva, que teria sido introduzida em nosso ordenamento pelo art. 6º, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor - CDC, difere da teoria da imprevisão por prescindir da previsibilidade de fato que determine oneração excessiva de um dos contratantes. Tem por pressuposto a premissa de que a celebração de um contrato ocorre mediante consideração de determinadas circunstâncias, as quais, se modificadas no curso da relação contratual, determinam, por sua vez, consequências diversas daquelas inicialmente estabelecidas, com repercussão direta no equilíbrio das obrigações pactuadas. Nesse contexto, a intervenção judicial se daria nos casos em que o contrato fosse atingido por fatos que comprometessem as circunstâncias intrínsecas à formulação do vínculo contratual, ou seja, sua base objetiva.

6. Em que pese sua relevante inovação, tal teoria, ao dispensar, em especial, o requisito de imprevisibilidade, foi acolhida em nosso ordenamento apenas para as relações de consumo, que demandam especial proteção. Não se admite a aplicação da teoria do diálogo das fontes para estender a todo direito das obrigações regra incidente apenas no microsistema do direito do consumidor, mormente com a finalidade de conferir amparo à revisão de contrato livremente pactuado com observância da cotação de moeda estrangeira.

7. Recurso especial não provido.

(REsp 1321614/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Rel. p/ Acórdão Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 03/03/2015)

DA PUBLICIDADE

A publicidade produzida pelos fornecedores possui como objetivo o estímulo do consumo e a consolidação da marca no mercado. Ocorre que, nos termos do artigo 36, do CDC, a publicidade deve ser clara e facilmente deve ser possível se identificar que se trata de uma peça publicitária.

Além disso, os dados técnicos e científicos necessários para que os interessados possam comprovar as informações veiculadas na publicidade devem ficar em poder do fornecedor para quem os pretenda analisar.

Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.

Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.

Além disso, tanto a publicidade enganosa quanto a publicidade abusiva são proibidas pelo CDC (artigo 37, *caput*). **Mas qual a diferença?**

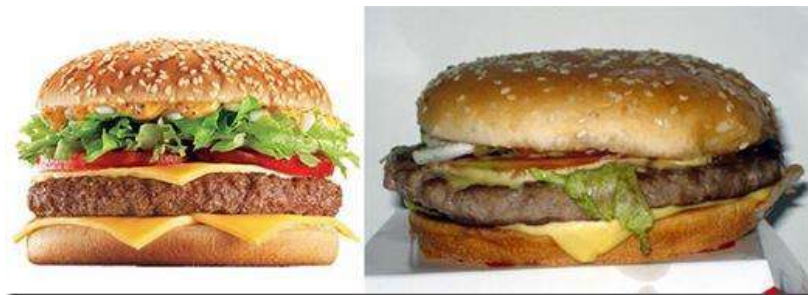
A melhor definição de publicidade enganosa e de publicidade abusiva encontra-se nos parágrafos do artigo 37 do CDC. Vejamos.

- a) **Publicidade Enganosa é aquela inteira ou parcialmente falsa que seja capaz de induzir o consumidor em erro a respeito de quaisquer características do produto ou serviços** (natureza, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço, etc.)

Percebam, meus amigos, que publicidade enganosa é aquela que mesmo por omissão, induz o consumidor a erro, por ser falsa. Esta falsidade pode ser de apenas parte da oferta ou de sua integralidade.

O melhor exemplo da publicidade enganosa são as fotos de sanduíches que vemos nas lanchonetes. As fotos são lindas e os lanches parecem ser gigantes, quando a prática nos mostra algo completamente diferente.

Penso que seja algo mais ou menos assim:



Publicidade Enganosa

A definição legal estabelece, inclusive, que será enganosa por omissão a publicidade que deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço. Eis o texto para análise:

CDC, artigo 37.

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

(...)

§ 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

b) Publicidade Abusiva é aquela que apresente qualquer tipo de discriminação, incite a violência ou explore medo ou superstição.

É ainda abusiva a publicidade que se aproveita da pouca experiência das crianças, desrespeita valores ambientais ou induza o consumidor a se comportar de forma prejudicial à sua saúde ou segurança.

Percebam que aqui a publicidade não apresenta nenhum elemento inverídico, mas o conteúdo da publicidade atenta contra valores da sociedade.

Seria abusiva, por exemplo, a publicidade que possui conteúdo racista ou a que explore a capacidade de discernimento das crianças, ou, ainda a que possua elementos que incitem ações prejudiciais à saúde ou segurança dos consumidores.

Eis o texto legal para análise:

CDC, artigo 37

§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores

ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

Finalizando este tópico, o artigo 38 do CDC estabelece que quem possui o dever de provar a veracidade da informação publicitária é o próprio fornecedor. Em verdade, o ônus da prova da veracidade da informação publicitária cabe a quem a patrocina.

Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

RESPONSABILIDADE DOS FORNECEDORES POR SEUS PRODUTOS E SERVIÇOS

6.1 - Dos tipos de responsabilidade previstos no CDC

O Código de Defesa do Consumidor ao prever a responsabilidade civil dos fornecedores por seus produtos e serviços estabeleceu uma diferença prática entre a responsabilidade pelo fato e a responsabilidade pelo vício.

A responsabilidade pelo fato é decorrência de um acidente de consumo gerado por um defeito no produto ou serviço.

Já o vício no produto ou serviço não gera um acidente e está ligado à quantidade ou qualidade que torna o produto impróprio ou inadequado ao consumo a que se destina e lhe diminui o valor.

A título de exemplo podemos trazer a hipótese em que um consumidor adquire um automóvel com defeito nos freios. Ao conduzir por uma via, acaso ocorra um acidente em razão da ausência de freios no veículo, haverá um acidente de consumo e serão aplicadas as regras da responsabilidade pelo fato do produto ou serviço.

Contudo, acaso o condutor consiga parar o veículo utilizando uma redução de marchas, por exemplo, e, por isso, nenhum acidente seja causado, haverá um vício impróprio no produto que lhe diminui o valor.

6.2 - Responsabilidade pelo fato do produto

A responsabilidade pelo fato do produto está regulada no CDC pelo artigo 12:

*Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador **respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados** aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus **produtos**, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.*

§ 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - sua apresentação;

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

III - a época em que foi colocado em circulação.

Percebam, meus amigos, que o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador irão responder pela reparação do acidente de consumo ocorrido com seus produtos **independente da existência de culpa.**

Mas professor, o que isso quer dizer?

Esta é a diferença entre a Responsabilidade Civil Objetiva e a Responsabilidade Civil Subjetiva.

Na responsabilidade civil objetiva, o Autor quando propõe uma demanda em juízo deve demonstrar nos autos a conduta praticada pelo Réu (comissiva ou omissiva), o dano que sofrera e que merece ser reparado e o nexo causal entre a conduta e o dano sofrido.

O elemento subjetivo dolo ou culpa do agente que praticou o dano não precisa ser demonstrado pelo Autor. Esta a regra do Código de Defesa do Consumidor.

Já na Responsabilidade Civil Subjetiva, o Autor da ação deverá demonstrar em juízo, além da conduta do réu, do dano ocasionado e do nexo causal entre ambos, a existência de dolo ou culpa na ação ou omissão do agente. Trata-se, assim, de uma forma de responsabilização muito mais trabalhosa para o Autor da ação.

E como o fornecedor pode não ser responsabilizado?

O próprio código prevê hipóteses de excludente de responsabilidade onde o fabricante, o construtor ou importador não irão ser responsabilizados quando conseguirem **provar nos autos** (parágrafo 3º):

- i. Que não colocaram o produto no mercado;
- ii. Que, embora tenham colocado o produto no mercado, o defeito não existe;
- iii. Que a culpa pelo defeito fora exclusiva do consumidor ou de terceiro;

Percebam, portanto, que o ônus de provar as excludentes de responsabilidade é todo do fabricante, construtor ou importador, jamais do consumidor.

Mas professor, não seria mais fácil o artigo 12 falar em fornecedor ao invés de fabricante, produtor, importador e construtor?

Meus amigos. Esta é uma hipótese de silêncio eloquente do CDC, conforme doutrina de Flávio Tartuce. Como o caput do artigo 12 não dispõe sobre o fornecedor, mas elenca aquelas pessoas que seriam responsáveis pelo fato do produto, a doutrina se consolidou no sentido de que o comerciante não deve ser incluído neste rol.

A responsabilidade civil do comerciante é regulada especificamente pelo artigo 13, do CDC, que assim estabelece:

Art. 13. O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando:

*I - o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador **não puderem ser identificados;***

II - o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador;

III - não conservar adequadamente os produtos perecíveis.

Parágrafo único. Aquele que efetivar o pagamento ao prejudicado poderá exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis, segundo sua participação na causação do evento danoso.

Ou seja, **o comerciante apenas responderá pelo fato do produto nestas hipóteses e de forma subsidiária.**

Percebam que a responsabilidade do comerciante tem vez quando não é possível identificar o fabricante, produtor, importador ou construtor ou quando o comerciante, por sua culpa, não conservar os produtos perecíveis.

Além disso, o parágrafo único do referido dispositivo estabelece que aquele que efetivar o pagamento do débito poderá exercer o seu direito de regresso contra os demais responsável pelo dano. É dizer: acaso o comerciante venha a pagar o débito para o consumidor, poderá exercer o seu direito de regresso contra o fabricante, por exemplo.

Certo é que no curso do processo não poderá qualquer fornecedor denunciar outro à lide, sendo necessário o ajuizamento de uma outra ação autônoma.

Em resumo, para se beneficiar o consumidor e não trazer novo elemento para os autos (a responsabilidade entre fornecedores opera-se de forma subjetiva, enquanto na relação consumidor x fornecedor, trata-se de responsabilidade objetiva), o CDC vedou a denúncia a denúncia lide, permitindo que os fornecedores discutam entre si o responsável pelo dano em um novo processo autônomo, conforme inteligência do artigo 88:

*Art. 88. Na hipótese do art. 13, parágrafo único deste código, a ação de regresso poderá ser ajuizada em processo autônomo, facultada a possibilidade de prosseguir-se nos mesmos autos, **vedada a denúncia da lide.***

Mas atenção! Quais os limites da interpretação deste dispositivo?

Relembremos julgado divulgado no Informativo 592 do STJ:

INTERPRETAÇÃO DO ART. 88 DO CDC. DENÚNCIAÇÃO À LIDE.

Descabe ao denunciado à lide, nas relações consumeristas, invocar em seu benefício a regra de afastamento da denúncia (art. 88 do CDC) para eximir-se de suas responsabilidades perante o denunciante.

REsp 913.687-SP, Rel. Min. Raul Araújo, por unanimidade, julgado em 11/10/2016, DJe 4/11/2016.

O caso em análise é interessante, pois versa acerca de peculiar situação. Para melhor compreender o julgado, imaginemos a seguinte situação.

Joana, grávida, dá entrada em Hospital para fazer uma cesárea. Durante o procedimento, o médico “esquece” um bisturi dentro de sua barriga, levando-a a ter sérias complicações de saúde.

Joana, então, ingressa na justiça requerendo indenização por danos morais em face do Hospital.

A esta relação aplica-se o CDC?

Sim, de acordo com o artigo 2º, do CDC, Joana seria consumidora dos serviços prestados pelo Hospital, eis que destinatária final do serviço médico prestado.

A responsabilidade civil do Hospital é objetiva ou subjetiva?

De acordo com artigo 14 do CDC, a responsabilidade do fornecedor de serviços é objetiva (veremos no próximo tópico), ou seja, independente da existência de dolo ou culpa do agente. Assim, cabe ao consumidor provar em juízo tão somente a conduta, o dano e o nexo causal entre ambos para configurar a responsabilidade civil do Hospital.

Proposta a demanda, o que alegou o Hospital?

O Hospital alegou em sua defesa culpa exclusiva do Médico que fez a intervenção cirúrgica da paciente, requerendo a Denúnciação à lide do profissional, nos termos do artigo 125, do CPC:

Art. 125. É admissível a denúnciação da lide, promovida por qualquer das partes:

I - ao alienante imediato, no processo relativo à coisa cujo domínio foi transferido ao denunciante, a fim de que possa exercer os direitos que da evicção lhe resultam;

II - àquele que estiver obrigado, por lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo de quem for vencido no processo.

§ 1º O direito regressivo será exercido por ação autônoma quando a denúnciação da lide for indeferida, deixar de ser promovida ou não for permitida.

A denúnciação à lide na hipótese é cabível?

De acordo com o artigo 88, do CDC, não seria cabível a denúnciação à lide. Isto porque a relação jurídica entre o Hospital e o Médico opera-se segundo as regras da responsabilidade civil subjetiva. Assim, em demanda em que o Hospital pretende indenização do médico, este deverá demonstrar além da conduta, do dano e do nexo causal, a ação do médico mediante dolo ou culpa.

Neste sentido, nos termos do artigo 88, do CDC:

*Art. 88. Na hipótese do art. 13, parágrafo único deste código, a ação de regresso poderá ser ajuizada em processo autônomo, facultada a possibilidade de prosseguir-se nos mesmos autos, **vedada a denúnciação da lide.***

Mas professor, porque no caso concreto o STJ aceitou a denúnciação à lide do médico responsável?

Como dito no início, o caso concreto analisado pelo STJ é bastante peculiar. Isto porque ao ser feita a denúnciação à lide pelo hospital, a Autora da ação não opôs qualquer objeção.

A única parte que se insurgiu alegando a impossibilidade de denúnciação à lide fora o próprio médico, principal interessado na demora do processo em atingir-lhe. Segundo o STJ:

A interpretação do art. 88, portanto, deve ser aqui realizada em harmonia com o princípio da facilitação do acesso do consumidor aos órgãos judiciários, bem como da celeridade e economia processual para todas as partes do processo.

É dizer: há que se interpretar os institutos sempre em harmonia com a finalidade do CDC: a proteção do consumidor. Se este, principal beneficiário da norma, não se opôs à denunciação à lide, não poderá o magistrado indeferi-la apenas por insurgência do denunciado. Assim, nas palavras do Exmo. Ministro Relator Raul Araújo:

*Apesar de serem duas as discussões travadas nos autos, em que a primeira delas, envolvendo a paciente e o hospital, está restrita à responsabilidade objetiva do hospital pelos danos causados como fornecedor de serviços (art. 14 do CDC), e a segunda discussão, pretendida pelo litisdenunciante, envolvendo hospital e médico, exigir exame de provas e averiguação acerca de culpa e limites de responsabilidade, **no caso específico destes autos, em que a consumidora não se insurgiu contra a decisão que admitiu a denunciação da lide, não há como se constatar ter havido ofensa ao art. 88 do Código de Defesa do Consumidor.***

6.3 - Responsabilidade pelo fato do serviço

Já quanto à Responsabilidade pelo fato dos serviços, o CDC aplicou a regra geral da solidariedade para todos os fornecedores, não excluindo o comerciante. No artigo 14, o CDC utiliza a palavra **fornecedor**.

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

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

I - o modo de seu fornecimento;

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

III - a época em que foi fornecido.

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

Aqui também o CDC estabelece não ser o serviço defeituoso pela simples adoção de novas técnicas.

E quais seriam as excludentes de responsabilidade?

O parágrafo 3º estabelece que quando o fornecedor de serviços provar que o defeito inexistiu ou a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, não terá cabimento sua responsabilização.

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

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

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

E quanto aos profissionais liberais? Como funciona a responsabilidade por fato dos serviços?

Profissionais liberais são aqueles prestadores de serviço que em geral não possuem uma organização empresarial. São os médicos, advogados, dentistas, arquitetos e outros profissionais que prestam serviço de natureza técnica e pessoal.

Segundo o CDC, a responsabilidade destes profissionais deve ocorrer de forma diferenciada, excepcionando a regra da responsabilidade objetiva e imputando-lhe a regra da responsabilidade subjetiva.

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

Assim, quando demandar um profissional liberal em juízo, deverá o Autor (consumidor) demonstrar o ato cometido, o dano causado, o nexo causal entre ambos e, ainda, que o agente praticou o dano com dolo ou culpa.

Isto porque ao contratar os serviços destes profissionais, ao consumidor não é oferecido o resultado esperado, mas tão somente uma garantia de que o serviço será prestado da melhor forma possível.

Explica-se. A obrigação dos profissionais liberais é uma obrigação de meio e não de resultado. O advogado, ao ser contratado, deve defender a causa com a maior dedicação possível, fazendo o seu melhor para que o resultado seja atingido. Contudo, não pode o profissional garantir que o cliente irá ganhar a demanda. Neste sentido, a jurisprudência do STJ é trilhada também aos profissionais médicos:

3. Portanto, como se trata de obrigação de meio, o resultado final insatisfatório alcançado não configura, por si só, o inadimplemento contratual, pois a finalidade do contrato é a atividade profissional médica, prestada com prudência, técnica e diligência necessárias, devendo, para que exsurja obrigação de indenizar, ser demonstrada a ocorrência de ato, comissivo ou omissivo, caracterizado por erro culpável do médico, assim como do nexo de causalidade entre o dano experimentado pelo paciente e o ato tido por causador do dano.

(REsp 992.821/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 14/08/2012, DJe 27/08/2012)

Mas professor, não há exceções?

Atenção!

No STJ encontramos decisões excepcionando a regra da responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais. São hipóteses onde o Tribunal entendeu que os profissionais devem sim entregar o resultado esperado e, exatamente por isto, a responsabilidade civil deste profissionais deve ser objetiva.

O melhor e mais comum exemplo é a cirurgia plástica meramente embelezadora. Deve o profissional médico contratado exclusivamente para realizar uma cirurgia plástica estética entregar o resultado prometido para a consumidora.

Neste sentido:

(...) 2. Possuindo a cirurgia estética a natureza de obrigação de resultado cuja responsabilidade do médico é presumida, cabe a este demonstrar existir alguma excludente de sua responsabilização apta a afastar o direito ao ressarcimento do paciente. 3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1468756/DF, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/05/2016, DJe 24/05/2016)

6.4 - Responsabilidade pelo vício do produto

Já os vícios do produto são regulados pelo artigo 18, do CDC. Percebam que o dispositivo legal fala que todos os **fornecedores** (inclusive os comerciantes) devem responder solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que tornem os produtos impróprios para consumo ou lhe diminuam o valor.

*Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem **solidariamente** pelos vícios de **qualidade ou quantidade** que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, **podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.***

Assim, se o consumidor adquire um produto com um vício de qualidade (uma televisão que o controle remoto não funciona, por exemplo) deverá ele dirigir-se até o fornecedor e solicitar que o vício seja sanado, inclusive com a substituição das partes viciadas.

E se o fornecedor não resolver o problema?

Em primeiro lugar, devemos destacar que o consumidor terá o prazo de 30 (trinta) dias para solucionar o problema. Contudo, acaso o vício não seja sanado, após o prazo de trinta dias poderá o consumidor escolher entre as alternativas previstas no parágrafo 1º, do artigo 18:

*§ 1º Não sendo o vício sanado no prazo **máximo de trinta dias**, pode o consumidor exigir, alternativamente e **à sua escolha**:*

I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;

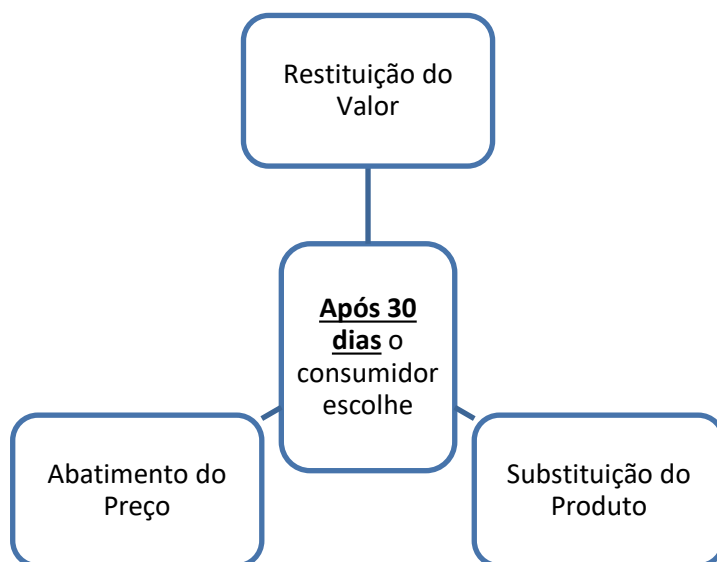
II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III - o abatimento proporcional do preço.

Além disso, o consumidor poderá sempre fazer uso destas alternativas quando o vício for tão extenso que a substituição das partes viciadas possa comprometer a qualidade, as características do produto ou diminuir-lhe o valor, ou ainda, acaso se trate de produto essencial (parágrafo 3º).



Identificado o vício de qualidade:



E se o consumidor optar por substituir o produto e a substituição não for possível?

Imagine a seguinte situação.

O consumidor compra a última unidade de um computador no estoque da loja, mas este apresentou um defeito que o fornecedor não conseguiu solucionar no prazo de 30 (trinta) dias.

Apesar do consumidor ter optado pela substituição do produto por outro da mesma espécie e em perfeitas condições de uso, o fornecedor não poderá cumprir tal solicitação, tendo em vista que o equipamento era a última peça no estoque da loja.

Nestes casos, o CDC estabelece que o consumidor poderá escolher um produto com espécie, modelo ou marca diversos, mas **deverá** ou pagar a complementação do preço ou receber a diferença de volta (a depender se o produto for mais caro ou mais barato que o originalmente escolhido).

*§ 4º Tendo o consumidor optado pela alternativa do inciso I do § 1º deste artigo, e não sendo possível a substituição do bem, poderá haver substituição por outro de espécie, marca ou modelo diversos, **mediante complementação ou restituição de eventual diferença de preço**, sem prejuízo do disposto nos incisos II e III do § 1º deste artigo.*

Além disso, o CDC estabelece que no caso de produtos *in natura*, será responsável perante o consumidor o fornecedor imediato, a não ser quando o produtor seja claramente identificado (parágrafo 5º). Trata-se, assim, de situação um pouco diferente da regra geral para os produtos, onde todos os fornecedores (fabricante, importador, comerciante) irão responder de forma solidária pelo **vício** do produto.

E se o vício do produto não for na qualidade, mas na quantidade?

O CDC regula o vício de **quantidade** do produto especificamente no artigo 19 e estabelece que todos os fornecedores respondem **solidariamente** por tais vícios. E, diferentemente do vício quanto à qualidade, o consumidor não precisa esperar prazo algum para escolher entre o abatimento

proporcional do preço, a complementação do peso ou medida, a substituição do produto ou a restituição do seu dinheiro.

Art. 19. Os fornecedores respondem **solidariamente** pelos vícios de **quantidade** do produto sempre que, **respeitadas as variações decorrentes de sua natureza**, seu conteúdo líquido for inferior às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou de mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - o abatimento proporcional do preço;

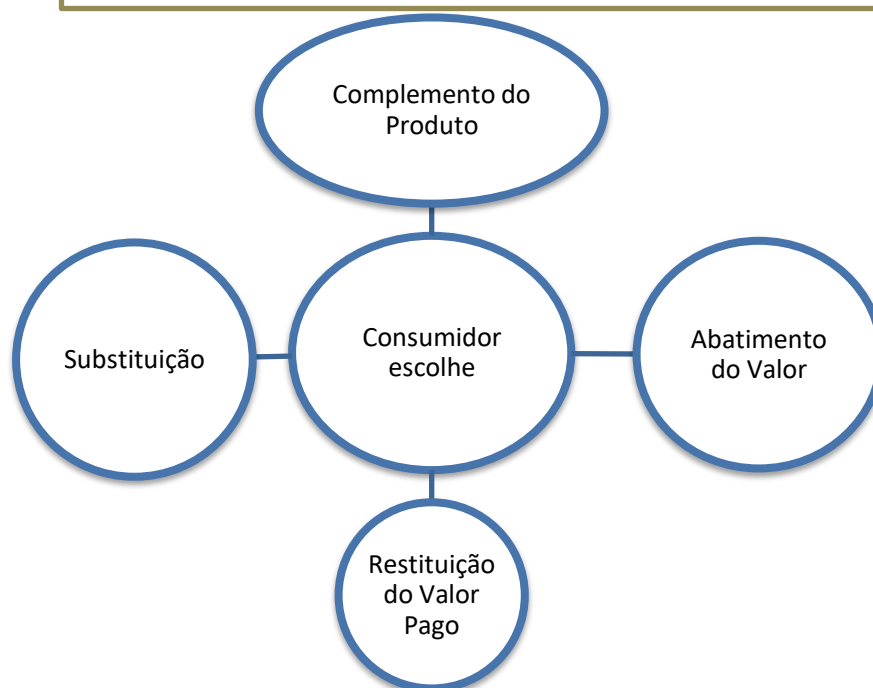
II - complementação do peso ou medida;

III - a substituição do produto por outro da mesma espécie, marca ou modelo, sem os aludidos vícios;

IV - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos.



Identificado o vício de quantidade:



Destaque-se que acaso o comerciante esteja com a sua balança com defeito, será ele o responsável pelo vício no produto, conforme se extrai do parágrafo segundo do referido artigo:

§ 2º O fornecedor imediato será responsável quando fizer a pesagem ou a medição e o instrumento utilizado não estiver aferido segundo os padrões oficiais.

E se o consumidor optar por substituir o produto e a substituição não for possível?

O procedimento adotado deve ser idêntico à situação quanto ao vício na qualidade do produto, dado o disposto no parágrafo 1º, do artigo 19, do CDC:

§ 1º Aplica-se a este artigo o disposto no § 4º do artigo anterior.

6.5 - Responsabilidade pelo vício do serviço

Quanto o vício na qualidade dos serviços, o CDC estabelece que poderá o consumidor exigir de imediato:

I - a reexecução dos serviços sem qualquer custo para o consumidor e quando esta for cabível. Poderá ser feita, inclusive por terceiros, desde que devidamente pagos pelo fornecedor;

II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III - o abatimento proporcional do preço.

Trata-se do disposto no artigo 20 do CDC que ainda dispõe quanto à definição do serviço impróprio:

§ 2º São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade.

6.6 - Casos apreciados pelo STJ

Vistos os dispositivos legais analisaremos agora algumas decisões do STJ que poderão ser cobradas em provas.

a) Defeitos em veículos zero quilômetros

O simples fato de o consumidor ser chamado à concessionária para realizar um recall no veículo não enseja o direito à reparação por danos morais.

CIVIL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL. INDENIZAÇÃO. PRETENSÃO. MONTADORA. CHAMAMENTO. CORREÇÃO DE DEFEITO. "RECALL". DANO MORAL. INOCORRÊNCIA. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 7/STJ. IMPROVIMENTO.(...)

II. Inconvincente a tese de que o chamamento de veículo em "recall" gera, por si só, danos morais.

III. Agravo regimental improvido. (AgRg no Ag 675.453/PR, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 14/02/2006, DJ 13/03/2006, p. 327)

Contudo, imaginemos a hipótese onde o consumidor verifica um defeito em seu veículo e é obrigado a retornar várias vezes à concessionária, nunca tendo o seu problema resolvido definitivamente. Neste caso, o STJ entende cabível a reparação por danos morais:

(...) 4. Configura dano moral, suscetível de indenização, quando o consumidor de veículo zero quilômetro necessita retornar à concessionária por diversas vezes para reparo de defeitos apresentados no veículo adquirido.

5. Agravo interno improvido.

(AgInt no AREsp 821.945/PI, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/06/2016, DJe 01/07/2016)

Mas professor, constatado o vício no automóvel, quem deverá ser responsabilizado: o fabricante ou a concessionária?

Conforme entendimento pacífico do STJ, tratando-se de vício no produto, a responsabilidade é solidária entre o fabricante e o comerciante, dada a disposição do artigo 18, do CDC. Neste sentido, tanto concessionária como montadora deverão responder de forma solidária:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. VEÍCULO NOVO. VÍCIO DO PRODUTO. CONCESSIONÁRIA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

1. São solidariamente responsáveis a montadora de veículos e a concessionária credenciada nos casos em que comprovado o vício do produto.

2. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 968.733/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 02/03/2017)

b) Instituição de ensino superior e curso não reconhecido pelo MEC

Diversas faculdades no Brasil estavam oferecendo cursos de graduação sem a prévia autorização do Ministério da Educação. E, no decorrer do curso do aluno, o MEC indeferia o pedido de funcionamento daquele determinado curso gerando situações de incerteza para o consumidor.

Em determinados casos, a Faculdade procurava realocar o estudante para outra graduação, aproveitando a grade já cursada e em outros não havia possibilidade de qualquer solução acadêmica.

O Superior Tribunal de Justiça, enfrentando tais questões, afirmou que o direito à informação previsto no artigo 6º, inciso III, do CDC

visa assegurar ao consumidor uma escolha consciente, permitindo que suas expectativas em relação ao produto ou serviço sejam de fato atingidas, manifestando o que vem sendo denominado de consentimento informado ou vontade qualificada.

Assim, violado este direito à informação, a Instituição de Ensino Superior deve responder objetivamente por eventuais danos causados aos consumidores, a exemplo da falta de reconhecimento do curso pelo MEC.

Neste sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC) - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO AGRAVO. INSURGÊNCIA DA RÉ.

1. A instituição de ensino superior responde objetivamente pelos danos causados ao aluno em decorrência da falta de reconhecimento do curso pelo MEC, quando violado o dever de informação ao consumidor. Precedentes.

(...) 3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 651.099/PR, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 26/05/2015, DJe 03/06/2015)

c) Agência de viagens e defeitos nos serviços que integram o pacote

Imaginemos o seguinte exemplo.

Um consumidor dirige-se a uma agência de turismo e adquire um pacote de viagens por esta empresa organizado. Assim, imaginemos que a agência comercialize no pacote as passagens aéreas, a hospedagem, o aluguel de um veículo e passeios guiados

Existindo um vício na hospedagem (realizada por uma rede de hotéis, mas cuja comercialização deu-se na agência de viagens), quem deverá ser responsabilizado?

Segundo entendimento do STJ, nos termos do artigo 14 do CDC, a agência de turismo deve responder de forma solidária pelos defeitos na prestação dos serviços que integram o pacote.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC) - AÇÃO INDENIZATÓRIA - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO. IRRESIGNAÇÃO DA RÉ.

1. "Esta eq. Corte tem entendimento no sentido de que a agência de turismo que comercializa pacotes de viagens responde solidariamente, nos termos do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, pelos defeitos na prestação dos serviços que integram o pacote" (REsp nº 888751/BA, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, DJe 27/10/2011).

(...) 3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 461.448/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 09/12/2014, DJe 16/12/2014)

d) Danos em estacionamentos

O STJ pacificou o entendimento no sentido de que a empresa responde perante o cliente por danos ou furto de veículos ocorrido em seu estacionamento.

Súmula 130 – STJ - A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento.

e) Fortuitos internos em instituições financeiras

O Superior Tribunal de Justiça entende que as instituições financeiras devem responder de forma objetiva quanto a fraudes e delitos internos no âmbito das operações bancárias. Assim, ainda que estes delitos sejam praticados por terceiros – estranhos aos quadros do banco – o consumidor terá direito de ser indenizado pela instituição financeira.

Neste sentido:

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.

Além disso, mesmo em casos de assaltos ocorridos no interior da agência bancária, deverá o banco indenizar o consumidor. É que a segurança dos clientes trata-se de risco inerente à atividade desenvolvida pelo fornecedor dos serviços.

Isto posto, com supedâneo no artigo 14, do CDC, o STJ entende ser objetiva a responsabilidade das instituições financeiras por crimes ocorridos no interior da agência bancária.

(...) 5. É assente na jurisprudência do STJ que nas discussões a respeito de assaltos dentro de agências bancárias, sendo o risco inerente à atividade bancária, é a instituição financeira que deve assumir o ônus desses infortúnios, sendo que "roubos em agências bancárias são eventos previsíveis, não caracterizando hipótese de força maior, capaz de elidir o nexo de causalidade, requisito indispensável ao dever de indenizar"

(REsp 1093617/PE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, 4ª Turma, DJe 23/03/2009). (...) (REsp 1183121/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 07/04/2015)

Destaque-se também hipótese de roubo de bens pessoais sob a guarda de cofres bancários cujo entendimento deu-se no mesmo sentido:

(...) 1. Consoante a jurisprudência sedimentada nesta Corte, em caso de assalto com subtração de bens do interior de cofres bancários, o banco tem responsabilidade objetiva - decorrente do risco empresarial e da previsibilidade do evento criminoso - que não pode ser ilidida sob a alegação de ocorrência de caso fortuito ou culpa de terceiro, pelo que é inafastável seu dever de indenizar os clientes lesados em valor correspondente aos bens por eles reclamados. Precedentes.

(...) 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1353504/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/06/2015, DJe 07/08/2015)

Mas e se o roubo ocorrer no estacionamento do banco? E se o estacionamento do banco for terceirizado?

Imaginemos o exemplo de um banco que terceiriza o seu estacionamento para outra empresa. Acaso o roubo ocorra dentro do estacionamento, persistirá a responsabilidade objetiva da instituição financeira?

Sim.

É que a jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que

(...) a prática do crime de roubo no interior de estacionamento de veículos, pelo qual seja direta ou indiretamente responsável a instituição financeira, não caracteriza caso fortuito ou motivo de força maior capaz de desonerá-la da responsabilidade pelos danos suportados por seu cliente vitimado.

(AgRg no AREsp 613.850/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 05/08/2015)

O STJ manteve tal entendimento, inclusive, em relação a um roubo ocorrido dentro de estacionamento terceirizado de um **supermercado**.

f) Responsabilidade de Bandeiras e Administradoras de cartões de crédito

Segundo decidiu o STJ:

o art. 14 do CDC estabelece regra de responsabilidade solidária entre os fornecedores de uma mesma cadeia de serviços, razão pela qual as "bandeiras"/marcas de cartão de crédito respondem solidariamente com os bancos e as administradoras de cartão de crédito pelos danos decorrentes da má prestação de serviços. (AgRg no AREsp 596.237/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/02/2015, DJe 12/02/2015)

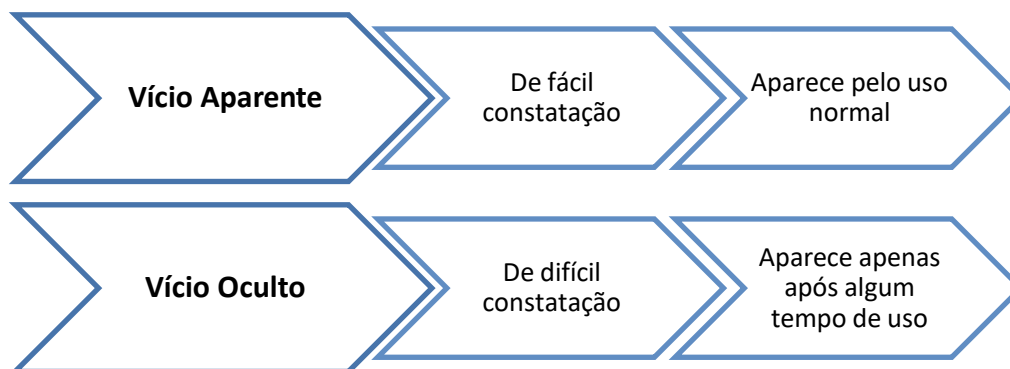
PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA NO DIREITO DO CONSUMIDOR

Os prazos estabelecidos em lei para que o consumidor exerça o seu direito de reclamar quanto ao vício de determinado produto ou serviço estão previstos nos artigos 26 e 27 do CDC, estabelecendo diferenciação entre vícios ocultos e aparentes e produtos duráveis e não duráveis.

Mas qual a diferença entre vício oculto e aparente?



Vício aparente x Vício oculto



E qual seria o prazo para reclamação?

De acordo com o artigo 26, do CDC, em caso de vícios aparentes ou de fácil constatação, o prazo para o consumidor reclamar caduca em:

- I. 30 dias em caso de fornecimento de bens e produtos **não duráveis**;
- II. 90 dias em caso de fornecimento de bens e produtos **duráveis**;

E quando se inicia a contagem do prazo?

Tratando-se de vício aparente, a contagem do prazo se inicia com a entrega efetiva do produto ou com o término da execução dos serviços (parágrafo 1º). Contudo, tratando-se de um vício **oculto** o prazo decadencial apenas terá início no momento em que ficar evidenciado o defeito. Este o teor do parágrafo 3º, do artigo 26:

§ 3º Tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito.

Os prazos decadenciais, portanto, são os mesmos, diferenciando-se tão somente o início da contagem.

E se o produto tiver garantia? Como ficam os prazos decadenciais?

Antes de adentrarmos na resposta a tal questionamento, cabe-nos diferenciar a garantia **legal** da garantia **contratual**. A garantia **legal** está prevista nos artigos 24 e seguintes do CDC e será de 30 dias para serviços ou bens não duráveis e de 90 dias para serviços ou bens duráveis (artigo 26, CDC).

Art. 24. A garantia legal de adequação do produto ou serviço independe de termo expresso, vedada a exoneração contratual do fornecedor.

A garantia legal, portanto, decorre do texto normativo e não depende da assinatura de qualquer termo. Não pode ser tal garantia, ainda, exonerada em contrato pelo fornecedor, eis que decorrente da legislação. A garantia legal, portanto, não pode sofrer restrições nem ser limitada. Esquematizando os prazos de garantia temos:

Já a garantia contratual, comum principalmente na venda de automóveis, é sempre complementar à legal e deve ser contratada por escrito, mediante termo padronizado e de fácil compreensão, conforme disposto no artigo 50 do CDC:

Art. 50. A garantia contratual é complementar à legal e será conferida mediante termo escrito.

O STJ possui entendimento firmado no sentido de que o prazo de garantia legal apenas se iniciará após o encerramento do prazo da garantia contratual. Neste sentido:

(...) 2. O prazo de decadência para a reclamação de vícios do produto (art. 26 do CDC) não corre durante o período de garantia contratual, em cujo curso o veículo foi, desde o primeiro mês da compra, reiteradamente apresentado à concessionária com defeitos. (...) (REsp 547.794/PR, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 15/02/2011, DJe 22/02/2011)

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

A inversão do ônus da prova no processo judicial é um direito básico do consumidor visto quando tratamos do Princípio da Hipossuficiência e do Princípio da Vulnerabilidade.

Diferenciando os institutos da vulnerabilidade e da hipossuficiência, Leandro Lages afirma que (2014, pg. 58):

A vulnerabilidade independe da condição social, cultural ou econômica do consumidor, caracteriza-se pelo fato de o consumidor desconhecer as técnicas de produção. O consumidor hipossuficiente, além de desconhecer as técnicas de produção, tem a sua situação agravada em virtude de fatores econômicos, sociais e culturais, justificando a concessão de direitos e garantias extras, como a inversão do ônus da prova.



NÃO
CONFUNDA!

Todo consumidor é vulnerável, mas nem todo consumidor é hipossuficiente.

(Tartuce, 2016, pg. 37).

Trata-se, pois, de direito previsto no artigo 6º, inciso VIII, do CDC e que estabelece como instrumento facilitador da defesa do consumidor em juízo a inversão do ônus da prova:

Contudo, a inversão do ônus da prova a favor do consumidor não deve ser feita cegamente. Não se trata de um direito que deve ser aplicado em todas as hipóteses de relações consumeristas. O juiz é que deverá, caso a caso, analisar a verossimilhança das alegações do consumidor ou a sua hipossuficiência para reconhecer o direito à inversão do ônus da prova.

Conforme pacificado pelo STJ:

A inversão do ônus da prova, nos termos do art. 6º, VIII, do CDC, não ocorre ope legis, mas ope iudicis, vale dizer, é o juiz que, de forma prudente e fundamentada, aprecia os aspectos de verossimilhança das alegações do consumidor ou de sua hipossuficiência.

O art. 6º, VIII, do CDC, com vistas a garantir o pleno exercício do direito de defesa do consumidor, autoriza a inversão do ônus da prova quando sua alegação for verossímil ou quando constatada sua hipossuficiência. Assim, necessário que o juiz, analisando o caso concreto, defira a inversão do ônus da prova ao consumidor, acaso verifique a verossimilhança de suas alegações ou a hipossuficiência do autor.

Neste sentido:

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. CIRURGIA PLÁSTICA REPARADORA. OBRIGAÇÃO DA OPERADORA EM CUSTEAR O PROCEDIMENTO COM MÉDICO NÃO CREDENCIADO. INEXISTÊNCIA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. AUSÊNCIA DE VEROSSIMILHANÇA E HIPOSSUFICIÊNCIA. REVISÃO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. REVOGAÇÃO DA LIMINAR EM SEDE DE SENTENÇA. POSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A inversão do ônus da prova não ocorre em todas as situações em que a relação jurídica é regulada pelo Código de Defesa do Consumidor. De fato, nos termos do art. 6º, VIII, do referido instrumento normativo, a facilitação da defesa somente ocorre nos casos em que as alegações sejam verossímeis, ou a parte seja hipossuficiente. (...)

(AgInt nos EDcl no REsp 1478062/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 06/02/2017)

DEFESA DO CONSUMIDOR EM JUÍZO

Aqui transcrevo as principais “frases” que resumem a matéria:

1. O processo coletivo nada mais é que uma demanda litigiosa onde uma das partes (sujeito ativo ou passivo) é um ente de natureza coletiva. Um sindicato, uma associação, o Ministério Público e a Defensoria Pública são exemplos de litigantes que demandam em juízo interesses coletivos, inerentes a um determinado grupo de pessoas.
2. Interesses como a defesa de consumidores, do meio ambiente, do patrimônio artístico, histórico e cultural, saúde, são exemplos de matérias passíveis de defesa pela via da ação coletiva.
3. A Lei 7.437/85 surgida antes da Constituição Federal de 88 trouxe em seu artigo 1º a possibilidade de se proteger por intermédio de Ação Civil Pública a responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens de valor artístico, estético ou histórico, e **a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.**

4. Diz-se que o processo coletivo brasileiro é regulado por um microsistema de tutela coletiva, composto por disposições previstas no Código de Defesa do Consumidor, na Lei da Ação Civil Pública, na Constituição Federal e no próprio CPC, além de outros dispositivos esparsos.

5. São princípios que regem o processo coletivo brasileiro:

I. Devido Processo Legal Coletivo, que inclui os subprincípios da adequada legitimação ativa ou passiva, da publicidade e da competência adequada.

II. Primazia do conhecimento do mérito do processo coletivo, consubstanciado no artigo 16, da Lei 7.347/85, segundo o qual:

Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Além disso, a coisa julgada no processo coletivo dá-se de acordo com o resultado da demanda.

Acaso a demanda seja julgada improcedente, não haverá coisa julgada em relação aos titulares individuais do direito, que poderão ajuizar demandas individuais, sem qualquer vinculação com a demanda coletiva. Pode-se, portanto, resumir a coisa julgada da sentença coletiva da seguinte forma:

a) Processo extinto sem resolução do mérito – produz apenas coisa julgada **formal**;

b) Pedido julgado improcedente por insuficiência de provas – Não atinge as demandas individuais que porventura venham a ser propostas;

c) Sentença julgada procedente – Transporte da coisa julgada – todos beneficiados de acordo com a lei;

III. Princípio da indisponibilidade da demanda coletiva, consubstanciado no artigo 5º, parágrafo 3º, da Lei 7.347/85, segundo o qual:

Artigo 5º.

§ 3º Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa.

IV. Princípio da Reparação Integral do Dano

V. Princípio da não taxatividade

VI. Princípio da predominância dos aspectos inquisitoriais;

6. Quanto à classificação dos direitos coletivos, destaca-se o artigo 81 do CDC:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

7. São legitimados para a defesa dos consumidores em juízo:
 - I. O Ministério Público;
 - II. A União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;
 - III. As entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;
 - IV. As associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.
8. Todos são legitimados concorrentes, ou seja, qualquer um destes, a qualquer momento pode entrar com a ação desejada, não dependendo de qualquer providência prévia de outro legitimado.
9. A Defensoria Pública não consta no rol dos legitimados ativos para a defesa dos interesses dos consumidores em juízo e, originalmente não constava também entre os legitimados para propor a Ação Civil Pública. Contudo, a jurisprudência foi pacificada no sentido da possibilidade da defesa dos interesses dos consumidores em juízo pela Defensoria.
10. A sentença coletiva que diga respeito a direitos coletivos em sentido estrito ou a direitos difusos pode ser executada nos próprios autos pelo autor coletivo ou pela vítima através do transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva.
11. Tal liquidação quando feita nos próprios autos pelo legitimado coletivo não se distingue do processo individual, eis que apenas irá se buscar a identificação do quanto é devido.

12. É possível a inversão do ônus da prova em demandas que versem quanto a questões de consumo, mesmo quando o Ministério Público é o autor da ação.

SÚMULAS STJ – CDC – 2018

Amigos, a cobrança das mais recentes súmulas do STJ é bastante provável. São elas:

Súmula 601-STJ: O Ministério Público tem legitimidade ativa para atuar na defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores, ainda que decorrentes da prestação de serviço público.

Súmula 602: O Código de Defesa do Consumidor é aplicável aos empreendimentos habitacionais promovidos pelas sociedades cooperativas.

Súmula 603: É vedado ao banco mutuante reter, em qualquer extensão, os salários, vencimentos e/ou proventos de correntista para adimplir o mútuo (comum) contraído, ainda que haja cláusula contratual autorizativa, excluído o empréstimo garantido por margem salarial consignável, com desconto em folha de pagamento, que possui regramento legal específico e admite a retenção de percentual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Amigos, espero que vocês tenham gostado do nosso resumo proposto. Quaisquer dúvidas, estou às ordens nos canais do curso e no seguinte contato:



@Prof Igor Maciel

Grande abraço e uma boa prova,

Igor Maciel